



Ana Cláudia da Cruz Carvalheiro

**A Maternidade de Substituição em face do Biodireito:  
A sua abordagem pelo Direito Penal.**

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientadora: Doutora Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira

Coimbra, 2014



*Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*



**A Maternidade de Substituição em face do Biodireito:  
A sua abordagem pelo Direito Penal.**

**Ana Cláudia da Cruz Carvalheiro**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

**Orientadora:** Doutora Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira

**Coimbra, 2014**

## **Declaração de compromisso anti-plágio**

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão correctamente identificadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar, com as consequências decorrentes do art. 28.º do Regulamento Pedagógico da Universidade de Coimbra (Regulamento n.º 321/2013, DR, II série, 23. Agosto. 2013).”

Dedico esta dissertação à minha avó, por ser uma guerreira (...) e a todos os casais inférteis, que lutam constantemente contra a doença de infertilidade.

*“Quanto mais grave é uma doença, maior tem de ser a esperança. Porque a função da esperança é preencher o que nos falta.”*

(Ferreira, Vergílio)

## **Agradecimentos**

Quero agradecer aos meus pais pela oportunidade que me deram em seguir estudos.

À Doutora Dulce Costa Santos, patrona de estágio de advocacia, por ter disponibilizado o tempo suficiente para me dedicar à dissertação.

Ao Frederico, meu namorado, pela paciência.

Quero agradecer a todas as pessoas que me ajudaram na distribuição dos inquéritos, sem elas seria impossível abranger o número de pessoas que se abrangeu.

À engenheira Sónia Fragão por ter lido a minha dissertação, antes de a entregar.

Um agradecimento especial à minha mãe por me ter ajudado na contagem dos inquéritos.

O meu eterno obrigado!

## Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas .....	9
Introdução.....	11

### PARTE I

#### PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

#### CAPÍTULO I

##### INFERTILIDADE

1. Era uma vez um sonho.....	14
2. Uma viagem pelo mundo: o Turismo Biomédico .....	16
3. A Infertilidade e o Desejo de Ter um Filho.....	17

#### CAPÍTULO II

##### AS TÉCNICAS DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

1. As técnicas de PMA: O tratamento dos inférteis?.....	19
2. Técnicas usadas para fins de PMA .....	20
2.1. Inseminação artificial (IA) .....	21
2.2. Fertilização <i>in vitro</i> seguida de transferência de embriões (FIVETE).....	21
2.3. Transferência intratubária gâmetas (GIFT) ou de zigotos (ZIFT).....	21
3. Regulamentação da utilização de técnicas de PMA. A Lei nº 32/2006, de 26 de Julho.....	22

## PARTE II

### A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO EM FACE DO BIODIREITO

#### CAPÍTULO I

##### ASPECTOS JURÍDICOS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

1. A terminologia .....	25
2. O conceito .....	27
3. A influência da Maternidade de Substituição no sistema jurídico Português. ....	31
3.1. Do Superior Interesse da Criança à proibição da Maternidade de Substituição. ....	31
3.2. Estabelecimento da maternidade: haverá um novo conceito de mãe?.....	32

#### CAPÍTULO II

##### A DIGNIDADE DO SER HUMANO COMO LIMITE

1. A influência da bioética no Direito.....	36
2. O Biodireito: do mundo científico para o jurídico. ....	38

## PARTE III

### ABORDAGEM DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO DIREITO PENAL

#### CAPÍTULO I

##### A NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO GRATUITO

1. A Maternidade de Substituição a Título Gratuito.....	41
2. A proibição da Maternidade de Substituição a Título Gratuito.....	43
3. Estará salvaguardado o superior interesse da criança tendo em conta a nulidade destes contratos? .....	45

4. Breve análise do Acórdão nº 101/2009 do Tribunal Constitucional. ....	46
4.1. Será a Maternidade de Substituição a título gratuito admitida, pelo facto de não ser criminalizada? Essa falta de sanção penal revela a sua permissividade? .....	46
4.2. E porque se pune a Maternidade de Substituição a título oneroso, e não se pune a Maternidade de Substituição a título gratuito? .....	46
4.3. Qual a razão da aplicação de sanções jurídicas tão diferentes relativamente à Maternidade de Substituição onerosa e gratuita? .....	47
5. A criminalização indireta da Maternidade de Substituição a título gratuito .....	48

## CAPÍTULO II

### A CRIMINALIZAÇÃO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO

1. A Maternidade de Substituição a título Oneroso .....	51
2. Cumulação de sanção civil com a sanção criminal .....	54
3. Os crimes puníveis pelo art. 39º LPMA .....	55
3.1. A (in)justificação da criminalização da Maternidade de Substituição a título oneroso.....	57
3.2. A justificação da criminalização da promoção Maternidade de Substituição a título oneroso.....	59
4. A intervenção do Direito Penal. Será legítima? .....	61
5. Análise jurídico-penal do tipo incriminador da Maternidade de Substituição a título oneroso.....	64
5.1 Generalidades .....	64
5.2 Tipo objetivo de ilícito.....	64
5.2.1. O Autor: Quem pode ser autor deste tipo legal de crime?.....	65
5.2.2.A conduta: Qual a conduta descrita pelo tipo legal de crime? .....	66
5.2.3.O bem jurídico: Qual o bem jurídico protegido pelo tipo legal de crime?.....	67
5.3Tipo subjetivo de ilícito.....	68

5.4As formas especiais do crime .....	69
5.4.1.A tentativa .....	70
5.4.2.Comparticipação.....	72
5.4.3.Concurso.....	74
5.4.4.A Pena .....	76
6. Estará salvaguardado o superior interesse da criança tendo em conta a criminalização da Maternidade de Substituição? .....	77

## PARTE IV

### ANÁLISE E PROCESSAMENTO DE DADOS OBTIDOS PELOS INQUÉRITOS

#### CAPÍTULO ÚNICO

#### AS PERSPECTIVAS DA POPULAÇÃO PORTUGUESA

Conclusão .....	84
Bibliografia.....	87
Anexos.....	100
▪ Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho- PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA ..	100
▪ Decreto Regulamentar n.º5/2008.....	100
▪ Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional .....	100
▪ Inquérito - Estudo sociológico sobre a receptividade da Maternidade de Substituição.....	100

## Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.- acórdão  
Al.- Alínea  
AO- Ordem dos Advogados  
APB - Associação Portuguesa de Bioética  
APFertilidade - Associação Portuguesa de Fertilidade  
AR – Assembleia da República  
Art./arts – artigo/ artigos  
BE- Bloco de Esquerda  
CC – Código Civil  
Cf.- Confrontar  
CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida  
CNPMA- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida  
CP - Código Penal  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
CSM- Conselho Superior da Magistratura  
Departamento de Investigação e Acção Penal (DIAP)  
DL – Decreto-lei  
DL- Decreto-Lei  
DLG- Direitos, Liberdades e Garantias  
DN- Diário de Notícias  
DR- Diário da República  
E.g.- exemplo  
Ed. - Edição  
EUA – estados unidos da América  
FIVETE - Fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões  
FPV - Federação Portuguesa Pela Vida  
GIFT - Transferência intratubária de gâmetas  
IA- Inseminação artificial  
IRN - Instituto dos Registos e Notariado  
LPCJP- Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

LPMA\_ Lei procriação medicamente assistida  
MP\_ Ministério Público  
N.º- número  
OTM- Organização Tutelar de Menores  
P. e p. previsto e punido  
P. - página  
PL- Projecto de Lei  
PMA - Procriação Medicamente Assistida  
Proc. Processo  
PS – Partido Socialista  
PSD - Partido Social Democrata  
Reimp.- Reimpressão  
SPMR - Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução  
Ss.- Seguintes  
T.R.C. – Tribunal da Relação de Coimbra  
T.R.G.- Tribunal da Relação de Guimarães  
T.R.L. – Tribunal da Relação de Lisboa  
T.R.P. – Tribunal da Relação do Porto  
TC - Tribunal Constitucional  
Vd. – Vide  
Vol.- Volume  
ZIFT - Transferência intratubária de zigotos

## Introdução

Estou imóvel, ao meu redor tudo se move, tudo evolui, pessoas nascem, pessoas morrem, umas naturalmente, outras por intervenção das ciências biomédicas, fala-se em técnicas de PMA, fala-se em eutanásia, fala-se!

Tudo muda, o mundo gira rapidamente, ontem sabíamos claramente definir o conceito de família, hoje falamos em conceito tradicional de família. O que é ser pai? O que é ser mãe?

Surgem novas realidades, realidades jamais impensáveis, surge uma sociedade contemporânea e com ela controvérsias religiosas, morais, teológicas e jurídicas. Apesar dos progressos científicos e tecnológicos eventualmente ameaçarem os direitos humanos e liberdades fundamentais do indivíduo, certamente, os mesmos, melhoram as nossas condições de vida.

Sem eles a infertilidade seria uma doença inultrapassável, por isso abordar-se-á como as técnicas de PMA influenciam a vida de casais inférteis e em que consistem tais técnicas. Vamos estudar porque, muitas das vezes esta doença só é ultrapassável recorrendo à técnica da Maternidade de Substituição, em que consiste esta técnica e quais os seus aspetos jurídicos.

Dar-se-á respostas a questões como: porquê terá o direito que intervir nestas matérias? Porquê da transponibilidade destas questões do mundo científico para o mundo jurídico? Qual a sua razão?

Explicitar-se-á a proibição da Maternidade de Substituição, o porquê da não criminalização da Maternidade de Substituição gratuita com base na análise do ac. nº 101/2009 do TC. O motivo da discrepância de tratamento da Maternidade de Substituição onerosa que cumula à sanção civil uma sanção penal.

Obviamente que no concerne às biotécnicas modernas o direito tem de intervir, nomeadamente o Direito Penal, pois senão num futuro próximo deixaríamos de ter ser humanos e passaríamos a ser aberrações, com misturas de genes com outras espécies.

Mas será legítima a intervenção do Direito Penal face à problemática da Maternidade de Substituição? Como um direito de *ultima ratio*, o Direito Penal só deveria intervir quando os demais ramos do direito fracassarem na tutela de determinado bem

jurídico, mas se o Direito Civil é bastante para regular a Maternidade de Substituição gratuita, porque também não o é para regular a Maternidade de Substituição a título oneroso?

Será efetuada uma análise jurídico-penal do tipo incriminador da Maternidade de Substituição onerosa, relativamente aos crimes previstos no art. 39º LPMA, de celebração e promoção da Maternidade de Substituição onerosa.

Para terminar, analisaremos os resultados obtidos através de inquéritos feitos a uma pequena amostra da população Portuguesa e qual a sua perspetiva quanto à Maternidade de Substituição.

## **PARTE I**

### **PROcriação Medicamente Assistida**

## CAPÍTULO I

### INFERTILIDADE

#### 1. Era uma vez um sonho...

Pedro e Maria conheceram-se numa festa de aldeia, acabaram por se apaixonar. Durante o namoro fizeram promessas mútuas de amor, e perspetivaram o futuro com o casamento, uma casa para habitarem e quando tivessem o maior conforto possível teriam o que mais desejavam: um filho. Ainda eram muito jovens, mas a vida em comum e os seus planos e já estavam bem definidos.

Trabalharam anos a fio, com o objetivo de construir um lar só deles. Quando o conseguiram, finalmente casaram. Logo de seguida foram viver para o novo lar, mas ainda não estavam reunidas todas as condições para receber uma criança. Havia poucos móveis na casa e o dinheiro naquele momento também escasseava.

As pessoas que os rodeavam perguntavam constantemente: “quando vem a cegonha”, “quando vou ser avó”, “quando serei tio”, “quando serei madrinha”, “quando...”, “quando...” e “quando...”. A resposta era sempre a mesma: - “para o ano que vem, a nossa vida estará mais estável e aí seremos pais”.

Pedro e Maria sabiam que não eram mais aqueles adolescentes que se conheceram na festa da aldeia e a pressão da sociedade encorajava-os para aquele passo tão importante nas suas vidas, serem pais.

Ao fim de alguns meses Maria estava grávida, era a concretização de um sonho, nem podiam acreditar, tantos anos a trabalhar para aquele momento. Toda a família ficou eufórica, começaram os preparativos para o enxoval. Mobilaram o quarto do bebé todo em tons de branco. Perante aquele branco novo e imaculado que vinha de dentro do novo quarto, sobressaíam as cores berrantes dos bonecos de peluche que Maria não resistiu a comprar. Estava tudo preparado para a chegada do bebé.

Maria estava no quarto mês de gravidez, quando inesperadamente sofreu um aborto. Muitas gravidezes e muitos abortos se seguiram. Apesar de Maria ter tudo para ser

mãe, não o conseguia ser, pois o seu útero não conseguia suportar a criança a partir do quarto mês de gravidez.

Pedro e Maria viram o seu sonho a desmoronar, o branco do quarto, a cada aborto sofrido, ia ficando cada vez mais escuro de tanto pó que acumulava. Nem sequer conseguiam lá entrar. O sonho tinha virado pesadelo! Maria sentia-se culpada, chorava muito, sentia-se deprimida e não se via mais como mulher.

Numa conversa com Pedro falaram em adotar uma criança, mas os longos anos de espera “matava-os”. E o desejo de ter uma criança sua, do seu sangue, fruto do seu amor era tão grande!

Maria disse a Pedro: - “Quem me dera que a Maternidade de Substituição fosse permitida em Portugal, teríamos uma criança do nosso sangue, nossa mesmo, com os teus olhos e os meus cabelos.”

Pedro ficou pensativo e ao mesmo tempo frustrado por o seu país não lhe permitir ser pai. No dia seguinte Pedro dirigiu-se para Maria e disse-lhe: - “Vamos ter o nosso bebé! Encontrei uma solução: vamos ao estrangeiro onde a Maternidade de Substituição é permitida”.

Maria sorriu pela primeira vez desde o último aborto e eufórica respondeu: - “Vamos ter o nosso filho!”<sup>1</sup>

O sonho deste casal não era ver-se reconhecido juridicamente como pais, por força da lei ou de uma sentença judicial<sup>2</sup>, como acontece na adoção, era sim estar ligado biologicamente ao seu filho. O desejo de ter um filho biológico era tão forte, que quando frustrado, Pedro e Maria sentiram-se perdidos e decididos a alcançá-lo de qualquer forma.

---

<sup>1</sup> Para demonstrar o desespero de um casal que tinha tudo para ser pais, mas que não o consegue devido a um problema do útero do elemento feminino. Escrevi esta história fictícia, que embora não seja real, adapta-se a muitas das histórias verídicas de casais portugueses.

<sup>2</sup> RAPOSO, Vera, *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Medicinæ, Revista do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 3, 2005, p.112.

## 2. Uma viagem pelo mundo: o Turismo Biomédico

Quanto à Maternidade de Substituição há opiniões controversas por todo o mundo, existem países que permitem a sua prática, outros que a proíbem e outros que se mostram ambíguos perante tal problemática. Vejamos quais os países em que a sua prática é permitida e qual seria o melhor país para Pedro e Maria verem o seu sonho tornado realidade.<sup>3</sup>

A Maternidade de Substituição é **proibida** na maioria dos países seja por força de disposição legal expressa, seja por meio das cláusulas gerais de nulidade dos negócios contrários aos bons costumes.<sup>4</sup> É proibida em Itália, Alemanha, Espanha, Áustria, França, Portugal, Noruega, Suécia, Suíça, Finlândia, China, Japão, Singapura e em alguns estados Norte Americanos.<sup>5</sup>

No entanto, é **permitida** na Ucrânia, Rússia, Cazaquistão, na maioria dos estados Norte Americanos, África do Sul, Índia, Grécia, Inglaterra. A título altruísta é permitida na Austrália (dependente do estado), Holanda e Dinamarca, Reino Unido, Dinamarca, Israel, Canadá e Países Baixos, Brasil.<sup>6</sup>

São **muitos os casais portugueses** que recorrem a esta prática, apesar de a Lei Portuguesa a proibir expressamente, os países escolhidos centram-se nos Estados Unidos, Índia, Brasil e Ucrânia, e dependem das possibilidades económicas de cada casal<sup>7 8</sup>.

Um parecer do IRN conclui que na ordem jurídica portuguesa não é admitida eficácia ao contrato de Maternidade de Substituição outorgado em país que o admite (arts. 41º, 42º e 22º CC).<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> A procura da Maternidade de Substituição por países estrangeiros é uma realidade bastante frequente *Vd.* SOUSA, Filipa, *Dezenas de casais 'compram' barrigas de aluguer*. Disponível em: [www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1660531](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660531).

<sup>4</sup>Ac. nº 101/2009 do TC, Proc.º 963/06.

<sup>5</sup> VENDRAMI CL; BARBOSA CP; SANTOS JRD; CORDTS EB; BARBOSA MAP; SOUZA ÂMB, *Cessão temporária de útero: aspetos éticos e ordenamento jurídico vigente*, in *Febrasgo, Revista Femina*, Junho 2010, vol 38, nº 6, p. 301-305, Disponível em [www.febrasgo.org.br/site/?page\\_id=50](http://www.febrasgo.org.br/site/?page_id=50).

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Na Ucrânia e na Índia os valores rondam os 15 mil euros, nos EUA pode ir dos 70 aos 90 mil euros. No Brasil as clínicas não pagam às mães de substituição apenas recebem um valor pela implantação do embrião no útero, cujo valor médio é de cerca de 31 mil euros e permite que os casais levem parentes até ao 2º grau e, subsidiariamente, não parentes para serem as mães de substituição. Informação disponível em [www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1660531](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660531).

<sup>8</sup> *Vd.* SOUSA, Filipa, *Dezenas...*, *op. cit.*

<sup>9</sup>IRN, Parecer do Conselho Técnico nº 96/2010 SJC, *Registo de nascimento – Maternidade de Substituição*. Disponível em [www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/ct-publicacoes-de/](http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/ct-publicacoes-de/).

Porém as crianças nascidas, noutros países, através da prática da Maternidade de Substituição são registadas nas nossas conservatórias, independentemente de quem foi a mulher que teve o parto.<sup>10</sup> Explica, EURICO REIS, que "obviamente, em Portugal, nenhum conservador vai pedir prova de qual foi a mãe que deu à luz". Porém, acredita que, podem ser suscitados problemas jurídicos apenas nos casos em que a mãe de substituição vier a reivindicar para si a maternidade. Admite que nestas situações os casais portugueses não estão salvaguardados, uma vez que tais contratos, mesmo que celebrados no estrangeiro, são nulos perante a ordem jurídica portuguesa. Conclui ainda que o "único instrumento legal que pode valer nos tribunais portugueses é o do abuso de direito, porque a mãe de aluguer assinou um contrato e sabia ao que ia".<sup>11</sup>

### 3. A Infertilidade e o Desejo de Ter um Filho

A maioria das "mulheres trazem dentro de si o desejo e a necessidade da maternidade"<sup>12</sup>.

Mas, para muitas delas a maternidade não passa de um mero acontecimento, uma obrigação e durante a gravidez não se sentem verdadeiramente mães, nem ligadas emocionalmente ao feto. A jurisprudência é prova disso, mães que matam os seus próprios filhos<sup>13</sup>. Outra realidade é-nos revelada através do estudo elaborado pela FPV que nos

---

<sup>10</sup> O que coloca complexos problemas no âmbito do Direito Internacional Privado. Para um estudo mais aprofundado Vd. VICENTE, D. Moura, *A Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional*. In *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 607-645.

<sup>11</sup> DN PORTUGAL, *Lei nacional não permite mas bebés acabam registados*. Disponível em [www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1660540](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660540).

<sup>12</sup> MENDES, Christine, *Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicação da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*", Boletim jurídico, disponível em [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310).

<sup>13</sup> E.g., Ac. do T.R.P. de 23-10-2013; Ac. do T.R.L. de 11-03-2010; Ac. do T.R.G. de 19-11-2007;

alerta para um número assombroso de abortos realizados em Portugal desde a sua despenalização<sup>14</sup>.

Mas para comunidade em geral, ter um filho está incluído na maioria dos planos de vida, e é sem dúvida um desejo universal.<sup>15</sup> A história fictícia supra escrita demonstra como a infertilidade recai sobre um casal, cujo sonho de vida era constituir uma família. E, dia após dia aumenta os casos de infertilidade.

A APFertilidade define a infertilidade como “o resultado de uma falência orgânica devida à disfunção dos órgãos reprodutores, dos gâmetas ou do concepto.”<sup>16</sup>

O CNECV prevê duas modalidades de infertilidade: a **absoluta ou esterilidade** (quando da prática de relações sexuais desprotegidas não resultar a gravidez ao fim de dois anos, a gravidez de forma natural é impossível, sendo necessário o recurso às técnicas de PMA); a **relativa ou hipofertilidade**<sup>17</sup> (quando existe fecundação, mas a gravidez não termina com o nascimento de um novo ser e viável,<sup>18</sup> o casal infértil pode recorrer a outras técnicas terapêuticas).

A infertilidade é um problema conjugal, daí se fale em casal infértil. Apesar de a regra ser de que o problema médico surja apenas de um deles, o certo é que em ambos persiste o desejo de ter um filho, é um desejo do casal.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Desde Julho 2007 até 30 de Novembro 2013 realizaram-se em Portugal mais de 118 000 abortos “por opção da mulher”, informação disponível em [federacao-vida.com.pt/estudos/FPV%20-%20Aborto%20-%20Factos%20e%20N%C3%BAmeros%202013NOV.pdf](http://federacao-vida.com.pt/estudos/FPV%20-%20Aborto%20-%20Factos%20e%20N%C3%BAmeros%202013NOV.pdf).

<sup>15</sup> SANTOS, Almeida; RAMOS, Mariana, *Esterilidade e procriação medicamente assistida*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pág.9.

<sup>16</sup> Informação disponível em [www.apfertilidade.org/web/infertilidade](http://www.apfertilidade.org/web/infertilidade)

<sup>17</sup> CNECV, *Relatório- Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, Documentação, Vol. I, 1991-1993. Neste sentido também RAPOSO, Vera, *Direito...*, *op. cit.*, p.111.

<sup>18</sup> FIGUEIREDO, Helena, *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, p. 25.

<sup>19</sup> SANTOS, Almeida; RAMOS, Mariana, *Esterilidade...*, *op. cit.*, p.39.

## CAPÍTULO II

### AS TÉCNICAS DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

*Para os casais inférteis, o uso das tecnologias reprodutivas converte o desejo em esperança e, para alguns, o sonho em realidade.<sup>20</sup>*

#### 1. As técnicas de PMA: O tratamento dos inférteis?

Atualmente, o casal infértil tem ao seu dispor duas opções: a **opção social** e a **opção médica**<sup>21</sup>. As opções sociais já não são o único meio que os casais inférteis têm ao seu dispor, embora para muitos deles continuam a ser a melhor forma de superar a infertilidade. Estas opções traduzem-se na adoção<sup>22</sup>, iniciativas assistenciais, atitudes de assumir voluntariamente a infertilidade. Muitos casais assumem a infertilidade, assumem uma vida sem filhos, perspetivando outros objetivos.<sup>23</sup> Outros acabam por recorrer à adoção, valorizam a adoção, se existem crianças sem família, porque haverão eles a todo o custo programar o nascimento de uma criança.<sup>24</sup> Porém, nem todos os casais veem as opções sociais como solução. Uma vida sem filhos, nem pensar! E a adoção, enquanto

---

<sup>20</sup> FIGUEIREDO, Helena, *A Procriação...*, op. cit., p.70.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 27 e também *Relatório- Parecer n.º 3/CNE/93*, op. cit.

<sup>22</sup> O art. 1586º CC define a adoção como o “vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos arts 1973º e ss.” PEREIRA COELHO e GUILERME OLIVEIRA asseveram que a adoção é um parentesco legal, criado à semelhança do parentesco natural, que é o verdadeiro parentesco (Vd. COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – vol. I, Introdução. Direito matrimonial*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 49).

<sup>23</sup> Vd. AUGUSTO, Amélia, *A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: agentes, contextos e processos*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para Uma Reflexão*, Susana Silva e Luísa Veloso (coords.), Porto: U. Porto Editorial, 2009, p. 47, 48.

<sup>24</sup> CNECV, relatório sobre *Reprodução Medicamente Assistida (44/CNECV/2004)*. Disponível em [www.cnecv.pt/](http://www.cnecv.pt/), p. 30.

método alternativo de ter um filho juridicamente reconhecido nem sempre consegue proporcionar os resultados desejados, por diversas razões. O casal tem de passar por um processo moroso, rigoroso e complicado.<sup>25</sup> <sup>26</sup>O casal deseja ter com o seu filho mais do que um mero reconhecimento legal da filiação, deseja estabelecer com ele laços biológicos,<sup>27</sup> conhecer as suas origens genéticas.

Nestes casos, o casal infértil recorre à opção médica, onde se incluem as técnicas de PMA, técnicas médicas e laboratoriais que se desenvolveram rapidamente para fazer face às situações de infertilidade, e têm possibilitado a reprodução biológica a casais inférteis, que de outra forma não seria possível. As técnicas de PMA têm abrindo novas fronteiras no campo da autorrealização pessoal<sup>28</sup> e novas possibilidades para a população infértil.

## 2. Técnicas usadas para fins de PMA

O recurso a estas tecnologias reprodutivas permite dar uma resposta ao desejo legítimo de muitos casais inférteis terem filhos, apesar da sua aplicação gerar controvérsia na sociedade.

Existem inúmeras técnicas que se utilizam para fins de PMA<sup>29</sup>, porém o CNECV identifica como técnicas de PMA mais comuns a:

---

<sup>25</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 24; FIGUEIREDO, Helena, *A Procriação...*, *op. cit.*, p.27, 28.

<sup>26</sup> O processo de adoção é simultaneamente um processo judicial e administrativo, onde intervêm os organismos da segurança social, estando sujeito a um conjunto de regras preventivas do CC (arts. 1973º a 2002ºD) e de legislação extravagante, tornando-o assim muito complexo e moroso. *Vd. COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família - vol. I, op. cit.*, p. 50 e COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – Vol II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da Filiação. Adopção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 268.

<sup>27</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>28</sup> APB, *relatório/parecer nº P/03/APB/05 Sobre Procriação Medicamente Assistida*, Disponível em [www.apbioetica.org/gca/index.php?id=143&idbloco=152](http://www.apbioetica.org/gca/index.php?id=143&idbloco=152).

<sup>29</sup> Para um estudo mais aprofundado consultar [pma\\_tecnicas.blogs.sapo.pt/](http://pma_tecnicas.blogs.sapo.pt/).

### 2.1. Inseminação artificial (IA)

Consiste na introdução artificial de espermatozoides no interior do aparelho genital feminino de forma a facilitar o encontro dos gâmetas masculino e feminino essencial à fecundação.<sup>30</sup>

### 2.2. Fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE)

Consiste na manipulação dos gâmetas feminino e masculino em laboratório e após fecundação, introdução do embrião no organismo materno.

Quanto à **origem dos gâmetas**, a fertilização *in vitro* pode caracterizar-se como **homóloga** (sêmen e óvulo originários do casal) ou **heteróloga parcial** (sêmen ou óvulo de terceira pessoa) ou **total** (sêmen e óvulo de terceira pessoa).<sup>31</sup>

Esta técnica permite que a mulher a quem são extraídos os ovócitos não seja a mesma que vai gerar a criança, podemos assim ter três situações distintas: o elemento feminino do casal doa os ovócitos, mas será outra mulher a gerar a criança; o elemento feminino do casal não tem nenhuma participação, sendo os ovócitos doados por uma mulher e a gestação feita por outra, nestes dois casos estamos perante a Maternidade de Substituição; pode também suceder que o elemento feminino do casal gere a criança com ovócitos doados.<sup>32</sup>

### 2.3. Transferência intratubária gâmetas (GIFT) ou de zigotos (ZIFT)

A GIFT consiste na transferência de gâmetas para o interior das trompas uterinas, aí vai ocorrer a fecundação de forma natural e, posteriormente, todo o processo subsequente.<sup>33</sup>

A ZIFT consiste na transferência do zigoto obtido *in vitro* para as trompas de Falópio, que depois progride naturalmente até ao útero.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> *Ibidem.*

<sup>32</sup> RAPOSO, Vera, *Direitos...op. cit.*, p.119.

<sup>33</sup> GUIMARÃES, Ana, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.25.

### 3. Regulamentação da utilização de técnicas de PMA. A Lei nº 32/2006, de 26 de Julho.

Mundialmente gerou-se uma enorme controvérsia em torno desta matéria, porque a ciência evolui rapidamente e o homem inquire-se sobre o acompanhamento ou não da ciência. Para AMÉLIA COSTA o homem pode optar pela total abertura à evolução das ciências e à permissividade de aplicação de novas técnicas em benefício da Humanidade ou pode adotar por uma atitude restritiva quanto à aplicação dessas técnicas.<sup>35</sup>

Assim surgiram duas correntes doutrinárias: a **minoritária** que defendia que não devia haver uma intervenção legislativa, defendia uma total liberdade para a prática científica; a **maioritária** apelava pela intervenção legislativa em nome da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.<sup>36</sup>

GUILHERME OLIVEIRA entendia que, apesar de não haver um diploma que regulamentasse a utilização de técnicas de PMA, o sistema jurídico português era favorável à sua utilização. E, se eventualmente surgisse algum litígio, este seria resolvido com o recurso a analogia e aos princípios gerais de Direito.<sup>37</sup>

Face à omissão legislativa, quaisquer aspetos sobre a PMA eram abordados pelos arts. **1839º/3 CC** (não permite a impugnação da paternidade “com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”) e **168º CP** (pune “quem praticar ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento”). E, se eventualmente surgisse um caso de Maternidade de Substituição de que normas poderiam socorrer-se? Tal acordo, ou contrato, de gestação seria regulado pelos **arts. 280º/2 CC** (tal contrato seria nulo por ser contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes<sup>38</sup>), **1796º/1 CC** (a filiação resulta da nascimento, sendo a mãe quem tiver o parto) **1882º e 1982º/3 CC** (a mãe

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> COSTA, Amélia, *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000, p. 19.

<sup>36</sup> SILVA, Paula; COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida - Anotada (E legislação Complementar)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 10.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Aspectos Jurídicos Da Procriação Assistida*, in *Revista da OA*. A. 49, nº 3 (Dez. 1989), p. 777.

<sup>38</sup> A ordem pública consiste num agrupado dos princípios fundamentais subjacentes ao sistema que o Estado e a Sociedade estão fundamentalmente interessados em que predominem sobre as convenções privadas. A noção de bons costumes é variável com o tempo e o lugar, abrangendo o conjunto de regras, de práticas de vida, que, num dado meio e em certo momento, as pessoas honestas, corretas e de boa-fé aceitam. *Vd. Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra, 1986, p. 551, 552 *apud* NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17ª Edição Revista e Actualizada, Lisboa: Ediforum, 2010, p. 194.

substituta não pode renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que a lei especialmente lhes confere, podendo apenas dar consentimento para adoção, mas só depois de decorridas seis semanas após o parto).<sup>39</sup>

Face à inexistência legislação específica sobre a PMA, foi criada a *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias*,<sup>40</sup> sendo, posteriormente, aprovado o DL n° 319/86, de 25 de Setembro. O seu objetivo era estabelecer as condições para autorização de atos exigidos pelas técnicas de PMA, as quais deveriam ser definidas em Decreto regulamentar, o que nunca aconteceu, acabando o DL por não ter qualquer efeito.

Face à inércia legislativa, o CNECV divulgou inúmeros relatórios e pareceres sobre a PMA alertando para a lacuna jurídica e para o incumprimento da CRP<sup>41</sup>, que contribuíram para a elaboração de vários Projetos de Lei<sup>42</sup> que deram origem à **Lei n° 32/2006, de 26 de Julho**<sup>43</sup> (LPMA).

Tal Lei regula a utilização de técnicas de PMA e permite a utilização de várias técnicas de PMA (art. 2º), prevendo que tais técnicas são apenas métodos subsidiários de procriação (art. 4º).<sup>44</sup>

A LPMA, por um lado, admite a utilização de certas técnicas de PMA, mas por outro, proíbe a prática de certas condutas, chegando mesmo a criminalizá-las (arts. 34º a 43º). Exemplo disso é a Maternidade de Substituição.

---

<sup>39</sup> CAMPOS, Alexandra. *A Lei n° 32/2006 de 26 de Julho – A regulação das técnicas de Procriação Medicamente Assistida em Portugal*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 24, n° 2 (Julho/ Dezembro 2006), p. 84.

<sup>40</sup> Para uma análise das soluções apresentadas por esta comissão veja-se CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias - Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, n° 1, 1990.

<sup>41</sup> Define a CRP no art. 67º/2 al. e), a obrigação constitucional de regulamentação da PMA, “em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

<sup>42</sup> Em 2005 foram apresentados o PL n° 172/X (PCP); o PL n° 17/X (PSD); o PL n° 141/X (Bloco de Esquerda); o PL n° 151/X (PS). Também foi apresentado o projeto de resolução n° 159/X, o qual concretizava uma “*Petição para um Referendo de Iniciativa Popular*” com o objetivo da realização de um referendo nacional sobre as questões de PMA. (SILVA, Paula; COSTA, Marta, *A Lei... , op. cit.*, p.12).

<sup>43</sup> A LPMA foi alterada pela Lei n° 59/2007, de 4/09, aditando-lhe o art. 43º-A, o qual dispõe que: “As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.”; A LPMA é regulamentada pelo Decreto Regulamentar n°5/2008 alterado pelo Decreto Regulamentar n° 1/2010, de 26/04, Decreto Regulamentar n° 4/2013 de 11/06.

<sup>44</sup> GUIMARÃES, Ana, *Procriação medicamente assistida em Portugal*. Disponível em [www.advocatus.pt/opiniao/8110-procriacao-medicamente-assistida-em-portugal](http://www.advocatus.pt/opiniao/8110-procriacao-medicamente-assistida-em-portugal).

## **PARTE II**

# **A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO EM FACE DO BIODIREITO**

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS JURÍDICOS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

*Para ser pai não basta ser a fonte do espermatozóide fecundante, para ser mãe não basta gerar o feto. É preciso exercer o Poder Familiar de forma permanente e efetiva.*<sup>45</sup>

#### 1. A terminologia

O Art. 8º da LPMA tem como epígrafe “*Maternidade de Substituição*”.

Esta é uma técnica conhecida por inúmeras denominações, como: Maternidade de Substituição, gestação por outrem, útero de aluguer, barriga de aluguel, locação de útero, mãe hospedeira, mãe portadora, mãe de empréstimo, mãe por procuração, gestação de substituição, gravidez de substituição, entre outras.<sup>46</sup>

A denominação “Maternidade de Substituição” é criticada pela maioria dos autores que se debruçaram sobre esta problemática.

OLIVEIRA ASCENSÃO entende que a lei deveria ter presente a realidade que é uma “gestação para outrem”,<sup>47</sup> não se deve falar em maternidade porque pode não haver maternidade nenhuma.<sup>48</sup>

VERA RAPOSO questiona-se sobre quem é a “mãe de substituição”, se é mãe de substituição significa que é uma substituta, ou seja está a substituir a mãe. Mas o legislador

---

<sup>45</sup> SILVA, Jana, *Aspectos polémicos sobre a gestação de substituição*, Disponível em: [www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v Encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v Encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf).

<sup>46</sup> ABREU, Laura, *A renúncia da Maternidade: reflexão jurídica sobre a Maternidade de Substituição: Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*, in *Panorama do Direito no terceiro Milénio. Livro em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos*, Coimbra: Almedina, 2013, p.610

<sup>47</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *A Lei nº 32/2006, sobre procriação medicamente assistida*, in *Revista da OA*. Disponível em [www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542).

<sup>48</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *O início da vida*, in *Estudos de Direito da Bioética, Vol. II*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 23.

considera que é a mãe quem dá à luz (arts. 1796º/1 CC e 8º/3 LPMA), sendo a verdadeira mãe aquela que é designada de substituta, o que para a autora é antinómico.<sup>49</sup>

MARCELO OTERO prefere a denominação “gestação por outrem”, pois a “gravidez e o parto nestes casos não implicam em maternidade, a ser atribuída à partícipe do projeto parental, tenha ela concorrido ou não com material genético, tenha ela dado ou não à luz.”<sup>50</sup>

O CNECV prefere a expressão “gestação de substituição” a “Maternidade de Substituição”, uma vez que esta leva a pressupor que a gestante é também mãe do nascituro.<sup>51</sup> Chamar mãe de substituição a uma grávida de substituição pode induzir em equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por se considerar “tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica”, ferindo o conceito de maternidade.<sup>52</sup>

ALBERTO BARROS prefere a expressão “útero de substituição” uma vez que a expressão “Maternidade de Substituição” tem um alcance muito superior à circunstância estritamente uterina.<sup>53</sup>

Contrariamente, GUILHERME OLIVEIRA<sup>54</sup>, PAULA SILVA e MARTA COSTA<sup>55</sup>, defendem que se deve optar pela expressão “Maternidade de Substituição”, uma vez que consideram como mãe a mulher que gera e que tem o parto.

Como já depreendemos, muitos autores entendem que a expressão “Maternidade de Substituição” deveria ser aplicada às situações em mulher que suporta a gravidez contribui com o seu próprio material genético. Para as situações em que a mulher apenas cede o seu útero, dever-se-ia usar expressões como “barriga de aluguer”, “aluguer de útero”, “locação de útero”, “gestação de substituição”, entre outras.<sup>56 57</sup>

---

<sup>49</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe... op. cit.*, p. 10- 11.

<sup>50</sup> OTERO, Marcelo. *Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa: Legalidade, Efeitos e o Melhor Interesse da Criança*. Disponível em: [www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft\\_word\\_contratosgestacionais\\_27\\_01\\_2010.pdf](http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf).

<sup>51</sup> CNECV, *Declaração Conjunta sobre Parecer nº 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida Procriação. Medicamente Assistida e Gestação de Substituição*. Disponível em [www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1335282946-declaraa-a-o-de-voto-conj.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1335282946-declaraa-a-o-de-voto-conj.pdf).

<sup>52</sup> CNECV, *Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição (63/CNECV/2012)*. Disponível em [www.cneqv.pt/](http://www.cneqv.pt/).

<sup>53</sup> BARROS, Alberto, *Barrigas de aluguer*, in *Boletim da OA*, nº 88, Março, 2012, p. 25.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Aspectos...*, *op. cit.*, p. 787.

<sup>55</sup> SILVA, Paula; COSTA, Marta, *A Lei ... op. cit.*, p.58.

<sup>56</sup> STELA BARBAS faz distinção entre “mãe portadora” e “mãe substituta”. A primeira é aquela que recebe um óvulo já fecundado, com gâmetas do casal. A segunda contribui com o seu material genético.

Para nós, a expressão “Maternidade de Substituição” é a mais adequada, não estabelece implicitamente que a gestante é também mãe da criança, significa sim que a maternidade foi substituída durante o período da gestação. A mulher que suporta a gestação da criança fá-lo em substituição da mãe, por impossibilidade física desta para suportar o período gestacional. Efetivamente, maternidade por parte da gestante não há, existe sim a substituição da maternidade. O facto de se falar em maternidade ou mãe nas expressões “Maternidade de Substituição” ou “mãe de substituição”, respetivamente, a nosso ver, não atribuiu a maternidade ou a qualificação de mãe, a quem não a tem (embora o legislador o faça).

## 2. O conceito

O art. 8º/2 LPMA define Maternidade de Substituição como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.”

No entendimento de GUILHERME OLIVEIRA a Maternidade de Substituição consiste num contrato de gestação para outrem, através do qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer e entregá-lo, depois do nascimento, a outra mulher renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, inclusivamente a qualificação jurídica de mãe.<sup>58</sup>

---

Vd. BARBAS, Stela, *Direito ao património genético*, Coimbra: Almedina, reimpr., ed. 1998, p. 45 *apud* ABREU, Laura, *A renúncia...*, *op. cit.* p. 610.

<sup>57</sup>SILVA, Paula; COSTA, Marta, *A Lei ... op. cit.*, p.57.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe há só uma/duas!*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 9.

Neste sentido, VERA RAPOSO<sup>59</sup>, acrescenta que a mulher que suporta a gravidez pode contribuir com o seu próprio material genético (substituição genética) ou pode ser inseminada com material concedido por outra mulher (substituição gestacional).

A Maternidade de Substituição, no entendimento de JORGE PINHEIRO, verifica-se quando uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe. Para este autor a mãe gestacional pode ou não contribuir com o seu material genético.<sup>60</sup>

JAVIER GAFO entende por Maternidade de Substituição a que se origina pela gestação de um ser humano no útero de uma mulher, em nome e por comissão ou encargo de outra à qual lhe será entregue o recém-nascido como a mãe própria.<sup>61</sup> Este autor entende que a prestadora de útero pode ser a mãe genética do recém-nascido.<sup>62</sup>

Mais correto, no nosso entender, é o conceito dado por JUDIT SÁNDOR, que assevera que a Maternidade de Substituição refere-se aos casos em que a mãe gestacional, que gera a criança, não coincide com a mãe genética que faculta o óvulo.<sup>63</sup>

Vários são os autores que vão neste sentido, nomeadamente, ISILDA PEGADO, que define a Maternidade de Substituição como um “processo de reprodução artificial em que uma mulher cede o seu útero para que nele seja implantado um óvulo já fecundado, comprometendo-se a gerar uma criança e a entregá-la no final da gestação, à dadora do óvulo ou a uma terceira pessoa que lhe encomenda tal gestação.”<sup>64</sup>

CHRISTINE MENDES define-a como uma técnica de reprodução artificial que consiste na apelação a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero da doadora dos óvulos não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe... op. cit.*, p. 13 e RAPOSO, Vera.; PEREIRA, André, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho)*, in *Lex Medicinæ*, ano 3, nº6, 2006, p. 95.

<sup>60</sup> PINHEIRO, Jorge, *Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 326.

<sup>61</sup> GAFO, JAVIER, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, in Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, p. 91.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>63</sup> SÁNDOR, Judit, *A Retórica Legal em Torno da Reprodução*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para uma Reflexão*, Susana Silva e Luísa Veloso (coords.), Porto: U. Porto Editorial, 2009, p. 32.

<sup>64</sup> PEGADO, Isilda, *Barriga de Aluguer*. Disponível em [www.apfn.com.pt/news\\_detalhe.php?id=806](http://www.apfn.com.pt/news_detalhe.php?id=806).

<sup>65</sup> MENDES, Christine, *Mães...*, *op. cit.*

OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que Maternidade de Substituição “ultrapassa o domínio” da PMA, uma vez que não é requisito da Maternidade de Substituição a utilização de gâmetas de ambos ou de um só dos membros do casal destinatário. Este autor entende ser apenas necessário a disponibilidade de uma mulher para suportar uma gravidez por conta de outrem, desde que não concorra com gâmetas próprios, sendo o embrião implantado no seu útero para ser gerado.<sup>66</sup>

Para o CNECV a Maternidade de Substituição não passa de uma adoção pré-natal de um ser humano intencionalmente concebido (por PMA) para ser adotado pelos pais genéticos.<sup>67</sup>

Qualificamos como Maternidade de Substituição, os casos em que a mãe substituta não coincide com a mãe genética. Defendemos que quando coincide não podemos falar em Maternidade de Substituição, pois, a nosso ver, não existe qualquer substituição. Se a mulher que suporta a gravidez é mãe gestacional e, simultaneamente, mãe genética, nada difere de uma dita “gravidez normal”. Nestes casos, independentemente de qualquer pré-acordo, essa mulher (mãe genética e gestacional) não pode ser chamada de mãe de substituição, mas sim de mãe. Neste sentido OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que “se o embrião é implantado na mulher que cedeu o óvulo e que completará a gestação, essa mulher é a mãe.”<sup>68</sup>

Contrariamente à posição de VERA RAPOSO<sup>69</sup>, que entende que a Maternidade de Substituição não é propriamente uma técnica de PMA, uma vez que todo o processo se pode desenrolar sem recorrer à ciência médica, defendemos que a Maternidade de Substituição só é possível quando se recorre às técnicas de PMA, nomeadamente à fertilização *in vitro*. Só através desta técnica é que a mãe genética não coincide com a mãe gestacional, e só nestes casos se verifica uma verdadeira Maternidade de Substituição, pois a mãe gestacional só cede o seu útero durante a gestação da criança, sem ter com ela qualquer ligação genética. A mãe gestacional é designada como mãe substituta, uma vez que ela substitui a mãe somente na gestação.

---

<sup>66</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *A Lei...*, *op. cit.*; ASCENSÃO, Oliveira, *O início...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>67</sup> CNECV, *Declaração Conjunta...*, *op. cit.*

<sup>68</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *Procriação assistida e direito, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez.*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2000,p. 667.

<sup>69</sup>RAPOSO, Vera, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 118.

Um elemento caracterizador da Maternidade de Substituição é a dissociação da maternidade biológica, por um lado existe a mãe genética (quem fornece o óvulo) por outro, a mãe de substituição (quem gera a gravidez).<sup>70</sup> Sem este elemento essencial não podemos falar em Maternidade de Substituição.

A doutrina anglo-saxónica classifica os casos em que a mesma mulher doa o óvulo e gera o feto como sub-rogação completa ou total, e como sub-rogação parcial os casos em que a mulher só gera o feto.<sup>71</sup>

Entendemos por Maternidade de Substituição um recurso às técnicas de PMA, em que uma mulher se disponibiliza a suportar uma gravidez por conta de outrem, cedendo temporariamente o seu útero, para que nele seja gerado um embrião, concebido *in vitro* com gâmetas de ambos ou de um só dos membros do casal destinatário, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento.

Como requisitos essenciais da Maternidade de Substituição elencamos os seguintes: disponibilização de uma mulher para suportar uma gravidez por conta de outrem; participando unicamente no processo de gestação; não podendo contribuir com os seus gâmetas; tendo o embrião que ser concebido obrigatoriamente com gâmetas de ambos ou de um só dos membros do casal destinatário; após o nascimento a criança deverá ser entregue a este casal.

---

<sup>70</sup> SILVA, Miguel Oliveira da, *Ciência, Religião e Bioética, no início da vida*, Lisboa: Editorial Caminho, 2006, p. 97.

<sup>71</sup> PUECHE, José. *El derecho ante el reto de la nueva genética*. Madri: Dykinson, 1996, p.179, *apud*, SAUKOSKI, Sayonara, *Gestação por Outrem – Aspectos Jurídicos*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-civilísticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, p. 54-55.

### 3. A influência da Maternidade de Substituição no sistema jurídico Português.

#### 3.1. Do Superior Interesse da Criança à proibição da Maternidade de Substituição.

A Maternidade de Substituição é proibida sobretudo pela dificuldade de estabelecer a filiação. Esta prática é propícia a que surjam conflitos de maternidade.<sup>72</sup> Estes conflitos podem ser positivos (várias mulheres arrogam-se mãe do nascituro) ou negativos (quando declinam a maternidade para outra mulher).<sup>73</sup>

Já surgiram em diversos países conflitos de maternidade, o mais mediático foi o caso “bebé M”, em que o casal Stern celebrou com Mary Beth, um contrato nos termos do qual esta última assumiria a gravidez de uma criança, concebida com o esperma do elemento masculino do casal Stern, recebendo uma quantia monetária, em contrapartida; todavia, após o parto, Mary e o respetivo marido recusaram-se a entregar a criança.<sup>74</sup>

Questiona-se: Qual o interesse primordial que deve ser tutelado, o da mãe genética, o da mãe gestacional, o da mãe afetiva ou o da criança?

Por vezes, os conflitos entre os intervenientes no processo de maternidade proporcionam situações em que não está salvaguardado o interesse do nascituro, o qual deve prevalecer sobre os desejos de procriação dos progenitores.<sup>75</sup> A concordância prática, entre o interesse da criança e os de terceiros, como o casal destinatário e a mãe de substituição, deveria ser decidida de forma a que o interesse da criança se sobreposse aos restantes.

Este princípio vem consagrado em inúmeros diplomas nacionais e internacionais, todos com um único objetivo de assegurar que as crianças se desenvolvam de forma normal, assegurando-lhe todos os seus direitos, nomeadamente o direito à liberdade e à dignidade da mesma.

A Carta Europeia dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança obrigam os Estados signatários a “respeitar o menor como sujeito de um conjunto

---

<sup>72</sup> *Vd. Relatório-Parecer n° 44/CNECV/2004, op. cit.*

<sup>73</sup> MENDES, Christine, *Mães...*, *op. cit.*

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe há...*, *op. cit.*, p. 87-95.

<sup>75</sup> *Vd. Relatório-Parecer n° 44/CNECV/2004, op. cit.*

de direitos por forma a assegurar o seu normal, saudável e completo desenvolvimento, tanto ao nível físico como psíquico e intelectual.”<sup>76</sup>

A ordem jurídica Portuguesa enuncia um conjunto de direitos fundamentais e princípios protetores do interesse da criança que vêm consagrados em vários diplomas. Passamos a destacar os mais importantes: A CRP consagra um conjunto de princípios previstos nos arts 36º/ 3, 4, 5 e 6; 67º; 68º; 69º; 70º que têm como objetivo a proteção da criança, dos seus DLG, enquanto indivíduo e membro ativo de uma sociedade, reservando para o Estado o papel regulador e garante do cumprimento desses princípios. O CC, art. 1905º, e a OTM, arts.177º e 180º/1, consagram este princípio como um critério fundamental da decisão judicial. A LPCJP (art. 4º) e a OTM (art. 147ºA) estabelecem o interesse superior da criança como primeiro princípio orientador para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo.

Contudo, nenhum diploma define o conceito de “ superior interesse da criança”. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, exprimindo a necessidade de se adotar a solução mais adequada a cada caso concreto, porque “o interesse de uma criança não é o interesse de uma outra criança e o interesse de cada criança é, ele próprio, suscetível de se modificar.”<sup>77</sup>

Nas palavras de RUI EPIFÂNIO e ANTÓNIO FARINHA “trata-se afinal de uma noção cultural intimamente ligada a um sistema de referências vigente em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa do menor, sobre as suas necessidades, as condições adequadas ao seu bom desenvolvimento e ao seu bem-estar material e moral”.<sup>78</sup>

### **3.2.Estabelecimento da maternidade: haverá um novo conceito de mãe?**

Existem dois tipos de regime para o estabelecimento da maternidade, um resulta do facto do nascimento, ou seja, do parto, o outro resulta do ato jurídico autónomo de

---

<sup>76</sup> PORTAL DA CRIANÇA, *A família e o interesse superior da criança*. Disponível em [www.portaldacrianca.com.pt/artigosa.php?id=8](http://www.portaldacrianca.com.pt/artigosa.php?id=8).

<sup>77</sup> *Vd.* Ac.do T.R.L. de 14-12-2004, Proc.nº10069/2004-6.

<sup>78</sup> EPIFÂNIO, Rui; FARINHA, António, *Organização Tutelar de Menores, I*, Almedina, 1987, p.326 *apud* Ac.do T.R.C. de 16-10-2012, Proc.nº99/10.1TMCBR.

reconhecimento do filho por parte da mãe. Neste regime o parto e o ato de assumir do estatuto jurídico de mãe não estão necessariamente ligados.<sup>79</sup>

O ordenamento jurídico Português adotou o primeiro regime, reconhecendo como mãe quem dá à luz.<sup>80</sup>

Até recentemente, este seria o melhor regime a adotar, pois poder-se-ia afirmar, com relativa segurança, que a mãe genética coincidia com a mãe gestacional, a maternidade era suscetível de provas diretas, como a gestação e o parto. Perfilharam-se princípios como “*mater semper certa est*” (a mãe é sempre certa) e “*pater semper incertus est*” (o pai é sempre incerto).<sup>81</sup> Mas o surgimento das Técnicas de PMA e a prática de Maternidade de Substituição fez com que o Princípio “*mater semper certa est*” fosse seriamente questionado.<sup>82</sup>

Na Maternidade de Substituição, o parto deixa de ser característica demarcadora da maternidade, perdendo a sua credibilidade.<sup>83</sup> Para fazer face a esta problemática, a LPMA instituiu no seu art. 8º/3 que “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”. O legislador não teve em consideração os casos em que a criança nada tem a ver com a mulher que dá à luz.<sup>84</sup> Fica a seguinte questão em aberto: Poderá este critério ser derogado face ao superior interesse da criança?

Na Maternidade de Substituição “a figura da “mãe” deixa de existir como um todo e transforma-se na soma de segmentos desmembrados.”<sup>85</sup> Para AMÉLIA COSTA<sup>86</sup> e GUILHERME OLIVEIRA<sup>87</sup> a criança que nascer terá duas mães, mas a maioria dos autores entende que poderão ser três, VERA RAPOSO chega mesmo a afirmar que poderão existir cinco mães.<sup>88</sup> Poderão assim, intervir num processo de Maternidade de

---

<sup>79</sup>COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – Vol II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da Filiação. Adopção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 57, 58.

<sup>80</sup> O art. 1796º/1 CC dispõe que “Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento”.

<sup>81</sup> Cf. Ac. do S.T.J. de 25-01-1963, proc. nº 058179.

<sup>82</sup> CARDOSO, Augusto, *Procriação Humana Assistida (Alguns Aspectos Jurídicos)*, in *Revista da OA. A. 51*, nº 1 (Abr. 1991), p. 24.

<sup>83</sup> Vd. RAPOSO, Vera, *De mãe...*, *op.cit.*, p. 60

<sup>84</sup> Imaginaremos os casos em que a mãe genética é de cor negra e a mãe gestacional é de cor branca.

<sup>85</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe... op.cit.*, p.34.

<sup>86</sup> COSTA, Amélia, *Perspectiva...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe há...*, *op. cit.*

<sup>88</sup> RAPOSO, Vera, *Direitos...* *op. cit.*, p.126.

Substituição três mães, a genética (doadora do óvulo), a gestacional (gesta a criança) e a social (cria e educa a criança).

O Legislador nacional, na LPMA, adotou a posição tradicional, mantendo a regra prevista no Código Civil, de que a “filiação resulta do facto do nascimento”. Na doutrina existem alguns autores que se opõem a tal posição.

Vários autores defendem que deverá ser juridicamente mãe, a “**mãe genética**”. OLIVEIRA ASCENSÃO dá prevalência aos vínculos de sangue, pois a filiação significa sempre “integração numa estirpe”. Por isso não poderá ser reconhecida como mãe a “mãe gestacional”, mas sim a “mãe genética”.<sup>89</sup> Porém, nas situações em que o embrião é implantado na mãe gestacional, mas fora concebido com óvulos doados por uma terceira mulher, é essencial a existência de um projeto de maternidade, devendo ser reconhecida como mãe a “mãe social”, pois fora ela quem planeou tal projeto.<sup>90</sup> Neste sentido também TIAGO DUARTE<sup>91</sup>.

Outros autores entendem que deverá ser reconhecida como mãe, a “**mãe gestacional**”. Neste sentido ANTUNES VARELA<sup>92</sup> e ALEXANDRA CARDOSO<sup>93</sup> com o argumento de serem muito fortes os laços que se estabelecem entre a mãe uterina e o feto durante a gestação. Também JOSÉ FREITAS vê como mais correta esta posição, uma vez que “está de acordo com a regra segundo a qual é mãe para o direito é aquela que gera a criança.”<sup>94</sup>

Há quem defenda que a maternidade seja atribuída à “**mãe social**”, independentemente de quem doou o óvulo. Neste sentido CARMEN IBÁÑEZ<sup>95</sup> e também

---

<sup>89</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *Procriação...*, *op. cit.*, p.667,668.

<sup>90</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *Direito e Bioética*, in *Revista da OA*. A. 51, nº 2 (Jul. 1991), p. 457.

<sup>91</sup> DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 70.

<sup>92</sup> VARELA, Antunes, *A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 127º, nº 3843, 1994, p.68 *apud* DUARTE, Tiago, *In Vitro...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>93</sup> CARDOSO, Alexandra, *A Procriação Assistida: O Direito da filiação entre a Biologia e a Ética*, 1995, Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, policopiada, p. 45 *apud* DUARTE, Tiago, *In Vitro...*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>94</sup> *Vd.* CNECV, *Parecer nº 63/CNECV/2012*, Declaração Conselheiro José Lebre de Freitas, Disponível em [www.cneqv.pt/](http://www.cneqv.pt/).

<sup>95</sup> IBÁÑEZ, Carmem. *La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la mesma*, in *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Mariano Barbero Santos, Ed. ,Madrid, 1989, p. 257-259 *apud* COSTA, Amélia, *Perspectiva...**op. cit.*, p. 76.

OLIVEIRA ASCENSÃO, como vimos, nas situações em que o projeto de maternidade foi planeado por mulher diferente daquela que doou os óvulos. DEBORA SPAR defende que a maternidade tem de ser definida pela intenção e não pela presunção, por isso deverá ser a mãe a mulher que tem a intenção de procriar a criança, que planeou a concepção da criança.<sup>96</sup>

Nós perfilhamos o entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO, pelo que deverá ser reconhecida como mãe a “mãe genética”, à qual pertence o projeto de maternidade, em detrimento da “mãe gestacional”. Adotamos esta posição em virtude de um dos princípios fulcrais no estabelecimento da filiação: **o princípio da verdade biológica.**

Segundo este princípio a atribuição jurídica da filiação biológica deve corresponder à filiação biológica efetivamente existente, ou seja a verdade jurídica e a verdade biológica devem ser coincidentes. Este princípio tem como objetivo que o pai e a mãe juridicamente reconhecidos sejam, realmente, os progenitores, os pais biológicos do filho.<sup>97</sup> Porém, admitimos uma exceção nos casos em que intervêm-se três mulheres, devendo ser reconhecida como mãe a “mãe social”, em detrimento da “mãe gestacional” e da “mãe genética”. Pois, apesar de estas mulheres participarem no processo de maternidade, uma doando os seus óvulos, outra o seu útero, acontece que nenhuma delas desejou, inicialmente, a criança. Quem perspetivou e desencadeou todo o processo de maternidade fora uma terceira mulher, a “mãe social”, que apesar de não poder conceber um filho com os seus próprios gâmetas, foi a única que planeou o projeto de maternidade.

Admitimos que, em certos casos, além da verdade biológica, deve prevalecer uma verdade sócio-afectiva salvaguardando o melhor interesse da criança. Sustentamos que prevalece o princípio do superior interesse da criança em detrimento do princípio da verdade biológica. Nestas situações a mulher que simplesmente doou os seus óvulos nem deverá ser chamada de mãe, como costumamos fazer, designando-a de “mãe genética.” Esta mulher não passa de uma doadora de óvulos, a quem a lei exige o anonimato (art. 15º LPMA).

---

<sup>96</sup> SPAR, Debora, *O negócio de bebés: como o dinheiro, a ciência e a política comandam o Comércio da concepção*. Coimbra: Almedina, 2007,p.131.

<sup>97</sup> Ac. do T. R. C. de 02-07-2013, Proc. nº 295/12.7T6AVR.C1.

## CAPÍTULO II

### A DIGNIDADE DO SER HUMANO COMO LIMITE

*Não só a sociedade portuguesa, acrescentaria, mas as sociedades em geral que pretendem percorrer o caminho do progresso, do conhecimento, mas também da coerência e, sobretudo, da dignidade humana.*<sup>98</sup>

#### 1. A influência da bioética no Direito

Os avanços científicos têm ultrapassado obstáculos, têm conquistado o que outrora era imaginável e impensável. Mas a par das conquistas científicas, colocou-se à ética uma série de desafios, questionou-se até onde poderá a ciência ir, que limites lhe devem ser impostos para salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Perante esta nova problemática surgiu um novo ramo do saber para estudar esses desafios: a **bioética**<sup>99</sup>.

DANIEL SERRÃO<sup>100</sup> define a ética “como uma categoria de espírito humano que orienta segundo valores o desejo humano e as decisões humanas que ele provoca” e bioética como “o segmento da ética que se refere ao valor vida humana.”

No entendimento de ARCHER<sup>101</sup> é da competência da bioética “a elaboração de uma profunda reflexão ética e a apresentação de propostas devidamente fundamentadas acerca das tecnologias que convêm ou não às sociedades humanas, na salvaguarda dos valores que elas pretendem preservar”. Para PAULA SILVA<sup>102</sup> a bioética assenta na

---

<sup>98</sup> SILVA, Paula, *Simpósio: Perspectivas jurídicas portuguesas e europeias sobre a reprodução assistida*. In *Revista Bioética*, 2003; vol. 11, nº2, p. 134.

<sup>99</sup> RAPOSO, Vera, *Direitos...* op, cit.,p.111.

<sup>100</sup> SERRÃO, Daniel, *Bioética. Perspectiva Médica*, in *Revista da OA*. A. 51, nº 2 (Jul. 1991), p. 419.

<sup>101</sup> ARCHER, L. (2004), *A genética, o desejo e o interdito*, in *Cadernos de Bioética*. Ano 12, nº 35, p. 27, *apud* GOUVEIA, Fátima, *Implicações bioéticas sobre procriação medicamente assistida*, in *Revista Referência*, Série II, n.º 12, Março. 2010, p.106.

<sup>102</sup> SILVA, Paula, *A Bioética na evolução das sociedades*, in *Boletim da OA*, nº 71, Outubro, 2010, p.32.

reflexão daquilo que o Homem precisa, que é adequado à espécie humana no seio dos avanços tecnológicos.

Com o surgimento das técnicas de PMA, com a possibilidade da maternidade ser dissociada, de uma mulher conceber o seu próprio filho, sangue do seu sangue, fora do seu útero, deixou a sociedade perturbada, incrédula. Inevitavelmente surgiram inúmeras repercussões bioéticas, questionando-se sobre a necessidade e validade de tal técnica.

Uma das principais questões éticas levantadas pelo CNECV fora a seguinte: “Relativamente à Maternidade de Substituição em que medida e até que ponto é eticamente aceitável ou desejável que a técnica biomédica intervenha supletivamente de modo tal que eu possa chamar “meu” aquilo que me foi conferido pela intervenção de outrem ou por um artifício técnico?”<sup>103</sup>

No entendimento de JUDITH COSTA o princípio da dignidade da pessoa humana é claramente infringido nos casos de Maternidade de Substituição.<sup>104</sup>

Questiona-se a conciliação dos avanços das ciências biomédicas com a defesa da dignidade e dos direitos fundamentais das pessoas.<sup>105</sup>

Deverá a ciência ficar estancada relativamente aos processos biológico da reprodução humana? Ou poderá continuar a atingir infundamente os seus objetivos? Porque surge a necessidade de criação de normas reguladoras dos procedimentos a serem utilizados pela ciência?

A ciência deverá desenvolver soluções para combater a infertilidade. Mas a evolução científica precisa que lhe sejam impostos limites, senão deixamos de ser seres humanos, por exemplo pelo cruzamento de ADN com outros animais, o ser humano tornar-se-ia em algo inexplicável. É então que surge a necessidade de regulamentar os procedimentos a serem utilizados pela ciência, porque nem sempre o homem se limita por

---

<sup>103</sup> CNECV, *Declaração Conjunta...*, op.,cit.

<sup>104</sup> COSTA, Judith, *Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: rumo à construção do Biodireito*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 100.

<sup>105</sup> MELO, Helena, *Implicações Jurídicas do Projecto do Genoma Humano: Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?*, vol. I, Porto: Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, 2007, p. 32.

princípios éticos ou morais. Por essa razão o Direito é chamado a intervir, tendo como objetivo conciliar essas inovações científicas e os direitos humanos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à autodeterminação.<sup>106</sup>

Na orientação de MÁRIO RAPOSO

“É precisamente a captação e a configuração de uma ética dominante, que, naquilo que tenha a ver com a ideia de dignidade da pessoa, ganha uma certa via expressiva, esbatendo as fronteiras entre a moral e o direito, de modo que a bioética tenderá para alguma propagação a um biodireito, que sobrestará a que cada pessoa possa definir a sua própria ética, desde que posta em ralação com os outros.”<sup>107</sup>

Deste modo, os recentes dilemas impostos pela revolução tecnológica implicam a necessidade de limites éticos e jurídicos a serem discutidos sob o rótulo da Bioética e do Biodireito.<sup>108</sup>

## 2. O Biodireito: do mundo científico para o jurídico.

O biodireito<sup>109</sup> surge para regular muitas das questões que a bioética levanta, ou seja é através do biodireito que existe a conexão da bioética com o Direito. Porém há muito se afirmou que o “direito seria um mínimo ético”, ou seja nem tudo o que se apresenta firmemente estabelecido no plano ético tem a sua repercussão no plano jurídico.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> JACINTO, Vânia, *A conciliação da Ciência com a dignidade do ser humano e do animal*, in *Boletim da OA*, nº 71, Outubro, 2010, p. 29.

<sup>107</sup> RAPOSO, Mário, *Bioética e Biodireito*, in *Revista do Ministério Público*, ano 12, nº 45, p.26.

<sup>108</sup> CORRÊA, Elídia; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo, *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a Ciência e o Direito*» Jurua Editora, 2006, p. 74.

<sup>109</sup> Em Portugal, muitos dos autores adotaram a expressão “Direito Biomédico”, outros preferem a expressão “Biodireito”.

<sup>110</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *Direito...*, *op. cit.*, p.433.

Os conhecimentos sobre as técnicas de PMA provenientes dos avanços científicos foram transportados do mundo científico para o mundo jurídico, e aí valorou-se o que é lícito e o que é ilícito, impondo limites para a autonomia privada.<sup>111</sup>

É este o domínio do biodireito, regulamentar juridicamente as novas descobertas da ciência, impondo-lhe limites, conciliando as normas jurídicas com a realidade social e científica.<sup>112</sup> Mas a realidade de hoje é diferente da realidade de amanhã, por isso existem “limites teóricos ligados a princípios ético-jurídicos, alguns quase intransponíveis e intemporais, outros por ventura modificáveis a médio ou longo prazo.”<sup>113</sup>

Este novo ramo jurídico encontra-se associado a várias áreas do direito, como por exemplo o Direito Constitucional (relativo aos DLG) o Direito Civil (relativo às questões conexas com o direito da família, por exemplo quanto à filiação, com as novas técnicas de PMA), o Direito Penal (e.g. Maternidade de Substituição, clonagem, utilização indevida de embriões, eutanásia) entre muitas outras. Para o nosso estudo interessa como o biodireito dá resposta à Maternidade de Substituição e qual a sua relação com o Direito Penal.

Facilmente se depreende que os problemas éticos oriundos da possibilidade da prática de Maternidade de Substituição que primeiramente são colocadas à bioética são transponíveis para o Direito pelo chamado Biodireito.

E é ao Direito Penal que cabe definir as condutas consideradas ilícitas, e responder a questões como: até que ponto é legítimo incriminar e, se sim, em que medidas ou circunstâncias poderá haver uma cláusula de exclusão da ilicitude, ou até da culpa?<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> CORRÊA, Elídia; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo, *Biodireito...op. cit.*, p. 80.

<sup>112</sup> SALES, Ana, *A Possibilidade Jurídica da Dupla Maternidade ante as Técnicas de Procriação Medicamentosa Assistida*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, p. 18.

<sup>113</sup> RAPOSO, Vera, *Em Nome do Pai (...E da Mãe, e de Dois Pais, e de Duas Mães) – Análise do Art. 6º da Lei 32/2006*, in *Lex Medicinæ*, ano 4, nº 7, 2007, p.37.

<sup>114</sup> SANTOS, André, *Os "novos" desafios do direito penal no século XXI*, In *Scientia Iuridica*, Tomo 57, nº 316, (Out. Dez. 2008),p. 615.

## **PARTE III**

# **ABORDAGEM DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO DIREITO PENAL**

## CAPÍTULO I

### A NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO GRATUITO

*Haverá maior bem do que permitir, de uma forma responsável, que seres humanos ajudem outros seres humanos a beneficiar dessa verdadeira bênção que é ter filhos?<sup>115</sup>*

#### 1. A Maternidade de Substituição a Título Gratuito

A Maternidade de Substituição gratuita verifica-se quando uma mulher aceita gerar uma criança para outrem sem receber qualquer quantia ou compensação material, pode porventura receber o ressarcimento de algumas despesas médicas, exames e medicamentos, as quais seriam assumidas pelo casal beneficiário.

Este tipo de Maternidade de Substituição tende a ser vista pela sociedade como um ato de amor, um processo voluntário e solidário da mãe de substituição em relação à mulher infértil. Por isso é menos censurável e a probabilidade de ser aceite pela sociedade e pela ordem jurídica Portuguesa é muito maior<sup>116</sup>, pois não veem nesta prática um desrespeito pela dignidade da mulher, qualquer instrumentalização ou exploração da mãe de substituição. Neste caso, não se paga um preço pela gestação, não se impõem regras comportamentais à mãe de substituição.

---

<sup>115</sup>Eurico Reis, disponível em [www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content\\_id=2134517](http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=2134517).

<sup>116</sup> E foi nesse sentido, de legalizar a Maternidade de Substituição gratuita, que se apresentaram três projetos-leis com o intuito de alterar a LPMA; PL nº 122/XII/1.ª (BE); o PL nº 131/XII (PS); o PL nº 138/XII (PSD).Disponíveis em [www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx](http://www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx).

Não existem transações onerosas a respeito do corpo humano, existe sim a preservação do consentimento livre e consciente dos contratantes e sobretudo da mãe de gestação.<sup>117</sup>

A LPMA<sup>118</sup> e a generalidade da doutrina nega qualquer tipo de validade a estes contratos quer sejam onerosos, quer sejam gratuitos, uma vez que instrumentaliza o corpo da mulher ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>119</sup>

**Contra a Maternidade de Substituição** podemos destacar autores como JORGE PINHEIRO<sup>120</sup>; ISILDA PEGADO<sup>121</sup> que defende que a legalidade da Maternidade de Substituição é uma “brecha nos direitos das mulheres” consistindo na “instrumentalização e escravatura da mulher e mãe.”; MIGUEL SILVA<sup>122</sup> que garante que “uma grávida não é um contentor, não é substituível”; PEDRO PATTO<sup>123</sup> defende que a legalização da Maternidade de Substituição representa uma “regressão social, uma degradação das mulheres, de modo especial as mais pobres.”; GUILHERME OLIVEIRA<sup>124</sup> que considera qualquer contrato de maternidade inválido; JOÃO LOUREIRO<sup>125</sup> entende que relativamente à Maternidade de Substituição trata-se “de um caso de pura instrumentalização, nomeadamente nos casos de venalização.”

Mas há quem entre nós chegue a **admitir, de iure condendo, a possibilidade da Maternidade de Substituição gratuita**, nomeadamente ALBERTO BARROS<sup>126</sup> que defende que a doação uterina é um ato gratuito e altruísta, baseando-se somente num gesto

---

<sup>117</sup> Vd. OTERO, Marcelo. *Contratação... op. cit.*, p. 14.

<sup>118</sup> Curioso pelo facto de ir em sentido contrário à LPMA é o artº 63º do **Código Deontológico dos médicos** (Regulamento 14/2009, de 13/01), sob a epígrafe “Casos em que o médico pode realizar procriação medicamente assistida” prevê no seu nº5 que “a Maternidade de Substituição só pode ser ponderada em situações da maior excepcionalidade.”

<sup>119</sup> APB, *relatório/parecer nº P/03/APB/05...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>120</sup> PINHEIRO, Jorge, *Mãe...* *op.*, *cit.*, p. 344.

<sup>121</sup> CABO, Ana, *Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa*, in *Boletim da OA*, nº 88, Março, 2012, p.23.

<sup>122</sup> CABO, Ana, *Regulamentação... op. cit.*, p.23.

<sup>123</sup> PATTO, Pedro, *Maternidade de Substituição – um Retrocesso Social*, Disponível em [www.federacao-vida.com.pt/index.php?option=com\\_content&view=article&id=379:maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto&catid=6:noticias&Itemid=8](http://www.federacao-vida.com.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=379:maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto&catid=6:noticias&Itemid=8).

<sup>124</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe...*, *op.*, *cit.*, p. 60-64.

<sup>125</sup> LOUREIRO, João, *Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação: tópicos de um roteiro em torno da Maternidade de Substituição. Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais*, in *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1413.

<sup>126</sup> Vd. BARROS, Alberto, *Barrigas...*, *op. cit.*, p. 25.

de amor e de generosidade e só possível numa relação afetiva muito próxima entre a dadora uterina e o casal; CLÁUDIA VIEIRA aceita Maternidade de Substituição quando se trate de um “empréstimo benévolo do útero”<sup>127</sup>; TIAGO DUARTE entende que se deveriam aceitar os contratos gratuitos de Maternidade de Substituição desde que a mãe de substituição não coincidissem com a mãe genética<sup>128</sup>; ALEXANDRA CARDOSO entende que quando existe um verdadeiro altruísmo por parte da mãe de substituição, a ilicitude dos contratos de gestação gratuita dissipa-se devendo ser válidos, pois deixam de ser contrários à ordem pública ou ofensivos aos bons costumes<sup>129</sup>; SOUSA DINIS argumenta que se a PMA serve para casais inférteis se reproduzirem também deveria servir para casais férteis se reproduzirem, quando tenham dificuldades na gestação<sup>130</sup>; VERA RAPOSO assevera que se a Maternidade de Substituição vier a ser legalmente admitida é impreterível a proibição de qualquer compensação monetária que extravase o ressarcimento das despesas médicas<sup>131</sup>; JUDIT SÁNDOR advoga se a lei permite a doação de órgãos entre familiares, que pode provocar uma maior intervenção na integridade do corpo do dador, porque não permite a gestação de uma criança através da prática da Maternidade de Substituição.<sup>132</sup>

## 2. A proibição da Maternidade de Substituição a Título Gratuito

O art. 8º/1 da LPMA consagra que “São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de Maternidade de Substituição.”<sup>133</sup>

---

<sup>127</sup>Vd. APFertilidade, *Maternidade de Substituição: é urgente legislar!*, Disponível em [www.apfertilidade.org/web/noticias-e-destaques/379-maternidade-de-substituicao-e-urgente-legislar](http://www.apfertilidade.org/web/noticias-e-destaques/379-maternidade-de-substituicao-e-urgente-legislar).

<sup>128</sup> DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas?* op. cit., p. 90

<sup>129</sup> CARDOSO, Alexandra, *A Procriação...op. cit.*, p. 386 apud DUARTE, Tiago, *In Vitro... op. cit.*, p. 92.

<sup>130</sup> Dinis, J. J. Sousa, *Procriação Assistida: Questões Jurídicas*, in "Colectânea de jurisprudência", Coimbra, A. 18, (4), 1993, p. 13 apud DUARTE, Tiago, *In Vitro... op. cit.*, p. 91.

<sup>131</sup> Vd. RAPOSO, Vera, *De mãe...*, op. cit., p. 128-129.

<sup>132</sup> SÁNDOR, Judit, *A Retórica Legal...*, op. cit., p. 33.

<sup>133</sup> A par da legislação Portuguesa, muitas legislações optam pela nulidade dos contratos de Maternidade de Substituição, mormente a Espanhola, a Francesa e a Italiana (Vd. SILVA, Paula; COSTA, Marta, *A Lei...op. cit.*, p. 60-65.)

A proibição da Maternidade de Substituição gratuita implica que seja prevista uma sanção de carácter civil para os prevaricadores.<sup>134</sup>

JORGE PINHEIRO afirma que “o contrato de gestação a título gratuito não pode deixar de ser sempre nulo.” Para este autor a Maternidade de Substituição, ainda que a gratuita, instrumentaliza o corpo da mulher em benefício de outra.<sup>135</sup> Também JOÃO DIAS sustenta que tais contratos são feridos de “nulidade absoluta”, pois o seu objeto é contrário à lei e aos bons costumes, uma vez que recai sobre “realidades insuscetíveis de comércio como são a maternidade e a filiação”<sup>136</sup>.

Estes contratos são nulos por colidirem com vários princípios basilares do direito da família, nomeadamente os estabelecidos nos arts. **1796º CC** (a filiação resulta do facto do nascimento) e **1982º/3 CC** (quanto á obrigação de entregar a criança, só se considera válido o consentimento da mãe de substituição para a adoção decorridas seis semanas após o parto).<sup>137</sup>

A ordem jurídica Portuguesa proíbe a Maternidade de Substituição, ainda que gratuita, tendo como o objetivo a proteção do superior interesse da criança e acautelar possíveis conflitos de estabelecimento da filiação que degradam consequentemente o conceito tradicional de família. Para solucionar esta problemática, não há nada mais fácil que invalidar tais negócios e estabelecer a filiação segundo as regras tradicionais, sendo a mãe a mulher que dá à luz, independentemente da verificação do princípio “*mater semper certa est*”, do superior interesse da criança e do princípio da verdade biológica.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe... op. cit.*, p. 119

<sup>135</sup> PINHEIRO, Jorge, *Mãe... op. cit.*, p. 336.

<sup>136</sup> DIAS, João, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, in *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 93.

<sup>137</sup> Neste sentido GUILHERME OLIVEIRA, *Vd. OLIVEIRA, Guilherme, Mãe..., op. cit.*, p. 47.

<sup>138</sup> No sentido da proteção do princípio da verdade biológica Diogo Leite de Campos, *Vd. CAMPOS, Diogo, A Procriação Medicamente Assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a Omnipotência do Sujeito*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 74.

### 3. Estará salvaguardado o superior interesse da criança tendo em conta a nulidade destes contratos?

O art. 286º CC prevê o regime da nulidade dos contratos, a qual “é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal”. TIAGO DUARTE afirma que “não nos parece razoável, que, por ter incumprido a lei e celebrado um contrato de gestação esta (mãe genética) receba, como punição, a “pena perpétua” de ficar sem o “seu” filho.”<sup>139</sup>

A maternidade deve ser atribuída a título de sanção? Não será o interesse da criança menosprezado com a nulidade do contrato e conseqüente estabelecimento da filiação?<sup>140</sup>

A intenção do legislador era dissuadir a prática destes negócios, pois a declaração de nulidade do negócio jurídico tem efeito retroativo (*ex tunc*), devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado (art. 289º/1 CC), produzindo-se efeitos contrapostos aos desejados por quem os celebra.<sup>141</sup>

Suponhamos que foi celebrado um contrato de Maternidade de Substituição e passados alguns meses ou anos após o nascimento da criança, a mãe de substituição vem invocar a nulidade do referido contrato. *Quid Iuris?* Estará o superior interesse da criança salvaguardado, quando esta é retida aos pais e entregue à mulher que teve o parto, à mãe de substituição<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> DUARTE, Tiago, *In Vitro ...*, op. cit., p. 87.

<sup>140</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO critica a lei, afirmando que “A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção.” (Vd. ASCENSÃO, Oliveira, *A Lei...*, op. cit.) Defende que o critério de atribuição da maternidade deve estar acima de quaisquer outras preocupações do legislador, não a devendo atribuir com o objetivo de dissuasão de contratos de Maternidade de Substituição (Vd. ASCENSÃO, Oliveira, *O início...*, op. cit., p. 25)

<sup>141</sup> Ac. do S.T.J. de 16-10-2003, Proc. nº 03B484.

<sup>142</sup> MATOS, Manuel, *Maternidade de Substituição e Procriação Medicamente Assistida*, Boletim Informativo. Disponível em [www.csm.org.pt/ficheiros/boletim/boletiminformativo2013.pdf](http://www.csm.org.pt/ficheiros/boletim/boletiminformativo2013.pdf).

#### **4. Breve análise do Acórdão n° 101/2009 do Tribunal Constitucional.<sup>143</sup>**

##### **4.1. Será a Maternidade de Substituição a título gratuito admitida, pelo facto de não ser criminalizada? Essa falta de sanção penal revela a sua permissividade?**

Esta foi a questão levantada por um grupo de Deputados da AR. Os requerentes levantam a questão de constitucionalidade relativamente ao facto da LPMA, no seu art. 39º criminalizar a celebração e a promoção de contratos de Maternidade de Substituição onerosa e não criminalizar a Maternidade de Substituição gratuita.

O Tribunal Constitucional (TC) esclarece que o regime previsto na LPMA não revela qualquer permissividade do legislador face à Maternidade de Substituição gratuita. Desde logo, porque o art. 8º nega a esta prática quaisquer efeitos jurídicos, considerando-os nulos independentemente de serem onerosos ou gratuitos, reconhecendo juridicamente como mãe a mulher que suportar a gravidez, indo ao encontro como o estabelecido art. 1796º/1 CC.

##### **4.2. E porque se pune a Maternidade de Substituição a título oneroso, e não se pune a Maternidade de Substituição a título gratuito?**

Elucida o TC, que o legislador não é obrigado a criminalizar todas as condutas, muitas das vezes pode haver um bem jurídico digno de tutela jurídica, sem haver intervenção do Direito Penal. Existem muitos casos que embora semelhantes, o legislador opta pela sua diferenciação, é o que acontece com a prática da Maternidade de Substituição, em que o legislador aplica uma sanção criminal e simultaneamente uma sanção civil aos negócios onerosos, e somente uma sanção civil aos negócios gratuitos.

O legislador “dentro da sua margem de livre escolha dos melhores meios para dar tutela aos bens jurídicos envolvidos”, entendeu que “poderia abdicar da proteção penal” para as situações de Maternidade de Substituição gratuita.

---

<sup>143</sup>Disponível em [dre.pt/pdf2sdip/2009/04/064000000/1245212472.pdf](http://dre.pt/pdf2sdip/2009/04/064000000/1245212472.pdf).

### **4.3. Qual a razão da aplicação de sanções jurídicas tão diferentes relativamente à Maternidade de Substituição onerosa e gratuita?**

Ponto assente é que Maternidade de Substituição, quer gratuita, quer onerosa é proibida. Quis o legislador com esta proibição “proteger o superior interesse da criança e prevenir os conflitos que possam pôr em causa a paz familiar.” Considera o TC que o legislador terá entendido como suficiente para regular a Maternidade de Substituição gratuita os “meios civis relativos à nulidade do negócio e à determinação do vínculo de maternidade”.

Contrariamente à Maternidade de Substituição onerosa, que é vista como uma decadência da mãe de substituição, uma coisificação da criança, afetando o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a Maternidade de Substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável. A Maternidade de Substituição gratuita move-se por sentimentos de amor e solidariedade da mãe de substituição em relação à mulher infértil.

O TC conclui que a não criminalização da Maternidade de Substituição gratuita, não merece censura constitucional. Apesar de consistir numa conduta que suscite imensos problemas ético-jurídicos, também surge num contexto pessoal e emocional de tal forma complexo que se “torna difícil formular um juízo global de censura, nos termos em que tal juízo vai ser pressuposto em toda a sanção penal.”

## 5. A criminalização indireta da Maternidade de Substituição a título gratuito

Aparentemente a Maternidade de Substituição gratuita prevê unicamente uma sanção de carácter civil, a nulidade. Porém o **art. 248º CP** pune-a, ainda que indiretamente.<sup>144</sup>

Dispõe o referido artigo que “é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”, quem se (al. a) “fizer figurar no registo civil nascimento inexistente,” ou quem (al. b) de alguma maneira a colocar em perigo a “verificação oficial de estado civil ou de posição jurídica familiar, usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outra pessoa”.

Como facilmente se depreende através da palavra “Quem”, estamos perante um **crime comum**, que pode ser praticado por qualquer pessoa.<sup>145</sup> O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, porque o estabelecimento da maternidade pode ser feito mediante declaração de maternidade pela própria mãe (art. 1806º/1 CC), ou pela identificação ou indicação da mãe, por terceiro (art. 1806º/ 2 CC).<sup>146</sup>

Quanto à problemática em estudo, Maternidade de Substituição, a al. a) do art. 248º CP não tem qualquer relevância, uma vez que apenas pune as situações de registo de nascimento inexistente, o nascimento não se verifica.

Porém, a al. b) pune os ilícitos de “parto suposto”. É o que se verifica na Maternidade de Substituição, que embora não produza qualquer efeito jurídico, devido à nulidade do negócio, incorre em Crime de Falsificação do Estado Civil quem em sede de Registo de Civil for indicada como mãe, não a mãe de substituição, que teve o parto, mas outra mulher (podendo ser a mãe genética)<sup>147</sup>. Verifica-se este tipo de ilícito quanto existe um nascimento real, mas a atribuição da maternidade é falsa, não corresponde à verdade, ou seja a mulher que teve o parto não coincide com a mulher que foi declarada ou indicada como mãe da criança para efeitos de registo. O **bem jurídico** protegido no Crime de

---

<sup>144</sup> Relativamente a esta matéria tivemos em consideração a anotação ao art. 248ºCP. *Vd. CUNHA, Damião, Artigo 248º: Falsificação do estado civil, in DIAS, Jorge Figueiredo (dir.), Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 607- 612..*

<sup>145</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais- A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 303-304.

<sup>146</sup>COELHO, F. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – Vol II, op. cit.*, p. 62-63.

<sup>147</sup>LOUREIRO, João, *Outro... op. cit.*, p. 1408-1409.

Falsificação de Estado Civil é o próprio **estado civil** (em especial o estado familiar) enquanto estado jurídico, que não pode ser posto em causa gerando incerteza ou insegurança jurídica quanto às relações jurídico-familiares. Por isso, o referido ilícito visa fundamentalmente a “proteção da comunidade, pelo que só reflexamente se pode considerar que o tipo legal visa proteger a fidedignidade do documento”.<sup>148</sup>

As condutas típicas que aparecem como elemento objetivo do tipo legal de crime encontram-se, efetivamente, descritas no tipo são: a **usurpação** (ato de se apropriar ilegitimamente de um estado civil ou posição jurídica familiar), a **alteração** (ato de modificar o estado civil ou posição jurídica familiar verdadeiros), a **suposição** (ato de considerar como verdadeiro um estado civil ou uma posição jurídica familiar, quando a realidade não o é) e o **encobrimento** (ato de ocultar para impedir o conhecimento de uma qualidade essencial quanto ao estado civil ou posição jurídica familiar).

Estas condutas típicas, para o preenchimento do tipo, têm de se referir ao estado do agente ou ao estado familiar de outra pessoa, demonstrando relevância penal quando coloquem em perigo a verificação oficial de estado ou de posição jurídico-familiar.<sup>149</sup>

Na Maternidade de Substituição, o estabelecimento da maternidade feito por declaração ou indicação de mulher que não teve o parto, faz com que ela se arrogue ilegitimamente de uma posição familiar (de mãe) pertencente a outrem (mãe de substituição), cria uma situação de facto que faz crer a posse de uma determinada qualidade que de facto não a tem, a qualidade de mãe, estando deste modo preenchidos o conceito de "usurpação" e “suposição” previsto na al. b) do art. 248º CP.

Deste modo, o tipo de ilícito é preenchido através de declarações expressas falsas ou através da criação de um estado que impeça ou dificulte o correto conhecimento da sua posição familiar.<sup>150</sup>

É considerado **um crime de perigo**, uma vez que o tipo legal não exige uma lesão efetiva do bem jurídico, bastando-se com a colocação em perigo desse bem jurídico.<sup>151</sup> O

---

<sup>148</sup> CUNHA, Damião, *Artigo 248º*...p. 607.

<sup>149</sup> *Idem*, 608-609.

<sup>150</sup> *Idem*, p.609.

agente tem de atuar de maneira a colocar em perigo a verificação oficial de posição jurídico familiar, não é necessário verificar-se o resultado da falsificação, basta que se verifique que a conduta falsificadora esteja sujeita a uma valoração da entidade competente. É um **crime de perigo concreto**, caracterizado pelo facto de o perigo fazer parte do tipo legal, isto é, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo.<sup>152</sup>

O **tipo subjetivo** para a prática deste tipo de crime é o **dolo, bastando o dolo eventual**. Basta que o agente tenha previsto e se tenha conformado com a verificação de um determinado resultado lesivo, um determinado tipo de crime, ou seja o agente conforma-se se com a sua atuação.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I,...*, op. cit., p. 309.

<sup>152</sup> CUNHA, Damião, *Artigo 248º...*, op. cit., p. 610

<sup>153</sup> *Ibidem*.

## CAPÍTULO II

### A CRIMINALIZAÇÃO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO

*Quem recebe para gerar o filho de outrem não é nenhum mercenário, muito pelo contrário, é um realizador de sonhos, é uma varinha de condão e precisa ser gratificado por isso, de forma combinada e contratada entre as partes.<sup>154</sup>*

#### 1. A Maternidade de Substituição a título Oneroso

Na doutrina é nítida a repulsa pelo contrato de Maternidade de Substituição a título oneroso independentemente de se saber se o dinheiro “paga” o bebê ou apenas o serviço pessoal de gestação.

Vários autores **não aceitam este tipo de contrato**, nomeadamente GUILHERME OLIVEIRA, que considera o pagamento da gestação contrário à dignidade da pessoa humana traduzindo “uma degradação da pessoa, da criança e da mãe”<sup>155</sup>; que a “gestação e a entrega do filho, a troco de dinheiro, afeta a dignidade da mulher que venda a sua capacidade reprodutora; e a dignidade do filho que é avaliado em dinheiro e trocado por uma certa quantia.”<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> DIANA POPPE, disponível em [arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100062700/artigo-mitos-sobre-a-gravidez-de-substituicao-por-diana-poppe](http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100062700/artigo-mitos-sobre-a-gravidez-de-substituicao-por-diana-poppe).

<sup>155</sup> OLIVEIRA, Guilherme, “Mães ‘Hospedeiras’. Tópicos para uma Intervenção” in *Procriação Assistida, Colóquio Interdisciplinar* (12-13 de Dezembro de 1991), Coimbra: Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, p. 69. *Apud* APB relatório/parecer nº P/03/APB/05... *op. cit.*, p.17.

<sup>156</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe...*, *op. cit.*, p. 45.

Alguns autores consideram tais contratos reprováveis que os comparam com o tráfico de crianças para adoção,<sup>157</sup> venda de bebés<sup>158</sup>, exploração, instrumentalização<sup>159</sup> e coisificação de ser humanos.<sup>160</sup> Tais contratos onerosos representariam uma mercantilização, onde a mãe de substituição e a criança estariam reduzidas à condição de objeto, qualificando-se como a “coisificação” do ser humano, aceite na ideia de crianças serem vendidas como parte do acordo.<sup>161</sup>

Chega-se mesmo a ver as mães de substituição como “fábricas de crianças”<sup>162</sup>, “produtoras de bebés”<sup>163</sup>, como “mercenárias”<sup>164</sup>, como “incubadoras”<sup>165</sup>, “chocadeiras e poedeira mercenária”<sup>166</sup>

Vários autores se questionam sobre a natureza do contrato, se será de compra e venda, ou doação de uma criança, se um contrato de aluguer de úteros, e/ou se será um contrato de prestação de serviços<sup>167</sup>, leasing do útero<sup>168</sup>, locação do útero, comodato.<sup>169</sup>

Outros vão mais longe garantindo que a Maternidade de Substituição abre portas a um mercado de bebés<sup>170</sup> e a partir do qual surgirá uma nova profissão: mulheres cuja profissão é gerar filhos para outrem.

Minoritária, é a doutrina que **aceita a Maternidade de Substituição a título oneroso**, argumentando que deste modo a mãe de substituição não é explorada, pois os seus serviços são pagos. Defendem o pagamento de um serviço de carácter pessoal.

---

<sup>157</sup> ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 28.

<sup>158</sup> *Vd.* RAPOSO, Vera, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 127

<sup>159</sup> PINHEIRO, Jorge, *Mãe...* *op. cit.*, p. 334.

<sup>160</sup> *Vd.* RAPOSO, Vera, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 127

<sup>161</sup> ARCHER, Luís, *Procriação Artificial: Reflexão Sobre Pessoas e Coisas*, In *Revista Jurídica*, Lisboa, (13/14), Jan.-Jun. 1990, p. 192

<sup>162</sup> ARAÚJO, Fernando, *A Procriação ...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>163</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe...* *op. cit.*, p. 39.

<sup>164</sup> ASCENSÃO, Oliveira, *A Lei...* *op. cit.*

<sup>165</sup> LOUREIRO, João, *Outro...*, *op. cit.*, p. 1413; NEVES, M. Patrão, *Mudam-Se os Tempos, Manda a Vontade – O Desejo e o Direito Ter Um Filho*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2009, p.137.

<sup>166</sup> ALMEIDA, J.M. Ramos, *Reprodução Assistida: as Técnicas, a Ética, a Lei*, instituto de apoio à criança, Lisboa, 1993, p. 14.

<sup>167</sup> VERA RAPOSO defende que o que se está a contratar é um serviço e não o produto final. (*Vd.* RAPOSO, Vera, *Quando a Cegonha chega por Contrato*, in *Boletim da OA*, nº 88, Março 2012, p. 26).

<sup>168</sup> LOUREIRO, João, *Outro ...op. cit.*, p. 1388.

<sup>169</sup> PINHEIRO, Jorge, *Mãe...* *op. cit.*, p. 329.

<sup>170</sup> *Vd.* RAPOSO, Vera, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 126; SPAR, Debora, *O negócio...* *op. cit.*, p. 11.

Nesta vertente podemos destacar LAURA ABREU<sup>171</sup>, que defende a inexistência da coisificação da criança e a subordinação da mãe de substituição. FERNANDO ARAÚJO sustenta que qualquer trabalho subordinado é alugar quer a força corporal, quer mental, e que a ideia de que só aceitam alugar o útero as mulheres com necessidades económicas é uma ideia que pode alastrar a qualquer tipo de tarefa, defende que mesmo a ser admissível a Maternidade de Substituição onerosa haveriam muitos casos de Maternidade de Substituição altruísta por parte de familiares da mãe biológica.<sup>172</sup>

JORGE PINHEIRO defende que a Maternidade de Substituição deve ter por base um contrato de prestação de serviços atípico, segundo o qual a mãe de substituição se comprometia a entregar, de ato e de direito, à mãe do destino o resultado da sua atividade de gestação.<sup>173</sup>

Para VERA RAPOSO dever-se-ia admitir a legalização da Maternidade de Substituição, mas em termos restritos, sendo impreterível a “proibição de qualquer compensação monetária que extravase o ressarcimento das despesas médicas”<sup>174</sup>. Sobre esta problemática escreveu recentemente que “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 gestação.”<sup>175</sup> Neste sentido a autora defende que a “mãe de substituição não vende um bebé, mas presta um serviço de carácter pessoal.” “A quantia transacionada visa pagar a prestação de um serviço, a gestação de uma criança, e não o próprio bebé, enquanto mercadoria.”<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> ABREU, Laura, *A renúncia... op. cit.*, p. 617.

<sup>172</sup> ARAÚJO, Fernando, *A Procriação..., op. cit.*, p. 29-31.

<sup>173</sup> *Vd.* PINHEIRO, Jorge, *Mãe... op. cit.*, p. 330.

<sup>174</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe... op. cit.*, p. 129.

<sup>175</sup> RAPOSO, Vera, *Quando a Cegonha... op. cit.*, p. 26

<sup>176</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe ... op. cit.*, p.56-57.

## 2. Cumulação de sanção civil com a sanção criminal

A Maternidade de Substituição onerosa acarreta para os infratores uma sanção de carácter civil e outra de carácter penal. Como vimos, os contratos de Maternidade de Substituição são nulos independentemente de serem ou não onerosos.

Para evitar repetições quanto à sanção civilística remetemos para o capítulo anterior referente a esta matéria, quanto à Maternidade de Substituição a título gratuito.

Contudo, JORGE PINHEIRO<sup>177</sup> levanta uma questão quanto à sanção civil relativamente à Maternidade de Substituição onerosa. Consideremos que o contrato foi celebrado, as partes cumpriram o acordado, porém o contrato é nulo, e tudo o que tiver sido prestado tem de ser restituído segundo o art. 289º/1 CC.

Nestes termos, terá a mãe de substituição direito a uma compensação pelas despesas e danos decorrentes da celebração e cumprimento de um contrato nulo? Conclui o autor que não é impossível, embora raríssimo, uma vez estando preenchidos os requisitos da responsabilidade pré-contratual previstos no art. 227º CC e caso não haja motivos para excluir a indemnização com base na culpa da lesada, conforme o art. 570º CC. Posição controvertida é apresentada por ALICIA FARAONI<sup>178</sup> que sustenta a impossibilidade de qualquer ressarcimento ainda que a mãe de substituição esteja de boa-fé.

A par da sanção civil, a Maternidade de Substituição onerosa é sancionada criminalmente. Não bastaria a sanção civil? Porque se viu o legislador nacional na obrigação de criminalizar esta conduta? Estarão os valores e interesses constitucionalmente protegidos à luz do princípio matricial da dignidade da pessoa humana protegidos através da criminalização? Será que o legislador nacional teve em consideração o facto de que na Maternidade de Substituição gratuita a mãe de substituição poderá sofrer pressões psicológicas? Poderemos não estar perante um processo carácter benévolo, altruísta e de solidariedade, mas sim perante a instrumentalização e o desrespeito pela dignidade da pessoa que se obriga a contribuir no processo de Maternidade de Substituição gratuita, por nada mais lhe advir que a mera nulidade do contrato.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Jorge Duarte, *Mãe... op. cit.*, p. 336-337.

<sup>178</sup> Faraoni, Alicia, *La maternità surrogata*, capítulo da obra coletiva *Il diritto delle relazioni affettive (Nuove responsabilità e nuovi danni)*, sob a direcção de Paolo Cendon, Vol. I, Pádua, CEDAM, 2005, p. 649 *apud* PINHEIRO, Jorge, *Mãe... op. cit.*, p. 337.

<sup>179</sup> E.g. uma mulher infértil que pede à sua mãe para ser a mãe de substituição do seu filho. Esta mulher nunca se sujeitaria a passar por uma gravidez na sua idade, mas seria incapaz de dizer não à filha.

### 3. Os crimes puníveis pelo art. 39º LPMA

A Maternidade de Substituição é um crime p. e p. pelo art. 39º LPMA punindo quem **concretizar contratos** de Maternidade de Substituição a título oneroso (nº1) ou a **promover** por qualquer meio (nº2) com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. Consagra dois tipos de ilícito: a **concretização** de contratos de Maternidade de Substituição onerosa e a sua **promoção**.

FIGUEIREDO DIAS arroga “será tarefa indeclinável do Direito Penal da medicina do futuro próximo redefinir, pormenorizadamente e de modo tanto quanto possível livre de preconceitos, a fronteira que separa intervenções socialmente indispensáveis, daquelas que têm de ser proibidas porque ofendem em medida inadmissível a dignidade pessoal.”<sup>180</sup>

Quanto à intervenção penal na regulamentação da Maternidade de Substituição onerosa surgiu o dilema quanto à “não-intervenção” ou “neocriminalização”.<sup>181</sup>

Eis que entramos numa “nova era”, verifica-se o impacto da evolução trazida com a forte sucessão de tecnologias e a colocação da sociedade num estado intenso de riscos: a chamada “sociedade de risco”, uma sociedade ligada às problemáticas da pós-modernidade e da globalização.<sup>182</sup> Torna-se indispensável uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política.<sup>183</sup> Porque advirão novos bens jurídicos que podem pôr em causa a subsistência da Humanidade e do planeta.<sup>184</sup>

Relativamente à ideia da não-intervenção, não se deve suprimir totalmente a intervenção do estado. Melhor do que uma não-intervenção radical falar-se-á de uma não-intervenção moderada ou judiciosa, onde assumem papel essencial os movimentos da discriminação e da diversão.<sup>185</sup>

Relativamente aos processos de neocriminalização FIGUEIREDO DIAS defende que só “podem ser aceites e legitimados onde novos fenómenos sociais, anteriormente

---

<sup>180</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Na era da tecnologia genética: que caminhos para o Direito Penal médico?* in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)* ano 14, nº1/2 (Jan./Jun.2004), p.249.

<sup>181</sup> REIS, Rafael, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas*, in *Lex Medicinæ*, ano 7, nº 13, 2010, p. 69.

<sup>182</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I...*, *op. cit.*, p. 134

<sup>183</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Na era...*, *op. cit.*, p. 245.

<sup>184</sup> NUNES, Sílvia, *Análise jurídico-penal da Lei nº 32/2006 de 26 de Julho que regula as técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001,p.93.

<sup>185</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 2.ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 63-68.

inexistentes ou muito raros, desencadeiam comunitariamente consequências insuportáveis e contra os quais se tenha de fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social.”<sup>186</sup> Este autor prevê, que num futuro próximo, e tendo como referência os processos de criminalização e descriminalização, o Direito Penal declinará consecutivamente para a incriminação, porque não pode haver um recuo de normas penais protetoras dos DLG individuais, mas emergirão novos interesses, sobretudo coletivos, dignos e carentes de tutela penal.<sup>187</sup>

“A extensa fenomenologia das técnicas biomédicas emerge, também em Portugal, como um domínio privilegiado da chamada neocriminalização.”<sup>188</sup>

Diante da problemática em estudo, a neocriminalização consiste na punição de qualquer celebração ou promoção de contratos de maternidade a título oneroso.

Porque se justifica esta diferença no plano da criminalização entre o recurso à Maternidade de Substituição a título gratuito e oneroso?<sup>189</sup> Estaremos a ressuscitar um Direito Penal ancorado nos bons costumes e na moralidade?<sup>190</sup>

FIGUEIREDO DIAS relembra que, desde tempos imemoriais, o Direito Penal Português libertou-se da tradicional criminalização de condutas tidas como imorais pela generalidade das pessoas sem que houvesse a lesão de bens jurídicos (e.g. prostituição, homossexualidade, entre tantos outros).<sup>191</sup>

Moralmente a Maternidade de Substituição onerosa não é aceitável, mas será a incriminação a melhor maneira para acautelar os direitos fundamentais dos cidadãos e os bens jurídicos a eles inerentes? Será o futuro do Direito Penal criminalizar condutas imorais, contrárias aos bons costumes? Será que podemos dizer que há uma “expansão do direito penal”, traduzindo-se na ampliação da sua área de atuação, sendo penalizados novos

---

<sup>186</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, ... op. cit.*, p. 66.

<sup>187</sup> DIAS, J. Figueiredo, *O Problema do Direito Penal no Dealbar do Terceiro Milénio, Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais.*, in *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 269.

<sup>188</sup> RODRIGUES, Anabela, *Artigo 168º- Procriação Artificial não Consentida* in DIAS, Jorge Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.498.

<sup>189</sup> REIS, Rafael, *Responsabilidade... op. cit.*, p.89.

<sup>190</sup> RAPOSO, Vera, *Quando a Cegonha... op. cit.*, p.26.

<sup>191</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português*, in *Revista da OA*. A. 43, nº 1 (Jan. Abr. 1983), p.19.

comportamentos imorais?<sup>192</sup> Há quem entenda que estamos perante um fenómeno de criação em massa de um Direito Penal simbólico.<sup>193</sup>

### **3.1.A (in)justificação da criminalização da Maternidade de Substituição a título oneroso.**

Muitos autores consideram que a Maternidade de Substituição onerosa assenta no domínio da alienação, da “coisificação” e instrumentalização da pessoa, ferindo a sua dignidade. Traduz-se numa espécie de mercantilização do corpo feminino e na exploração de mulheres economicamente mais pobres.<sup>194</sup> Vários autores equiparam a “mercantilização do sexo” à “mercantilização do útero” por ser um “domínio igualmente íntimo e estreitamente ligado à dignidade e afirmação pessoais.”<sup>195</sup> O corpo é instrumentalizado em ambos, mas na Maternidade de Substituição há um objetivo final, a obtenção de um bebé. Só a criminalização da Maternidade de Substituição onerosa pode salvaguardar direitos fundamentais.<sup>196</sup>

Justificam a punibilidade desta conduta porque se compra a faculdade comercial da mãe de gestação, que em regra é economicamente mais carenciada o que importa a sua exploração.<sup>197</sup> E se não houvesse pagamento? Face a esta falta de pagamento, muitos autores que se opõem à Maternidade de Substituição onerosa, veem nesta conduta a virtualidade do pagamento, uma vez que as mães de substituição podem alterar a sua classe económica.<sup>198</sup>

Ironicamente, VERA RAPOSO justifica a criminalização desta conduta pela analogia com a escravatura de mulheres e o tráfico e venda de crianças.<sup>199</sup>

Vários são os autores que não concordam com a intervenção do Direito Penal na regulamentação da Maternidade de Substituição.

---

<sup>192</sup> SANTOS, André, *Os... op. cit.*, p.616, 626.

<sup>193</sup> REIS, Rafael, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>194</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe...* *op. cit.*, p.47- 55

<sup>195</sup> PATTO, Pedro, *Maternidade...* *op. cit.*

<sup>196</sup> *Ibidem.*

<sup>197</sup> RAPOSO, Vera, *De mãe...* *op. cit.*, p. 122.

<sup>198</sup> *Idem*, p.124.

<sup>199</sup> *Vd.* RAPOSO, Vera, *Quando a Cegonha...* *op. cit.*, p. 27.

O desejo de um casal infértil ter um filho biológico, a indisponibilidade de uma mãe de substituição a título gratuito, a disponibilidade de uma mãe de substituição a título oneroso (por interesses económicos), justificará a intervenção do Direito Penal?

Sem qualquer tipo de dúvida, moral e socialmente estas condutas são reprováveis, mas será juridicamente correto punir-se criminalmente os intervenientes nestes contratos? Será que estas pessoas têm a intenção criminosa que o Direito Penal necessita?<sup>200</sup>

GUILHERME OLIVEIRA assegura que “não pode punir-se o acordo privado entre a mulher (ou casal) que encomenda o filho e a mulher que se compromete a gerá-lo.” Defende que o Direito Penal não deveria chegar a este ponto, devido às dificuldades de prova, à falta das intenções criminosas, e pelo facto de o Direito Penal ser um direito de *última ratio*.<sup>201</sup>

Também MARIA ANTUNES considera que a punição desta conduta não é justificada pela lesão de um bem jurídico, mas sim, tem como objetivo, afastar tudo o que possa ser visto como emanção de uma qualquer ideia de comércio associado à PMA. Conclui que a legitimidade da criminalização desta conduta é questionável tendo como padrão crítico o princípio jurídico-constitucional do Direito Penal do bem jurídico.<sup>202</sup>

Para COSTA ANDRADE, embora não concorde com a prática da Maternidade de Substituição, porque vários problemas dela poderão advir, o certo é que não concorda com a sua criminalização, porque (antes da aprovação da LPMA) acreditava que a intervenção do Direito Penal seria disfuncional e negativa.<sup>203</sup>

FARIA COSTA argumenta a não compreensão do chamamento da área do Direito Penal para “sancionar comportamentos desviantes das definições legais”. Este autor não encontra qualquer bem jurídico material que possa sustentar estas criminalizações. Considera que teríamos a “afirmação do princípio (correto) de uma (des)eticização dos comportamentos regulamentados ou regulados atinentes à PMA” e a “afirmação de uma moral desmoralizada através da criação de normas incriminadoras”.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe... op. cit.*, p. 81

<sup>201</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *Aspectos...op. cit.*, p. 788.

<sup>202</sup> ANTUNES, Maria, *Procriação Medicamente Assistida - Questões Novas ou Questões Renovadas Para o Direito Penal? in Estudos em Homenagem ao Professor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. III, Coimbra: Studia Iuridica 100, 2010, p. 91, 92.

<sup>203</sup> ANDRADE, Manuel, *Direito Penal e modernas técnicas biomédicas*, in *Revista de Direito e Economia*, 12, 1986, p. 119.

<sup>204</sup> MATOS, Manuel, *Maternidade...*, *op. cit.*

RAFAEL REIS esclarece “é difícil aceitar como princípio de análise que tenha que ser o Direito Penal a definir qualquer grau de permissividade relativamente à Maternidade de Substituição.”<sup>205</sup>

### **3.2.A justificação da criminalização da promoção Maternidade de Substituição a título oneroso.**

No teor literário do art. 39º/2 da LPMA a quem se refere a expressão “**quem promover**”?

Uma mulher que, através de anúncio público<sup>206</sup>, se disponibilizar a ser mãe de substituição, poderá ser punida por este tipo de ilícito?

Parece-nos que não. Este tipo legal de crime enuncia como meios possíveis de promoção, o convite direto ou por interposta pessoa, ou seja através de um intermediário. E quem são estes intermediários? Nós entendemos que pode ser qualquer pessoa (singular ou coletiva)<sup>207</sup> que atue com finalidade lucrativa, de forma a manter proventos económicos, desde que atue com vista a satisfazer interesses de terceiros, colocando em contacto o casal infértil com possíveis “mães de substituição”.

Se, em vez dos anúncios publicados pelas candidatas a mães de substituição, essa tarefa fosse feita por outra pessoa, com o intuito de as promover como candidatas a mães de substituição, já se estaria a fomentar a Maternidade de Substituição, preenchendo o tipo de ilícito.

A conduta dos intermediários, angariadores, fomentadores da Maternidade de Substituição a título oneroso assemelha-se à conduta dos agentes do crime de lenocínio, p. e p. art. 169º CP. Mas, ao contrário da prostituição que é uma conduta lícita, a Maternidade

---

<sup>205</sup> REIS, Rafael, *Responsabilidade...*, op. cit., p. 91.

<sup>206</sup> E.g. anúncio: **Daniela**: “alugo minha barriga a pessoas responsáveis e com valores. Sou portuguesa, vivo em Portugal. Sou jovem, bonita de boa saúde física e emocional e com disponibilidade total para viajar se for o caso! “Disponível em [planetaderosa.com/pais-e-filhos/aluguel-de-barriga-mae-de-aluguel-como-funciona.html](http://planetaderosa.com/pais-e-filhos/aluguel-de-barriga-mae-de-aluguel-como-funciona.html).

<sup>207</sup> VERA RAPOSO considera que, em regra, são angariadores/intermediários os médicos ou advogados. *Vd. RAPOSO, Vera, De mãe... op. cit.*, p. 38, 120.

de Substituição a título oneroso é uma conduta ilícita. Tendo a semelhança que em ambas as condutas os seus intermediários, angariadores são criminalmente punidos.<sup>208</sup>

“O lenocínio constitui prática de proxeneta, na medida em que a sexualidade remunerada da prostituta é incentivada, orientada e condicionada por quem a quer explorar.”<sup>209</sup> Deste modo, também a Maternidade de Substituição onerosa é uma prática de exploração, na medida em que a gestação remunerada da mãe de gestação é incentivada, orientada e condicionada por quem a quer explorar. Censura-se o aproveitamento económico dos casais inférteis (emocionalmente debilitados por não terem filhos) e das mães de substituição (economicamente carenciadas).

Nós, assim como a maioria da doutrina<sup>210</sup>, estamos de acordo quanto à criminalização da promoção, angariação, habitual ou lucrativa da Maternidade de Substituição.

---

<sup>208</sup> RODRIGUES, Anabela, *Artigo 170º - Lenocínio*, in DIAS, Jorge Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 522.

<sup>209</sup> Ac.do T.RP. de 28-03-2012, Proc.nº 86/08.0GBOVR.P1.

<sup>210</sup> E.g. OLIVEIRA, Guilherme, *Aspectos... op. cit.*, p. 787; RAPOSO, Vera, *De mãe... op. cit.*, p. 120.

#### 4. A intervenção do Direito Penal. Será legítima?

É através do conceito material de crime que se “exprime o que pode validamente ser previsto como crime, fundamento de uma sanção criminal.”<sup>211</sup>

Os critérios de legitimação do Direito Penal provêm do conceito material de crime, de uma **perspetiva racional e teleológico-funcional** onde estão subjacentes três critérios essenciais: o bem jurídico; a Dignidade penal e a Carência de tutela penal ou necessidade de pena (art. 18º/2 CRP).<sup>212</sup>

A evolução técnica e científica veio potenciar o surgimento de novas condutas passíveis de lesar bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, que anteriormente não necessitavam de tutela.<sup>213</sup> Assim, a neocriminalização acontece devido à afirmação de novos bens jurídicos necessitados de tutela penal. Também a legitimidade da (neo) intervenção do Direito Penal radica na necessidade de intervenção dos critérios (essenciais) supra citados.

O bem jurídico é o valor ou interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção de um certo estado de coisas que sejam socialmente relevantes.<sup>214</sup>

Mas não basta para legitimar o Direito Penal a atuar, para além disso é necessário que o bem jurídico ameaçado tenha dignidade penal. O regime jurídico que vem consagrado no art.18º/2 da CRP estabelece o “critério jurídico-constitucional da definição material do bem jurídico-penal”. O referido critério tem como objetivo vincular o legislador ordinário na determinação dos bens jurídico-penais, através da criminalização de determinadas condutas.<sup>215</sup> Esclarece TAIPA CARVALHO que o artº 18º/2 da CRP, ao consagrar que a restrição dos DLG<sup>216</sup> só é legítima quando tiver por objetivo salvaguardar

---

<sup>211</sup>PALMA, Fernanda (Coord.), *Direito Penal I, 2010/2011*. Disponível em [www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=5cvg7Ysabyo%3D&tabid=374](http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=5cvg7Ysabyo%3D&tabid=374)

<sup>212</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I...*, op. cit., p.114.

<sup>213</sup> SANTOS, André, *Os...*, op. cit., p. 615.

<sup>214</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I...*, op. cit., p.114.

<sup>215</sup> CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais- Teoria geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 52.

<sup>216</sup> Existem três pressupostos materiais para a restrição legítima dos DLG: **a)** previsão constitucional expressa da respetiva restrição; **b)** salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; **c)** princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se desdobra em três subprincípios, princípio da adequação, princípio da exigibilidade e princípio da proporcionalidade em sentido restrito. *Vd.* CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Vol. I, Artigos 1º a 107º, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 391-393; ARAÚJO, Fábio, *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal*:

outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, está a consagrar o pressuposto da dignidade penal (dimensão axiológica) do bem jurídico.<sup>217</sup>

**Será que, pelo facto de um comportamento lesar um bem jurídico com dignidade penal ele pode ser criminalizado?** Não. É concebido um critério adicional, é necessária a **carência de tutela penal**.<sup>218</sup> Este critério dá expressão ao princípio da subsidiariedade e de *ultima ratio* do direito penal. O Direito Penal é subsidiário, é de *ultima ratio*, só intervém quando é necessário, quando é violado um bem jurídico, quando esse bem jurídico tem dignidade penal, deve intervir quando a proteção de bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade.<sup>219</sup> A **carência de tutela penal** analisa-se num duplo e complementar juízo: um juízo de necessidade (por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal) e um juízo de idoneidade (do direito para assegurar a tutela).<sup>220</sup>

Deste modo, o modelo de política criminal rege-se **pelo princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem jurídica axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal** e, desta máxima, decorre precisamente a exigência da necessidade e subsidiariedade da intervenção jurídico-penal.<sup>221</sup>

FIGUEIREDO DIAS assume a posição de que não existem **imposições constitucionais implícitas de criminalização**.<sup>222</sup> O Direito Penal não tem a obrigação de criminalizar todas as condutas lesivas de um bem jurídico constitucionalmente protegido, isto porque, pode suceder que a tutela penal não seja necessária ou mesmo idónea. O Direito Penal só age subsidiariamente, se não houver outro direito que o faça, só se realmente necessário, só se for adequado.<sup>223</sup>

TAIPA DE CARVALHO advoga que do critério da necessidade penal deriva a recusa da existência das chamadas imposições constitucionais implícitas de criminalização.

---

*fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, 2009, p. 35- 80.*

<sup>217</sup> CARVALHO, Américo Taipa, *Direito.... op. cit.*, p. 52.

<sup>218</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I...*, *op. cit.*, p.127.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>220</sup> ANDRADE, Manuel, *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2 (1992), p.186.*

<sup>221</sup> Ac.do T.R.C. de 11-03-2009, Proc.nº 36/03.3GCTCS.C1.

<sup>222</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I...*, *op. cit.*, p.129

<sup>223</sup> *Ibidem*.

Significa que a “dignidade penal” de certos valores previstos na CPR obrigaria o legislador ordinário a criminalizar as condutas que os lesassem ou pusessem em perigo.<sup>224</sup>

A recusa destas imposições constitucionais assenta no facto de **não bastar para a criminalização a dignidade penal** exigindo-se, ainda que, a **proteção desses bens** encontre no recurso ao Direito Penal a forma adequada e única de proteção.<sup>225</sup>

Naturalmente que isto não significa que, não existem bens jurídicos consagrados na CRP, que não tenham que ser obrigatoriamente tutelados pelo Direito Penal. Em relação a tais bens recai sobre o legislador ordinário o dever de criminalizar todos os comportamentos que os lesem, por imposição do próprio legislador constitucional que expressamente prevê a necessidade de intervenção penal (artº 29 CRP).<sup>226</sup>

Perante o exposto, e quanto à problemática em estudo, poderemos afirmar convictamente que houve **excesso de criminalização** (este tipo de celebração de contratos poderia ser punível, mas sem ser crime). Violou-se o princípio da subsidiariedade,<sup>227</sup> o Direito Penal só pode intervir em *ultima ratio*, depois de passar por todos os outros ramos do direito. Se o Direito Civil é suficiente para acautelar a manutenção dos bens fundamentais à existência do próprio estado e da sociedade relativamente à Maternidade de Substituição a título gratuito, porque também não é (sem a cumulação da sanção penal) para a Maternidade de Substituição a título oneroso?

Como vimos não basta apurar bens jurídicos que devem ser protegidos e quais as condutas que devem ser criminalizadas. Como critérios essenciais da legitimidade da intervenção temos: o bem jurídico; a Dignidade penal e a Carência de tutela penal ou necessidade de pena. Concluimos que estes critérios essenciais não foram observados, criminalizando-se a Maternidade de Substituição onerosa, com fundamento em critérios morais e éticos.

---

<sup>224</sup> CARVALHO, Américo Taipa, *Direito... op. cit.*, p. 53

<sup>225</sup> *Ibidem.*

<sup>226</sup> *Ibidem.*

<sup>227</sup> Neste sentido REIS, Rafael, *Responsabilidade...,op. cit.*, p. 90.

## 5. Análise jurídico-penal do tipo incriminador da Maternidade de Substituição a título oneroso.

### 5.1 Generalidades

No âmbito desta análise vamos fazer referência aos dois tipos de crime que o art. 39º LPMA prevê: o relativo à **celebração** do contrato e o relativo à **promoção** da Maternidade de Substituição onerosa.

A construção do facto punível apresenta particularidades próprias, conforme se trate de um crime doloso, negligente ou por omissão.<sup>228</sup>

Em virtude do consagrado no art. 14º/1 CP, concluímos que este tipo de ilícito só se verifica quando o seu autor age com **dolo**, por isso passaremos a analisar toda a composição do **facto punível doloso de ação**.

O tipo de ilícito é sempre constituído por uma **vertente objetiva** e por uma **vertente subjetiva**. Só da conjugação destas duas vertentes resulta o juízo de contrariedade da ação à ordem jurídica, o mesmo é dizer, o juízo de ilicitude. Por isso, os **tipos incriminadores do ilícito típico** dividem-se em: **Tipo objetivo de ilícito** e **Tipo subjetivo de ilícito**.<sup>229</sup>

### 5.2 Tipo objetivo de ilícito

Serve como expressão legal do sentido de ilicitude e tem como finalidade de dar a conhecer os comportamentos considerados proibidos pelo ordenamento jurídico-penal.

Aqui é possível identificar os elementos relativos ao **Autor**, à **conduta** e aos **bens jurídicos**.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> MANSO, Luís, *Direito Penal, Casos Práticos Resolvidos*, Vol. I, 3ª edição (revista e aumentada), Lisboa: *Quid Juris*, 2009, p. 30.

<sup>229</sup> Ac.do T.R.E de 14-06-2005, Proc.nº 863/05-1.

<sup>230</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I...*, op.,cit., p. 295.

### 5.2.1. O Autor: Quem pode ser autor deste tipo legal de crime?

Até 2007 vigorava o Princípio “*societas delinquere non potest*” (as sociedades não podem praticar crimes). Em regra será autor uma pessoa individual (art. 11º/1 CP), mas também pode ser um ente coletivo, quando a lei expressamente o determinar (arts 11º/2; art. 90º A e ss. CP; art. 43ºA LPMA).<sup>231</sup>

Deste modo, podemos qualificar o tipo de crime, consoante a **qualidade** e a **quantidade** de autores.<sup>232</sup>

Quanto à **qualidade** podem ser: **crimes comuns** podem ser cometidos por qualquer pessoa ou; **crimes específicos** podem ser cometidos por quem possua uma determinada qualidade ou estatuto ou sobre quem recaía um dever especial, estes crimes podem ser subdivididos em **Crimes específicos próprios ou puros**, em que a especial qualidade ou estatuto do autor serve para fundamentar a ilicitude do facto, e portanto para fundamentar a própria responsabilidade criminal ou, em **Crimes específicos impróprios ou impuros**, quando o estatuto ou qualidade da pessoa apenas agrava a ilicitude do facto e portanto agrava a responsabilidade criminal.

Quanto à **quantidade** podem ser: **crimes singulares**, quando praticados por uma só pessoa ou, **Crimes plurais, plurissignificativos ou de participação necessária**, quando se exige a participação de mais de uma pessoa.

Consideramos que, quanto ao autor, ambos os crimes previstos no art. 39º consubstanciam **crimes comuns**, uma vez que a expressão “quem” evidencia que podem ser praticados por qualquer pessoa. Quanto à **concretização** do contrato de Maternidade de Substituição a título oneroso é um **crime plural**, uma vez que exige a participação de mais de mais de uma pessoa.

Quanto ao crime de **promoção** da Maternidade de Substituição onerosa pode ser um **crime singular**, como **plural**.

Podemos concluir que, todos os intervenientes na celebração do contrato de Maternidade de Substituição onerosa (promotores, angariadores, mães de substituição, pais do destino, médicos intervenientes no processo tendente à gestação do feto) são **autores** de pelo menos um dos crimes previstos.

---

<sup>231</sup> *Idem*, p. 295, 296.

<sup>232</sup> MANSO, Luís, *Direito...*, op., cit., p. 31.

### 5.2.2. A conduta: Qual a conduta descrita pelo tipo legal de crime?

Só podem dizer-se penalmente relevantes as ações humanas, de comportamento humano voluntário, ou seja, presidido por uma vontade, que exclui os atos reflexos, os atos cometidos em estado de inconsciência e os atos cometidos sob o impulso de forças irresistíveis.<sup>233</sup>

No âmbito da **conduta** importa distinguir entre: **Crimes de resultado**, em que o crime só se consuma quando o resultado se produz e **crimes de mera atividade ou crimes formais**, em que basta o comportamento do agente, independentemente de qualquer efeito que se venha a produzir sobre o objeto da ação para que o tipo se preencha.<sup>234</sup>

Também importa a distinção entre: **Crimes de execução livre**, em que o tipo legal não descreve o meio utilizado pelo agente ou a modalidade de ação e, **Crimes de execução vinculada**, quando o método de execução se encontra expressamente descrito no tipo.<sup>235</sup>

Quanto ao **crime de celebração de contratos de Maternidade de Substituição onerosa** surgem-nos algumas dúvidas. Prevê a lei “**Quem concretizar**”, esta expressão significa que basta a mera celebração do contrato (escrito ou verbal) ou será necessário a sua efetiva execução? Aparentemente, pelo teor literário, estaríamos perante um crime de mera atividade, bastando para a sua consumação a celebração do contrato. Mas seguimos o entendimento de RAFAEL REIS, e aceitamos que o crime só se consuma quando o resultado se produz (**Crime de resultado**), ou seja, depois de celebrado o contrato, as partes o executarem através da entrega e receção da criança.<sup>236</sup> É um **crime de execução livre**, o tipo legal não descreve como deve o contrato ser realizado e qual o tipo de contrato a realizar.

Quanto ao **crime de promoção de contratos de Maternidade de Substituição onerosa**, podemos qualificá-lo como um **crime de mera atividade**, basta a sua promoção, e é um **crime de execução livre** porque a promoção por ser feita “por qualquer meio”.

---

<sup>233</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.*, op.,cit., p. 305.

<sup>234</sup> *Idem*, p. 306.

<sup>235</sup> *Idem*, p. 308.

<sup>236</sup> REIS, Rafael, *Responsabilidade...op., cit.*, p. 90.

### 5.2.3. O bem jurídico: Qual o bem jurídico protegido pelo tipo legal de crime?

No âmbito do **bem jurídico** importa distinguir entre: **Crimes de dano**, para haver consumação tem de haver lesão efetiva do bem jurídico, porque a lesão efetiva é elemento do tipo legal e, **Crimes de perigo**, basta a colocação em perigo do bem jurídico. Os crimes de perigo podem ser: **crimes de perigo concreto**, o perigo tem de fazer parte do tipo legal, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo ou, **crimes de perigo abstrato**, o perigo não é elemento do tipo legal, mas é aferido pelo juiz em função da perigosidade da conduta.<sup>237</sup>

Quanto ao bem jurídico, FIGUEIREDO DIAS defende que podem ser ainda qualificados como **Crime simples**, quando o tipo legal visa proteger apenas um bem jurídico ou, **Crime complexo**, quando visa tutelar dois ou mais bens jurídicos.<sup>238</sup>

Relativamente à **celebração de contratos de Maternidade de Substituição onerosa** há quem invoque como bem jurídico a dignidade humana<sup>239</sup>. MARIA ANTUNES e VERA RAPOSO consideram que a dignidade da pessoa humana não constitui um bem jurídico-criminal.<sup>240</sup> VERA RAPOSO defende que no crime em estudo não existe qualquer bem jurídico-penal.<sup>241</sup>

O TC, no Ac. n.º 101/2009, entende que existem bens jurídicos dignos de tutela, nomeadamente: o **direito à identidade pessoal**, o **direito ao desenvolvimento da personalidade** e, ainda, do **direito às condições de um integral desenvolvimento**.<sup>242</sup>

Deduzimos estar perante um **crime de dano**, que também é um **crime complexo** (tendo em conta os bens jurídico-penais elencados pelo TC).

---

<sup>237</sup> MANSO, Luís, *Direito...*, op., cit., p. 32.

<sup>238</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.*, op., cit., p. 311.

<sup>239</sup> Relativamente a este assunto faz-nos parecer que Guilherme de Oliveira vai nesse sentido ao exprimir que “O Direito Penal limita-se a tutelar bens jurídicos fundamentais, indiscutíveis: no caso que nos ocupa, limita-se a tutelar a dignidade humana, a defender a liberdade de decisão individual” *Vd.* OLIVEIRA, Guilherme, *Aspectos...*, op., cit., p. 772.

<sup>240</sup> ANTUNES, Maria, *Procriação...*, op., cit., p. 87; RAPOSO, Vera, *Quando a Cegonha...*, op., cit., p. 27.

<sup>241</sup> CABO, Ana, *Regulamentação...*, op., cit., p. 22-24.

<sup>242</sup> Disponível em [dre.pt/pdf2sdip/2009/04/064000000/1245212472.pdf](http://dre.pt/pdf2sdip/2009/04/064000000/1245212472.pdf).

Quanto ao crime de **promoção** de contratos de Maternidade de Substituição onerosa, o bem jurídico protegido é complexo (**crime complexo**), abrangendo não só o **interesse geral da sociedade, mas também a personalidade de quem seja objeto da conduta do agente**, à semelhança do crime de lenocínio.<sup>243</sup> É um **crime de perigo abstrato** (uma vez que é um crime de mera atividade).

### 5.3 Tipo subjetivo de ilícito

O tipo subjetivo de ilícito pode ser **doloso** ou **negligente**. A **negligência** consiste na falta do cuidado devido, que tem como consequência a realização do facto proibido por lei (arts 13º; 15º CP) e só há punição a título de negligência, excecionalmente, quando a lei o preveja (Princípio da legalidade criminal). O **dolo** consiste no propósito de praticar o facto descrito na lei penal, caracteriza-se pelo conhecimento e vontade e pela contrariedade ou indiferença perante a ordem axiológica jurídico-penal. (arts. 13º, 14º CP).<sup>244</sup>

É o tipo subjetivo de **ilícito doloso** que nos cumpre agora analisar, um tipo cujo elemento irrenunciável é o dolo, uma vez que relativamente aos crimes previstos no art. 39º da LPMA exige-se o dolo.

O dolo do tipo conceptualiza-se em dois elementos: o **elemento intelectual ou cognitivo** (o conhecimento material dos elementos e circunstâncias do tipo legal) e o **elemento volitivo** (a vontade de adotar a conduta, o querer adotar a conduta, não obstante aquele conhecimento, mesmo tendo previsto o resultado criminoso como consequência necessária ou como consequência possível dessa conduta).<sup>245</sup>

O primeiro elemento vem regulado no art. 16ºCP e nele vigora o **princípio da congruência total entre o tipo subjetivo e o tipo objetivo de ilícito**. Exige-se o conhecimento do agente sobre todos os elementos que constituem o tipo objetivo de ilícito, tem de conhecer todos os factos (senão não existe dolo, não se pode exigir um juízo de

---

<sup>243</sup>GONÇALVES, Manuel, *Código Penal Português, Anotado e Comentado - Legislação Complementar*, 17.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 599.

<sup>244</sup>SANTOS, Manuel; Sousa, JORGE, *Contra-Ordenações, Anotações ao Regime*. Geral, 4.ª Edição, Lisboa: Vislis Editores, 2007, p. 139.

<sup>245</sup>DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.*, op.cit., p. 348-350.

censura, um juízo de culpa). Só pode realizar um tipo de culpa dolosa um agente que tenha ao nível da sua consciência, do seu conhecimento, capacidade para representar todos os elementos do facto. Tal exigência deve respeitar não só os elementos **descritivos do tipo** (podem ser apreendidos através de uma atividade meramente sensorial), mas também os **elementos normativos** (“aqueles que só podem ser representados e pensados por referência a normas, jurídicas ou não jurídicas”)<sup>246</sup>

O segundo elemento, o **volitivo**, pode ser definido como o conhecimento (da facticidade típica e das normas proibidas) e vontade de praticar o facto.<sup>247</sup> O art. 14º CP autonomiza vários tipos de dolo, o **dolo direto** (o agente representa o facto que preenche o tipo e atua com intenção de o realizar), o **dolo necessário** (o agente representa a realização de um facto que preenche o tipo como consequência necessária da sua conduta) e o **dolo eventual** (o agente representa a realização de um facto que preenche o tipo como consequência possível da sua conduta e atua conformando-se com aquela realização).<sup>248</sup>

Assim, relativamente aos crimes previstos no art. 39º da LPMA exige-se o dolo (qualquer das suas formas contempladas no art. 14º CP) relativamente à totalidade dos elementos constitutivos do tipo objetivo de ilícito.

#### 5.4 As formas especiais do crime

Na Parte Especial do CP, os tipos de crime estão definidos na forma consumada e estão definidos na forma de autoria direta, singular. Para que sejam puníveis crimes meramente tentados, ou outros casos de realização parcial do tipo (co-autoria), ou formas acessórias de participar no crime (instigação, cumplicidade) é preciso que haja

---

<sup>246</sup> *Idem*, p. 350-352.

<sup>247</sup> MANSO, Luís, *Direito...*, op., cit., p. 49.

<sup>248</sup> *Vd.* Ac. do T.R.C. de 04-03-2009, Proc. nº. 1184/08.5TBCBR.C1.

cláusulas que alarguem os tipos da Parte especial ou da legislação avulsa, porque “não há crime sem lei” (princípio da legalidade criminal)<sup>249</sup>

#### 5.4.1. A tentativa

A **incriminação da tentativa** na Parte Geral do CP funciona como uma cláusula de extensão da tipicidade.<sup>250</sup> O agente preencheu o tipo subjetivo, mas não preencheu (por completo) o tipo objetivo.<sup>251</sup>

São elementos da tentativa:

**a) A decisão de cometer o facto**, o tipo subjetivo de ilícito da tentativa de crime doloso é o mesmo que o do crime consumado, o dolo de realização do tipo e, eventualmente, também especiais elementos subjetivos que façam parte do tipo legal. Tem que haver uma decisão de cometimento do crime (dolo direto, necessário ou eventual);<sup>252</sup>

**b) Os atos de execução**, para haver tentativa é necessário que a decisão se exprima externamente em atos de execução. Para FIGUEIREDO DIAS será um de execução se acarretar um perigo imediato, iminente para o bem jurídico, tem de ser um perigo típico, concretamente referido ao tipo ou à realização típica. Relativamente a muitos atos concretos só poderá determinar-se a sua referência típica por apelo ao plano concreto de realização do agente.<sup>253</sup> No art. 22º do CP há uma conjugação de critérios: a **al. a)** consagra um **critério formal objetivo**, é ato de execução aquele que preenche um elemento típico;<sup>254</sup> a **al. b)** consagra um **critério material objetivo**, equipara aos atos típicos previstos na al. a) todos aqueles que são **idóneos a produzir o resultado típico**, ou seja, que são adequados a criar um perigo típico para o bem em causa;<sup>255</sup> a **al. c)** também consagra um **critério material objetivo**, são atos de execução aqueles que integrem um

---

<sup>249</sup> Beleza, Teresa, *Direito Penal II, Teoria do Crime, Formas Especiais de Cometimento da Infracção*. Disponível em [www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes\\_docs%2Fma%2Ftpb\\_MA\\_5120.ppt&ei=oc8xU7aRH7HB7Aau-YHABw&usg=AFQjCNF8v\\_PND2VbDgbM9zsGY8P3ZJTALw&bvm=bv.63587204.d.ZGU](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2Ftpb_MA_5120.ppt&ei=oc8xU7aRH7HB7Aau-YHABw&usg=AFQjCNF8v_PND2VbDgbM9zsGY8P3ZJTALw&bvm=bv.63587204.d.ZGU).

<sup>250</sup> *Ibidem*.

<sup>251</sup> DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.*, op.,cit., p. 684.

<sup>252</sup> *Idem*, p. 693.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 699.

<sup>254</sup> *Idem*, p. 703.

<sup>255</sup> *Idem*, p. 703-704.

elemento típico, ou seja idóneos a produzir o resultado típico. Para FIGUEIREDO DIAS a **al. c)** não foi bem redigida, porque muitos dos atos que devem ser considerados preparatórios, são considerados de execução. Por isso para a sua interpretação deve-se socorrer de uma **conexão de perigo típica**. Conexão de perigo existe sempre que, entre o ato parcial e a realização típica existe uma relação de iminente implicação. Conexão típica existe quando o ato penetra já no âmbito de proteção do tipo de crime.<sup>256</sup>

O art. 22º/2 consagra as teorias objetivas (são atos de execução os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime, e os que forem idóneos a produzirem um resultado típico). Para FIGUEIREDO DIAS falta uma referência ao momento subjetivo de apelo ao plano do agente.

**c) A não-consumação.** A tentativa cessa quando o comportamento doloso preenche a totalidade dos elementos do tipo objetivo doloso.<sup>257</sup>

**Nem toda a tentativa revela suficiente dignidade punitiva.** A sua punibilidade é limitada em função de dois critérios: um, à pena aplicável ao respetivo delito consumado; outro, conxionado com a seriedade do ataque à ordem jurídica que a tentativa em concreto representa.<sup>258</sup>

Quanto ao primeiro critério, o desvalor de ação na tentativa e na consumação pode ser o mesmo mas o desvalor de resultado é sempre menor na tentativa. Daí que a tentativa seja só punível se o limite máximo da moldura penal do crime for superior a 3 anos; ou, se menor ou igual a 3 anos, quando a lei o disser expressamente (art. 23º/1 CP).

Quanto ao segundo critério. Estante perante a chamada “tentativa impossível” ou “inidónea” (art. 23º/3 CP). A tentativa impossível é aquela levada a cabo com meios inaptos ou sobre objeto essencial inexistente. É punível, salvo quando for manifesta a inaptidão do meio empregue pelo agente ou a inexistência do objeto essencial à consumação do crime.

FIGUEIREDO DIAS advoga que a punibilidade da tentativa impossível deve ser pedida a uma **teoria subjetiva-objetiva da impressão (aparência) de perigo**. A tentativa impossível será punível se for suficiente para abalar a confiança comunitária na vigência e

---

<sup>256</sup> *Idem*, p. 705-709.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 709.

<sup>258</sup> *Idem*, p. 711-713.

na validade da norma de comportamento. Esta solução arranca da ideia da perigosidade da tentativa, mas sobre esta perigosidade decidirá “um juízo ex ante, um juízo de prognose póstuma, isto é, um juízo levado a cabo por um observador colocado no momento da execução e sabedor de todas as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis do agente.”<sup>259</sup>

Quanto ao crime consagrado no art. 39º/1 LPMA, tratando-se de um **crime de resultado**, a consumação do crime depende da prática de todo o processo de gestação e posterior entrega da criança. A **tentativa não é punível** porque o limite máximo da moldura penal é de 2 anos e a letra da lei não a pune expressamente.

Quanto ao crime consagrado no art. 39º/2 LPMA, qualificámo-lo como um **crime de mera atividade**, pois basta a promoção. Há autores que defendem que neste tipo de crime é perfeitamente possível a tentativa. Para outros, os crimes de mera atividade não comportam tentativa, pois eles consumam-se simultaneamente com a conduta. Nós perfilhamos este último entendimento, de qualquer maneira, neste crime, a **tentativa não seria punível** uma vez que, a moldura penal é de apenas 2 anos e a lei não a pune expressamente.

#### 5.4.2. Comparticipação

Muitas vezes para executar um tipo legal de crime participam várias pessoas, que se designam por **comparticipantes** (arts 25º e 26º CP). Para ser **comparticipante** tem que participar no facto antes ou durante a sua realização, se participar depois dele já ter sido realizado, então é um **encobridor**.<sup>260</sup>

Na comparticipação, quando o papel dos sujeitos ativos na realização do tipo de ilícito é diferente devem ser jurídico-penalmente tratados de maneira diferente: **Autor**, figura central da conduta criminoso; **Cúmplice**, figura secundária que auxilia o autor. Não

---

<sup>259</sup> *Idem*, p. 714-716.

<sup>260</sup> *Idem*, p. 757, 758.

realiza o tipo descrito na norma penal, mas participa de um tipo de ilícito realizado por outrem; **Instigador**, aquele que determina dolosamente outrem á prática do facto.<sup>261</sup>

Existem muitos modelos e concepções para a distinção entre autoria e participação, a ordem jurídica portuguesa adota a **Teoria do domínio de facto que distingue autoria de participação**. Autor é quem domina a execução típica, de quem depende a iniciativa, a interrupção, a continuação e a consumação da realização do tipo de crime.<sup>262</sup>

Para esta teoria **existem várias formas de autoria** e o **art. 26º** concretiza esta ideia, através de diversos tipos de domínio do facto.

O agente pode dominar o facto se é ele próprio, com o seu corpo, procedendo com a realização típica (tem o domínio da ação), nestes casos estamos perante a **autoria imediata**. O agente pode dominar o facto mesmo sem nele fisicamente participar, quando domina o executante através de coação, de erro ou de um aparelho organizado de poder (tem o domínio da vontade do executante), nestes casos estamos perante a **autoria mediata**. O agente pode ainda dominar o facto através de uma divisão de tarefas com outros agentes, desde que, durante a execução, possua uma função relevante para a realização típica (tem o domínio funcional do facto) nestes casos estamos perante a **co-autoria**. O agente pode ainda ter um domínio do facto sob a forma de domínio da decisão, nestes casos estamos perante a **instigação**.<sup>263</sup>

Para esta teoria existe somente uma forma de participação, a **cumplicidade**. “Na cumplicidade o agente favorece a prática por outrem de um crime, mas está fora do ato típico, não participando na execução do plano criminoso.”<sup>264</sup> Aqui não há o domínio do facto, o cúmplice não comete por qualquer forma o delito, limita-se a facilitar o facto principal, através de auxílio físico (material) ou psíquico (moral), mas é essencial que o auxílio seja doloso.

Quanto aos crimes consagrados no art. 39º LPMA como são crimes dolosos, admitem a **comparticipação**. Podem sem admitidas todas as formas de participação, as circunstâncias são comunicáveis (não estamos perante um tipo de culpa, mas perante um tipo de ilícito), todos respondem pelo crime. Responde como autor: quem promove a

---

<sup>261</sup> *Idem*, p. 758

<sup>262</sup> *Idem*, p. 765, 766.

<sup>263</sup> *Idem*, p.775-797.

<sup>264</sup> Ac. do T.R.C. de 11-05-2011, Proc. nº. 26/09.9GTGRD.C1

maternidade de substituição onerosa, quem outorga os contratos (**autoria imediata**), o médico que participa no procedimento da Maternidade de Substituição (**co-autoria**), por exemplo, ou fá-lo induzido em erro (**autoria mediata**), quem incentiva a mãe de substituição a sê-lo, que instiga os pais do destino a recorrer a este método (**instigação**). É condenado como **cúmplice**, por exemplo, quem oferece uma folha de papel bonita e uma caneta para a outorga do contrato.

### 5.4.3. Concurso

O CP no art. 30 não prevê expressamente as categorias do concurso real e do concurso aparente, adota-se o **critério racional ou teleológico**, reportado ao fim ou objetivo visado pela norma, para fazer a distinção entre **unidade** e **pluralidade** de infrações.<sup>265</sup>

A regra do concurso de crimes é a de que o número de crimes determina-se pelo número de tipos legais de crime efetivamente preenchidos pela conduta do agente, ou pelo número de vezes que essa conduta preencheu o mesmo tipo legal de crime.<sup>266</sup>

O critério determinante do concurso é o que resulta da consideração dos tipos legais violados. ”E efetivamente violados, o que aponta decisivamente para a consagração de um critério **teleológico referido ao bem jurídico**.”<sup>267</sup>

A indicação da lei acolhe as construções teóricas e as categorias dogmáticas que, sucessivamente elaboradas, se acolhem nas noções de **concurso real** (efetivo), quando o agente com mais do que uma conduta comete vários crimes (pluralidade de ações) e, **concurso ideal** (formal ou aparente), quando o agente apenas com uma conduta comete vários crimes (unidade de ação).<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup>GONÇALVES, Manuel, *Código...*, op., cit., p. 145.

<sup>266</sup>Ac.do T.R.C. de 14-07-2010, Proc.nº. 117/09.6JAGR.D.C1.

<sup>267</sup>Ac.do S.T.J. de 27-05-2010, Proc.nº 474/09.4PSLSB.L1.S1.

<sup>268</sup> Ac. do S.T.J. de 13-10-2004, Proc. nº 04P3210

O critério teleológico delimita os casos de “concurso efetivo (pluralidade de crimes através de uma mesma ação ou de várias ações) das situações em que, não obstante a pluralidade de tipos de crime eventualmente preenchidos, não existe efetivo concurso de crimes (os casos de concurso aparente e de crime continuado).”<sup>269</sup>

Assim concluímos, **pode haver de concurso de crimes**, nomeadamente **concurso efetivo** entre os crimes de concretização de contratos de Maternidade de Substituição onerosa (art. 39º LPMA) com o Crime de Falsificação do Estado Civil (art. 248º CP).

Estes crimes não se apresentam em relação de especialidade, consunção, subsidiariedade, nem ocorre facto posterior não punível, não podendo, deste modo, afirmar-se a existência de concurso aparente de crimes. Tais ilícitos tutelam bens jurídicos absolutamente diversos, diversos e autónomos, entre si.

Vários aurores defendem que estamos perante um **crime de abandono** (art. 138º CP) quando a mãe de substituição entrega a criança ao casal antes de decorridas seis semanas após o parto (arts.1981º/1 al. c) e 1982º/3 CC). A existir, o que não nos parece (porque não houve abandono com perigo para a criança), pode haver concurso entre o crime de exposição ou abandono (art. 138º CP) e o crime de Maternidade de Substituição (art. 39º/1 LPMA), mas o agente responde apenas pelo crime da Maternidade de Substituição, porque o crime p. e p. pelo art. 138º CP já faz parte do tipo da Maternidade de Substituição (há aqui uma consunção ou absorção). Estamos perante um **concurso aparente**. O agente não responde pelos dois crimes em caso de concurso aparente de crimes (há uma consunção).

Quanto ao crime p. e p. pelo art. 39º/2 LPMA pode haver **concurso efetivo com crimes**, por exemplo, de ameaça (art. 153º CP), coação (art. 154º CP).

---

<sup>269</sup> *Ibidem*.

#### 5.4.4. A Pena

As finalidades das penas (art. 40º CP) são a proteção de bens jurídicos, entendida como tutela da crença e confiança da comunidade na ordem jurídico-penal, e a reintegração do agente na sociedade, tendo ainda em atenção a **culpa** do arguido, as circunstâncias agravantes e as acrescidas exigências de prevenção geral e especial.<sup>270</sup>

São finalidades da pena a **prevenção geral e especial**, assumindo a **culpa**<sup>271</sup> um papel meramente limitador da pena. A prevenção geral positiva apresenta-se como finalidade primordial a prosseguir, nunca podendo a prevenção especial positiva pôr em causa o mínimo de pena imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada.<sup>272</sup>

Assim, as molduras penais previstas no art. 39º LPMA (pena de prisão de 1 mês (art. 41º/1 CP) até 2 anos ou em alternativa uma pena de multa de 10 dias (art. 47º/1 CP) até 240 dias) são compatíveis com uma intervenção penal orientada pelos princípios político-criminais consagrados pelo art. 40º CP.

A fixação concreta da pena deve atender: a uma **moldura de prevenção geral de integração**, cujo **limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos** e cujo **limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico**. Dentro desta moldura de **prevenção geral**, a pena concreta a aplicar é encontrada em função **de exigências de prevenção especial**. Ou seja, dentro moldura da prevenção geral e tendo **como limite a culpa do agente** cooperam a teoria geral e especial da prevenção que determinam em última análise a pena concreta a aplicar ao agente (art. 71º/1 CP). A **culpa é pressuposto e limite da pena**, porque não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa (art. 40º/2 CP).<sup>273</sup>

Segundo o critério consagrado no art. 70º CP deve o Tribunal, atendendo às finalidades da punição, preferir à pena privativa de liberdade uma pena alternativa (de multa) sempre que, verificados os respetivos pressupostos de aplicação.<sup>274</sup> Tal só não

---

<sup>270</sup> GONÇALVES, Manuel, *Código...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>271</sup> A culpa é um dos princípios mais importantes em matéria de DLG das pessoas. A negação deste princípio implica um retrocesso na defesa da garantia dos cidadãos, princípio da dignidade da pessoa humana, por isso não há sanção sem culpa, ou seja, a culpa é pressuposto da sanção. A culpa é o limite máximo da sanção. *Vd.* Ac. do T.R.C. de 13-05-2009, Proc. nº 1818/08.1TALRA.C1.

<sup>272</sup> GONÇALVES, Manuel, *Código...*, *op. cit.*, p. 177

<sup>273</sup> Ac. do T.R.E de 28-01-2014, Proc. nº 314/12.7GTABF.E1.

<sup>274</sup> Ac. do T.R.C. de, 01-04-2009, Proc. nº. 189/08.0GTCTB.

acontecerá quando, “em juízo fundamentado, o Tribunal entender que apenas uma pena privativa da liberdade cumpre, para o agente em causa, as finalidades da punição.”<sup>275</sup>

## **6. Estará salvaguardado o superior interesse da criança tendo em conta a criminalização da Maternidade de Substituição?**

Relativamente a esta problemática fica a seguinte questão: tanto se fala na proteção da dignidade da pessoa humana, tanto se tenta proteger a criança nos casos de PMA, mas estará efetivamente salvaguardado o Superior Interesse da Criança quando os intervenientes do processo da Maternidade de Substituição são condenados a pena de prisão pela prática da Maternidade de Substituição?

---

<sup>275</sup> Ac. do T.R.E de 28-01-2014, Proc. n° 314/12.7GTABF.E1.

## **PARTE IV**

### **ANÁLISE E PROCESSAMENTO DE DADOS OBTIDOS PELOS INQUÉRITOS**

## CAPÍTULO ÚNICO

### AS PERSPECTIVAS DA POPULAÇÃO PORTUGUESA

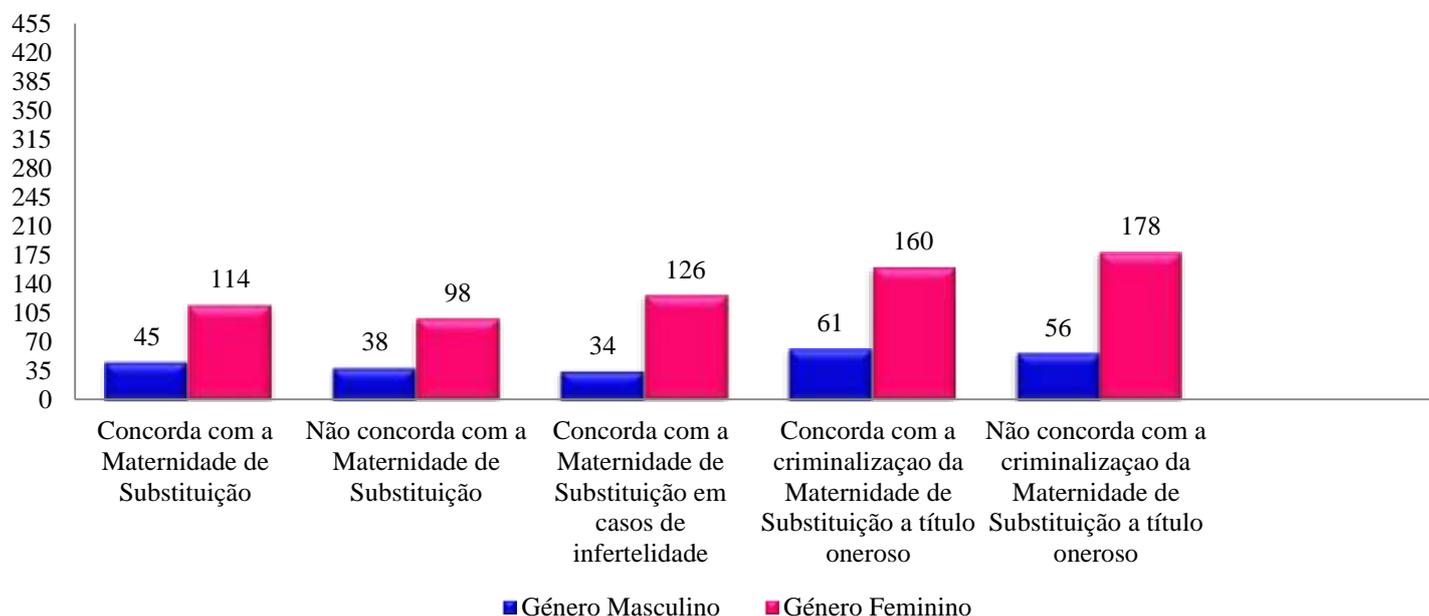
Elaborou-se um estudo sobre as perspetivas da população Portuguesa acerca da recetividade da Maternidade de Substituição. Em virtude desse estudo foram inquiridos vários cidadãos nacionais, residentes em diferentes distritos, de fchas etárias diferentes, níveis de escolaridade diversos e diferentes religiões.

Num universo de **455 inquiridos**, **338 do Género Feminino** e **117 do Género Masculino** constataram-se os seguintes resultados:

**34,9%** Dos inquiridos concorda com a permissão da Maternidade de Substituição; **29,9%** não concorda; **35,2%** concorda em casos de infertilidade ou quando as condições clínicas o justifiquem.

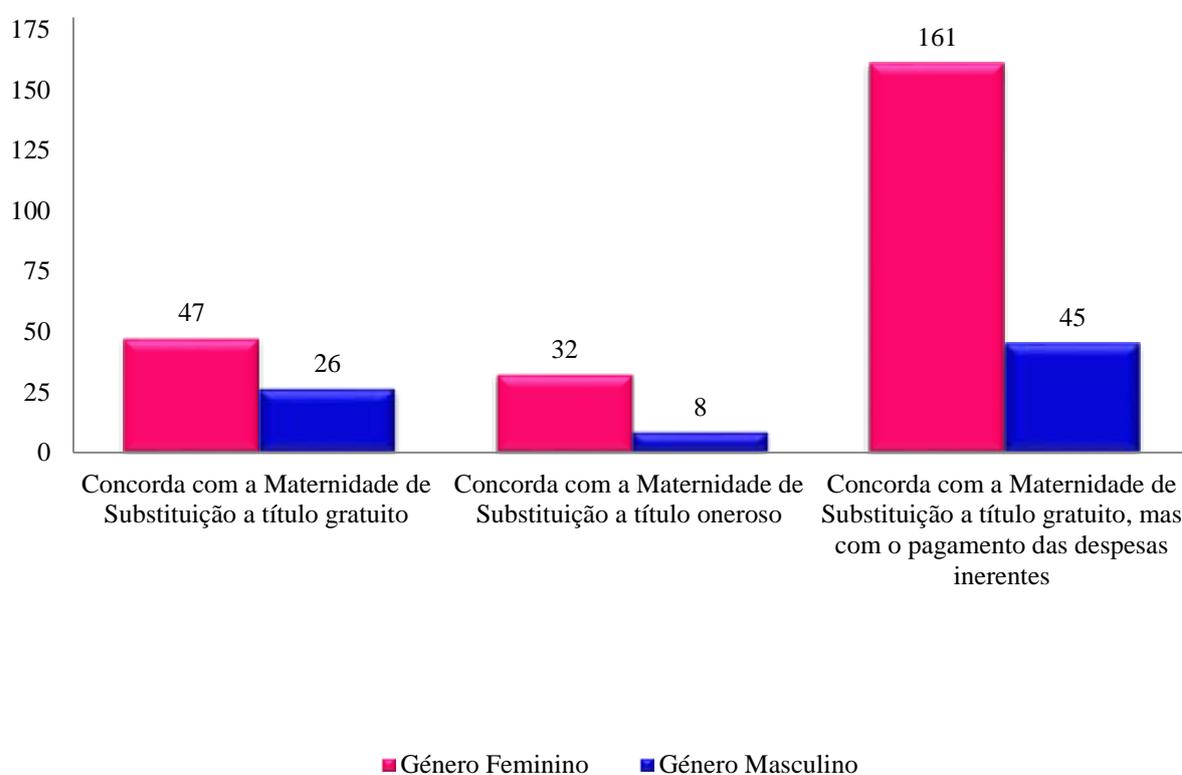
**48,6%** Concorda com a criminalização da Maternidade de Substituição a título oneroso; **51,4%** não concorda.

Gráfico demonstrativo



Dos inquiridos que **concordam com a permissão** da Maternidade de Substituição **16,0%** considera que esta deveria ser a título gratuito; **8,8%** considera que esta deveria ser a título oneroso; **45,3%** considera que a Maternidade de Substituição deveria ser a título gratuito, mas com o pagamento ou doação do valor correspondente às despesas médicas.

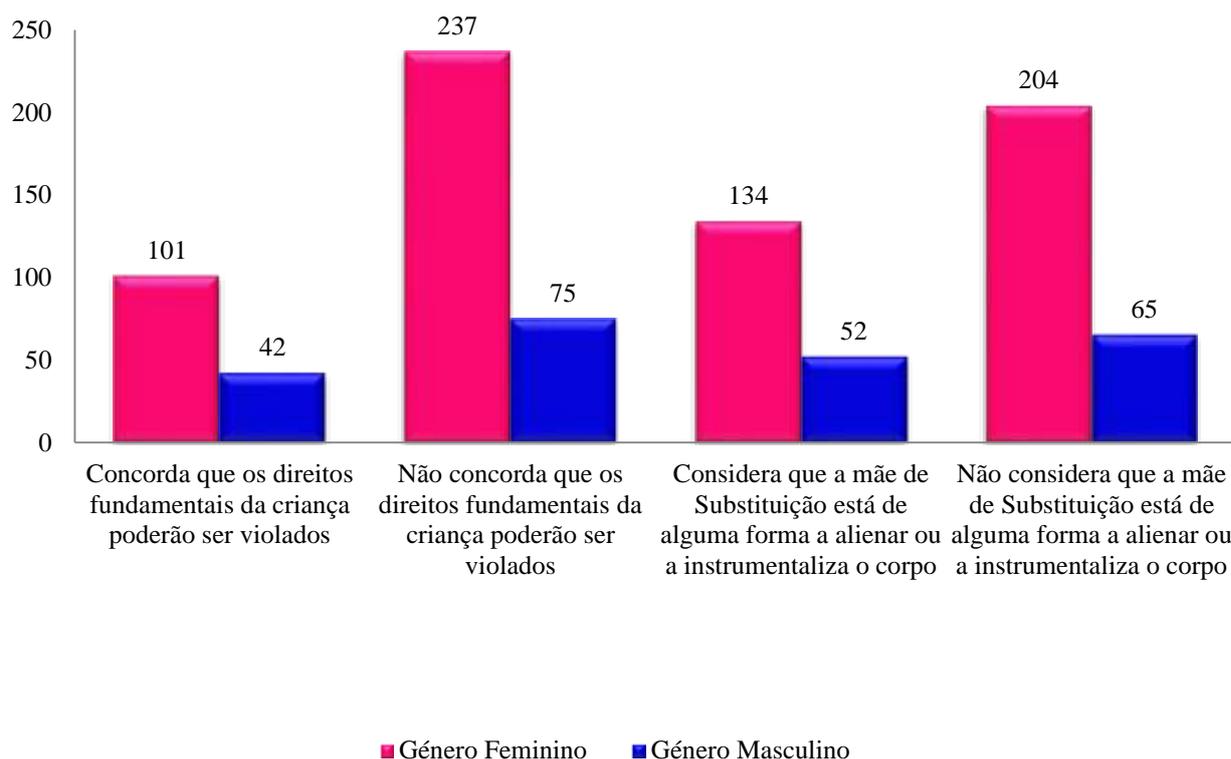
Gráfico demonstrativo



**40,9%** Dos inquiridos considera que a mãe de Substituição está de alguma forma a alienar ou a instrumentaliza o corpo; **59,1%** dos inquiridos não vê qualquer instrumentalização ou alieação da mãe de Substituição.

**31,4%** Dos inquiridos concorda que os direitos fundamentais da criança poderão ser violados por esta ter sido gerada num útero que não seja o da sua mãe; **68,6%** dos inquiridos não concorda.

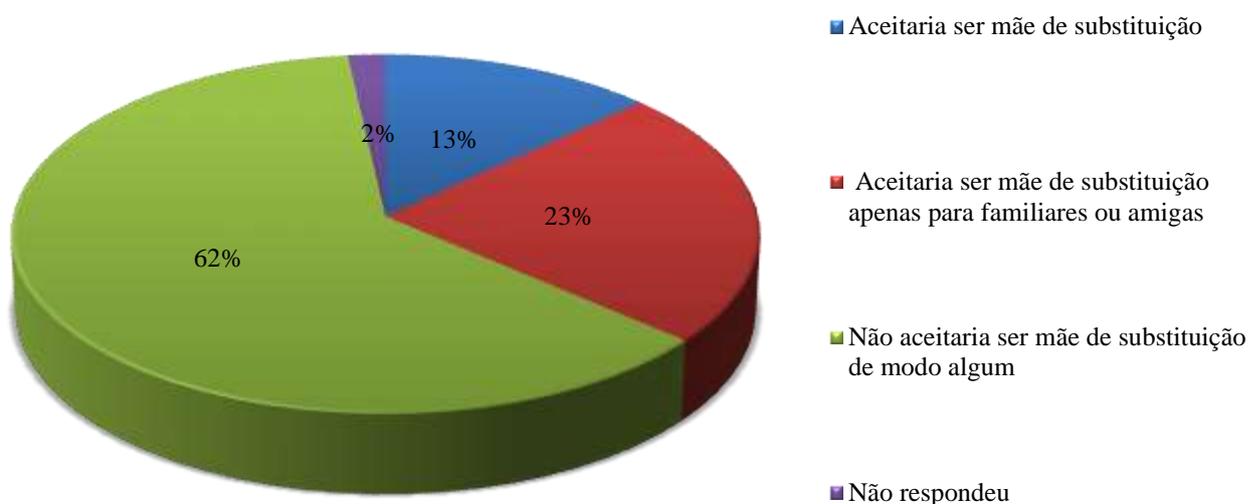
Gráfico demonstrativo



Das **338** das mulheres inquiridas, **13,0%** respondeu que aceitaria ser mãe de substituição, **85,2%** respondeu que não, **1,8%** não respondeu.

Para as mulheres que responderam que **não aceitariam ser mães de substituição** (**288**), questionou-se se a resposta seria a mesma se estivesse em causa ajudar uma familiar ou amiga, concluiu-se que **27,4%** seria mãe de substituição apenas nestes casos e **72,6%** respondeu que não.

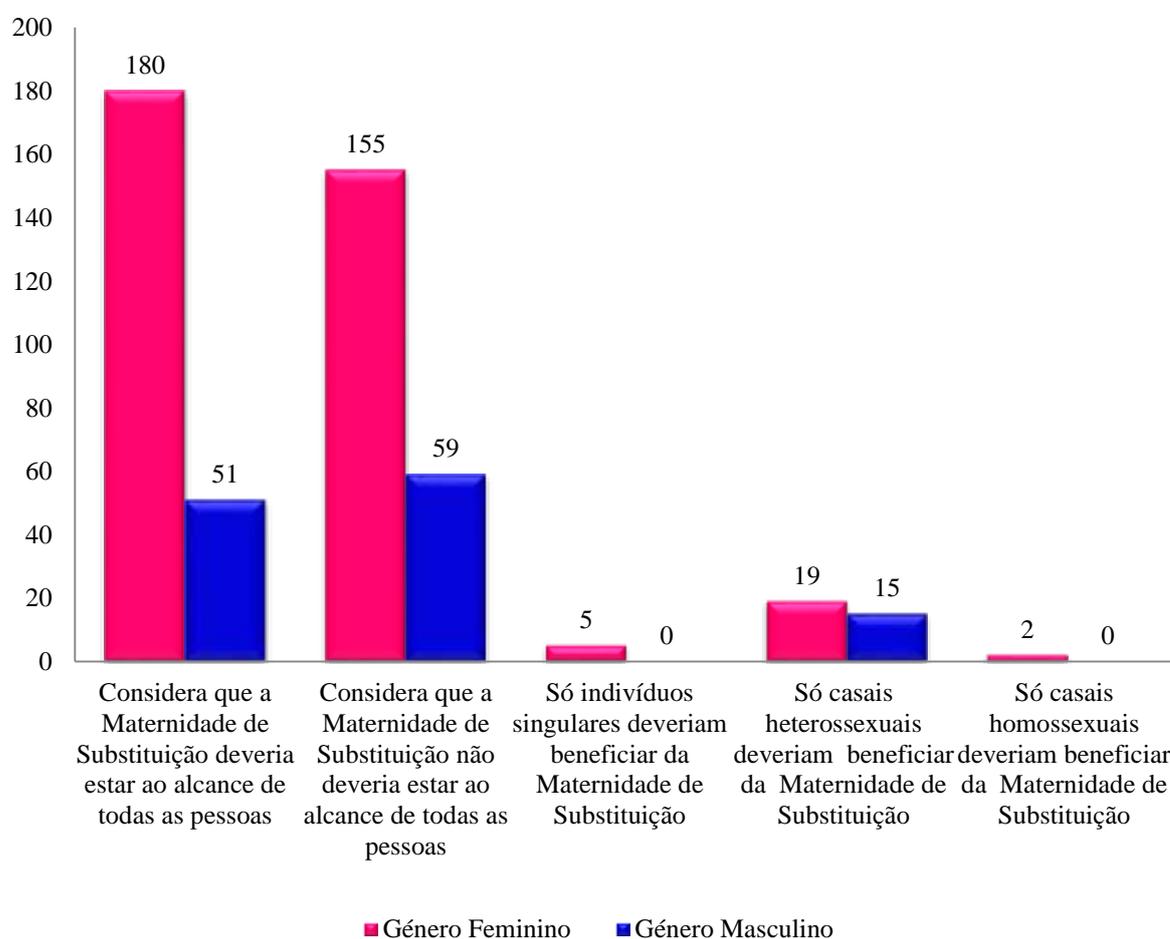
Gráfico demonstrativo



**42,9%** Dos inquiridos considera que a adoção deveria ser o único recurso para casais inférteis terem um filho; **56,3%** considera que não; **0,9%** não respondeu.

Numa situação de infertilidade apurou-se que: **81,8%** dos inquiridos adotava uma criança; **16,7%** recorria ao método de Maternidade de Substituição caso fosse permitida em Portugal; **1,5%** viajaria ao estrangeiro onde a Maternidade de Substituição é permitida.

Gráfico demonstrativo



## Conclusão

Ao longo desta dissertação já nos debruçámos e opinámos sobre vários aspetos da Maternidade de Substituição.

Constatámos que o princípio da igualdade é infringido, pois os casais inférteis economicamente carenciados, depois de não atingirem o desejo de serem pais através de todas as opções médicas têm duas opções: adotam uma criança ou aceitam a infertilidade. Os casais inférteis economicamente abastados têm mais quatro opções: as anteriores ou vão a outro país onde a Maternidade de Substituição é permitida ou vão a certas clínicas em Portugal (“o que a lei proíbe: O dinheiro compra essas coisas”<sup>276</sup>). Se o contrato for cumprido devidamente, se não houver conflitos de filiação, a maternidade fica nos “segredo dos Deuses” e a criminalização destas condutas fica somente escrita na LPMA.<sup>277</sup>

Para alterar esta situação só através de uma intervenção legislativa, mas isto constitui uma questão importante para a sociedade e que só por isso poderia legitimamente ser submetida a referendo. Do pequeníssimo questionário feito à população Portuguesa concluímos a 70,1% dos inquiridos são a favor da Maternidade de Substituição, embora 35,2% concorde com a sua permissão em casos de infertilidade ou quando as condições clínicas o justifiquem.

A permissão e descriminalização da Maternidade de Substituição têm de resultar de uma cuidada ponderação das realidades. Essa solução terá de ser integrada num amplo quadro de medidas de política criminal tendentes sobretudo ao esclarecimento da população. Dos resultados obtidos através dos inquéritos, claramente resulta que, de um referendo nacional, resultaria a despenalização da Maternidade de Substituição.

O Direito Penal deve-se adaptar às novas realidades, mas não devemos deixar de lado a proteção do bem jurídico. Hoje pode haver uma realidade que carece de tutela penal, mas amanhã, com a evolução da sociedade essa proibição ou penalização deixa de fazer sentido, assim como mendicidade, a prostituição e recentemente o aborto.

A título de conclusão iremos exprimir a posição quanto à matéria em estudo.

---

<sup>276</sup>Segundo o testemunho à agência Lusa de uma mãe de substituição em Portugal. *Vd.* [www.rcmpharma.com/actualidade/saude/infertilidade-mulheres-alugam-o-utero-em-portugal](http://www.rcmpharma.com/actualidade/saude/infertilidade-mulheres-alugam-o-utero-em-portugal) 234

<sup>277</sup>O MP arquivou o inquérito relativo à prática de contratos de Maternidade de Substituição realizados em Portugal a troco de dinheiro, aberto após queixa do CNPMA. O DIAP de Lisboa revelou que “o inquérito foi arquivado por insuficiência de indícios probatórios quanto à prática de crime”. *Vd.* [sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content\\_id=39792](http://sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content_id=39792)

A nosso ver esta problemática passaria pela permissão a nível civil e pela descriminalização a nível penal da Maternidade de Substituição.

Teria como beneficiários casais que, por motivo de infertilidade, doença ou deficiência, não poderiam ter um filho através da forma convencional. Claro que, como técnica de PMA teria de ter um regido controlo em centros autorizados e sob o controlo de pessoas especializadas.

Nestes centros inscrever-se-iam mulheres dispostas a serem mães de substituição, sendo submetidas a exames psicológicos e seriam admitidas apenas as que estivessem psicologicamente preparadas para tal processo.

A Maternidade de Substituição poderia ser a título gratuito (sem qualquer pagamento, geralmente feito entre familiares ou amigos) ou oneroso (através de um preço fixo).<sup>278</sup>

Há quem equipare a “mercantilização do sexo” à “mercantilização do útero”, mas na perspetiva da instrumentalização do corpo da mulher. Acredito que possa haver semelhanças entres tais práticas, mas que não se fale em instrumentalização! Como desde tempos imemoriais se diz, a “mercantilização do sexo” é a profissão mais fácil do mundo, e muitas mulheres jamais abdicaria dela em troca de outra profissão. É claro que nem todas as mulheres têm vocação para serem mães de substituição, assim como nem todas as mulheres para a prostituição.

Quem aceitasse ser mãe de substituição teria de cumprir o contrato estabelecido e, após o nascimento da criança, teria de a entregar de imediato aos pais genéticos. Por mais que durante a gestação se desenvolvam laços afetivos, a mãe de substituição ao ficar com a criança vai sentir sempre repulsa em relação aos seus filhos de sangue. Aquela criança não era desejada, não é sangue do seu sangue.

Não se verifica a coisificação da criança, simplesmente não nasceu do útero da sua mãe. Acredito que a criança possa desenvolver laços afetivos com a mãe de

---

<sup>278</sup>Em vez de oneroso ou remunerado que são expressões que podem suscitar a instrumentalização, a venda do corpo da mulher, poderíamos usar expressões como processo de doação voluntário de cedência temporária de útero, de carácter benévolo, e depois atribuir-me uma compensação. Como a lei portuguesa determina para doação de esperma e para a doação de ovócitos, em que os dadores recebem uma compensação económica de 41,92€ e 628,83€, respetivamente, por cada recolha, destinada ao reembolso das despesas efetuadas ou dos prejuízos direta e imediatamente resultantes da dívida. De acordo com o previsto no Art. 22º/3 Lei 12/2009, 26 de Março que remete para artigo 9º do anexo à Lei nº 22/2007, 29 de Junho. Ver também o Despacho nº5015/2011. Cf. [www.ferticentro.pt/pt/tratamentos/](http://www.ferticentro.pt/pt/tratamentos/).

Assim a mãe de substituição que gerasse a criança, e tendo em conta os nove meses de gestação, receberia uma quantia de 8.000,00€, a título de exemplo.

substituição durante a gravidez, mas um dia, em adulto, lembrar-se-á certamente da sua infância e não do momento da separação com a mulher que o gerou, que naquela altura era a única pessoa com quem tinha ligação.

A história de vida de todas as pessoas começa na infância e não no útero da sua mãe.

## Bibliografia

### FONTES DOCUMENTAIS

#### Legislação:

- ANTUNES, Maria João, *Código Penal*, 16ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Vol. I, *Artigos 1º a 107º*, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA*, Coimbra: Almedina, 2008.
- LEI N.º 32/2006, de 26 de Julho, *Procriação Medicamente Assistida*, [Consult. 31 Set. 2013]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&id=903&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&id=903&nversao=&tabela=leis).
- NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17ª Edição Revista e Actualizada, Lisboa: Ediforum, 2010.
- SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida - Anotada (E legislação Complementar)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

#### Monografias:

- ABREU, Laura D. de, *A renúncia da Maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição: Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*, in *Panorama do Direito no terceiro Milénio. Livro em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 607-618.
- ALMEIDA, J.M. Ramos de, *Reprodução Assistida: as Técnicas, a Ética, a Lei*, instituto de apoio à criança, Lisboa, 1993.
- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra: Almedina, 1999.

- ASCENSÃO, J. Oliveira, *O início da vida*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008.
- ASCENSÃO, J. Oliveira, *Procriação assistida e direito*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2000.
- AUGUSTO, Amélia, *A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: agentes, contextos e processos*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para Uma Reflexão*, Susana Silva e Luísa Veloso (coords.), Porto: U. Porto Editorial, 2009, pp. 45-59.
- CAMPOS, Diogo, *A Procriação Medicamente Assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a Omnipotência do Sujeito*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, pp.73-86.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais- Teoria geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COELHO, F. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família - vol.I, Introdução. Direito matrimonial*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COELHO, F. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família – Vol II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da Filiação. Adopção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo, *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a Ciência e o Direito»* Jurua Editora, 2006.
- COSTA, Amélia, *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000.
- COSTA, Judith Martins, *Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: rumo à construção do Biodireito*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008.
- CUNHA, J. Damião da, *Artigo 248º- Falsificação do estado civil*, in DIAS, Jorge Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.p. 607- 612.
- DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais- A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- DIAS, J. Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 2.<sup>a</sup> Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, J. Figueiredo, *O Problema do Direito Penal no Dealbar do Terceiro Milénio, Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais.*, in *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 253- 271.
- DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra: Almedina, 2003.
- FIGUEIREDO, Helena M. V. de Sá, *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.
- GONÇALVES, Manuel, *Código Penal Português, Anotado e Comentado - Legislação Complementar*, 17.<sup>a</sup> Edição, Coimbra: Almedina, 2005.
- GUIMARÃES, Ana Paula, *Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- LOUREIRO, J. Carlos, *Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação: tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição. Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-criminais.* in *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1387-1429.
- MADALENO, Aurora Martins, *Procriação- regime jurídico*, São Brás de Alportel : Casa da Cultura António Bentes, 2012.
- MANSO, Luís Duarte, *Direito Penal, Casos Práticos Resolvidos*, Vol. I, 3<sup>a</sup> edição (revista e aumentada), Lisboa: Quid Juris, 2009.
- MELO, Helena P. De, *Implicações Jurídicas do Projecto do Genoma Humano: Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?*, vol. I, Porto: Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, 2007.
- NEVES, M. Patrão, *Mudam-Se os Tempos, Manda a Vontade – O Desejo e o Direito Ter Um Filho*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2009.

- NUNES, Sílvia, *Análise jurídico-penal da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho que regula as técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001.
- OLIVEIRA, Guilherme F. F. de, *Beneficiários da Procriação Assistida*, in *Temas de Direito da Medicina, 2ª Edição Aumentada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- OLIVEIRA, Guilherme F. F. de, *Mãe há só uma/duas!*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008.
- RAPOSO, Vera L., *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *Artigo 168º- Procriação Artificial não Consentida*, in DIAS, Jorge Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.p. 497-509.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *Artigo 170º- Lenocínio*, in DIAS, Jorge Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.p. 518-532.
- SALES, Ana Amélia Ribeiro, *A Possibilidade Jurídica da Dupla Maternidade ante as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.
- SÁNDOR, Judit, *A Retórica Legal em Torno da Reprodução*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para uma Reflexão*, Susana Silva e Luísa Veloso (coords.), Porto: U. Porto Editorial, 2009, pp. 21-43
- SANTOS, Manuel; Sousa, JORGE, *Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral*, 4.ª Edição, Lisboa: Vislis Editores, 2007.
- SANTOS, Teresa Almeida; RAMOS, Mariana Moura, *Esterilidade e procriação medicamente assistida*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

- SAUKOSKI, Sayonara Aparecida, *Gestação por Outrem – Aspectos Jurídicos*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-civilísticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007.
- SILVA, Miguel Oliveira da, *Ciência, Religião e Bioética, no início da vida*, Lisboa: Editorial Caminho, 2006.
- SPAR, Debora L, *O negócio de bebés: como o dinheiro, a ciência e a política comandam o Comércio da concepção*. Coimbra: Almedina, 2007.
- VICENTE, D. Moura, *A Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional. in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 607-645.

#### **Publicações em série:**

- ANDRADE, Manuel Da Costa, *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)* 2 (1992), pp. 173-205.
- ANDRADE, Manuel Da Costa, *Direito Penal e modernas técnicas biomédicas*, in *Revista de Direito e Economia (RDE)*, 12, 1986, pp. 99 – 127.
- ANTUNES, Maria João, *Procriação Medicamente Assistida - Questões Novas ou Questões Renovadas Para o Direito Penal?* in *Estudos em Homenagem ao Professor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. III, Coimbra: Studia Iuridica 100, 2010.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva, *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC 80)*, ano 17, 2009, pp. 35- 80.
- ARCHER, Luís, *Procriação Artificial: Reflexão Sobre Pessoas e Coisas*, In *Revista Jurídica*, Lisboa, (13/14), Jan.-Jun. 1990, pp. 191-195.
- ASCENSÃO, J. Oliveira, *A Lei n.º 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida*, in *Revista da Ordem dos advogados*. A. 67, n.º 3 (Dez. 2007). [Consult. 15 de Jan. 2014]. Disponível em

[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542).

- ASCENSÃO, J. Oliveira, *Direito e Bioética*, in *Revista da Ordem dos advogados*. A. 51, n.º 2 (Jul. 1991), pp. 429-458.
- BARROS, Alberto, *Barrigas de aluguer*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, Março, 2012, p. 25.
- CABO, A. Isabel, *Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, Março, 2012, pp. 22-24.
- CAMPOS, Alexandra Pagará de. *A Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho – A regulação das técnicas de Procriação Medicamente Assistida em Portugal*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 24, n.º 2 (Julho/ Dezembro 2006), pp. 83-88.
- CARDOSO, A. Lopes, *Procriação Humana Assistida (Alguns Aspectos Jurídicos)*, in *Revista da Ordem dos advogados*. A. 51, n.º 1 (Abr. 1991), pp. 5-27.
- CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias - Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, n.º 1, 1990.
- DIAS, J. Figueiredo, *Na era da tecnologia genética: que caminhos para o Direito Penal médico?* in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)* ano 14, n.º1/2 (Jan./Jun.2004), pp. 241-260.
- DIAS, J. Figueiredo, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português*, in *Revista da Ordem dos advogados*. A. 43, n.º 1 (Jan. Abr. 1983), p.
- DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, in *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- GAFO, JAVIER, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, in *Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas*, Madrid, 1986.
- GOUVEIA, Fátima Dalina Gomes, *Implicações bioéticas sobre procriação medicamente assistida*, in *Revista Referência*, Série II, n.º 12, Março. 2010, p.105-111.
- JACINTO, Vânia, *A conciliação da Ciência com a dignidade do ser humano e do animal*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 71, Outubro, 2010, pp.29-30.

- OLIVEIRA, Guilherme F. F. de, *Aspectos Jurídicos Da Procriação Assistida*, in *Revista da Ordem dos advogados*. A. 49, n.º 3 (Dez. 1989), pp. 767-791.
- RAPOSO, Mário, *Bioética e Biodireito*, in *Revista do Ministério Público*, ano 12, n.º 45, pp. 21 – 44.
- RAPOSO, Vera L., *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Medicinæ*, Revista do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2005, pp.111 – 131.
- RAPOSO, Vera L., *Em Nome do Pai (...E da Mãe, e de Dois Pais, e de Duas Mães) – Análise do Art. 6.º da Lei 32/2006*, in *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 7, 2007, pp. 37 - 51
- RAPOSO, Vera L., *Quando a Cegonha chega por Contrato*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, Março 2012, pp. 26-27.
- RAPOSO, Vera L.; PEREIRA, André Dias, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, in *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º6, 2006.
- REIS, Rafael V. e, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas*, in *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 13, 2010, pp. 69 – 93.
- SANTOS, A. Teixeira dos, *Os "novos" desafios do direito penal no século XXI*, in *Scientia iuridica*, Tomo 57, n.º 316, (Out. Dez. 2008),pp. 615-642.
- SERRÃO, Daniel, *Bioética. Perspectiva Médica*, in *Revista da Ordem dos advogados*. A. 51, n.º 2 (Jul. 1991), pp. 419-428.
- SILVA, Paula Martinho da, *Simpósio: Perspectivas jurídicas portuguesas e europeias sobre a reprodução assistida*. in *Revista Bioética*, 2003; vol. 11, n.º2, pp. 129 138.
- VENDRAMI CL; BARBOSA CP; SANTOS JRD; CORDTS EB; BARBOSA MAP; SOUZA ÂMB, *Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento jurídico vigente*, in *Febrasgo, Revista Femina*, Junho 2010, vol 38, nº 6, p. 301-305, [Consult. 24 de Mar. 2014]. Disponível em [http://www.febrasgo.org.br/site/?page\\_id=50](http://www.febrasgo.org.br/site/?page_id=50).

### Publicações na Internet:

- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA, *relatório/parecer n.º P/03/APB/05 Sobre Procriação Medicamente Assistida*, [Consult. 12 de Fev. 2014]. Disponível em <http://www.apbioetica.org/gca/index.php?id=143&idbloco=152>.
- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FERTILIDADE, *A infertilidade é uma doença*, [Consult. 08 de Fev. 2014]. Disponível em <http://www.apfertilidade.org/web/o-que-e-a-infertilidade>.
- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FERTILIDADE, *Maternidade de substituição: é urgente legislar!*, [Consult. 06 de Mar. 2014]. Disponível em <http://www.apfertilidade.org/web/noticias-e-destaques/379-maternidade-de-substituicao-e-urgente-legislar>.
- Beleza, T. Pizarro, Direito Penal II, Teoria do Crime, Formas Especiais de Cometimento da Infracção, in FDUNL, 2007/2008, [Consult. 18 de Mar. 2014]. Disponível em [http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes\\_docs%2Fma%2Ftpb\\_MA\\_5120.ppt&ei=oc8xU7aRH7HB7Aau-YHABw&usg=AFQjCNF8v\\_PND2VbDgbM9zsGY8P3ZJTALw&bvm=bv.63587204,d.ZGU](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2Ftpb_MA_5120.ppt&ei=oc8xU7aRH7HB7Aau-YHABw&usg=AFQjCNF8v_PND2VbDgbM9zsGY8P3ZJTALw&bvm=bv.63587204,d.ZGU).
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)*, in DOCUMENTAÇÃO, CNECV, vol. I, (1991-1993), pág. 75-103. [Consult. 16 Nov. 2013]. Disponível em <http://www.cnecv.pt/>.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Experimentação do Embrião (15/CNEV/95)*. [Consult. 22 Fev. 2014]. Disponível em <http://www.cnecv.pt/>.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (44/CNECV/2004)*. [Consult. 16 Nov. 2013]. Disponível em <http://www.cnecv.pt/>.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA,

- Parecer sobre *Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição (63/CNECV/2012)*. [Consult. 16 Nov. 2013]. Disponível em <http://www.cnecv.pt/>.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório Sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de Substituição*. Março 2012. [Consult. 16 Nov. 2013]. Disponível em <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>.
  - CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Declaração Conjunta sobre Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida Procriação. Medicamente Assistida e Gestação de Substituição*. [Consult. 8 Out. 2013]. Disponível em <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1335282946-declaraa-a-o-de-voto-conj.pdf>.
  - CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição (63/CNECV/2012)*, Declaração Conselheiro José Lebre de Freitas, [Consult. 16 Nov. 2013]. Disponível em <http://www.cnecv.pt/>.
  - CUNHA, Francisco Vilhena da (coord.), *Aborto em Portugal. Factos e números sobre a realidade nacional desde a entrada em vigor da lei 16/2007*. in FEDERAÇÃO PORTUGUESA PELA VIDA. [Consult. 07 Fev. 2014]. Disponível em <http://federacao-vida.com.pt/estudos/FPV%20-%20Aborto%20-%20Factos%20e%20N%C3%BAmeros%202013NOV.pdf>.
  - DN PORTUGAL, *Lei nacional não permite mas bebés acabam registados*, [Consult. 08Mar. 2014]. Disponível em [http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1660540](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660540)
  - FERTICENTRO, centro de estudos de fertilidade, [Consult. 23Mar. 2014]. Disponível em <http://www.ferticentro.pt/pt/tratamentos/>
  - GUIMARÃES, Ana Paula, *Procriação medicamente assistida em Portugal*, [Consult. 15 de Fev. 2014]. Disponível em <http://www.advocatus.pt/opiniao/8110-procriacao-medicamente-assistida-em-portugal>.
  - INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, Parecer do Conselho Técnico n.º 96/2010 SJC, *Registo de nascimento – maternidade de substituição*, [Consult.

08 Mar 2014]. Disponível em <http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/ct-publicacoes-de/>.

- MATOS, Manuel, *Maternidade de Substituição e Procriação Medicamente Assistida*, in CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, Boletim Informativo, Série III, n.º 5, Março 2013, [Consult. 25 Nov. 2013]. Disponível em <http://www.csm.org.pt/ficheiros/boletim/boletiminformativo2013.pdf>.
- MENDES, Christine K. L., *Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicação da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*, in *Boletim jurídico*, [Consult. 25 Jan. 2014]. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>.
- OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa: Legalidade, Efeitos e o Melhor Interesse da Criança*. [Consult. 12 Out. 2013]. Disponível em: [http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft\\_word\\_contratosgestacionais\\_27\\_01\\_2010.pdf](http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf).
- PALMA, Fernanda (Coord.), *Direito Penal I*, 2010/2011, [Consult. 12 Fev. 2014]. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=5cvg7Ysabyo%3D&tabid=374>
- PATTO, Pedro Vaz, *Maternidade de Substituição – um Retrocesso Social*, in FEDERAÇÃO PORTUGUESA PELA VIDA. [Consult. 4 Nov. 2013]. Disponível em [http://www.federacao-vida.com.pt/index.php?option=com\\_content&view=article&id=379:maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto&catid=6:noticias&Itemid=8](http://www.federacao-vida.com.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=379:maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto&catid=6:noticias&Itemid=8).
- PEGADO, Isilda, *Barriga de Aluguer*. [Consult. 31 Out. 2013]. Disponível em: [http://www.apfn.com.pt/news\\_detalhe.php?id=806](http://www.apfn.com.pt/news_detalhe.php?id=806).
- PLANETA ROSA (BLOGUE), *Aluguel de barriga (mãe de aluguel): como funciona?*, [Consult. 16 de Mar. 2014]. Disponível em <http://planetaderosa.com/pais-e-filhos/aluguel-de-barriga-mae-de-aluguel-como-funciona.html>.
- PORTAL DA CRIANÇA, *A família e o interesse superior da criança*. [Consult. 28 Fev. 2014]. Disponível em: <http://www.portaldacrianca.com.pt/artigosa.php?id=8>.

- RCM PHARMA - Marketing Farmacêutico, *Infertilidade: mulheres alugam o útero em Portugal*, [Consult. 23 Mar. 2014]. Disponível em: [http://www.rcmpharma.com/actualidade/saude/infertilidade-mulheres-alugam-o-utero-em-portugal\\_234](http://www.rcmpharma.com/actualidade/saude/infertilidade-mulheres-alugam-o-utero-em-portugal_234).
- SILVA, Jana, *Aspectos polémicos sobre a gestação de substituição*, [Consult. 2 Nov. 2013]. Disponível em: [http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf).
- SOL, *Barrigas de aluguer: Ministério Público arquiva processo por falta de provas*. [Consult. 23. Mar. 2014]. Disponível em: [http://sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content\\_id=39792](http://sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content_id=39792).
- SOUSA, Filipa Ambrósio de, *Dezenas de casais 'compram' barrigas de aluguer, in DN Portugal*. [Consult. 8 Mar. 2014]. Disponível em: [http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1660531](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660531).

#### **Acórdãos:**

##### **Tribunal Constitucional**

- Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 963/06 [Consult. 05 Out. 2013]. Disponível em <http://dre.pt/pdf2sdip/2009/04/064000000/1245212472.pdf>.

##### **Supremo Tribunal de Justiça**

- Acórdão do S.T.J. de 25-01-1963 (Bravo Serra), Processo n.º 058179 [Consult. 3 Fev. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do S.T.J. de 16-10-2003 (Lucas Coelho), Processo n.º 03B484 [Consult. 9 Jan. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>
- Acórdão do S.T.J. de 13-10-2004 (Henriques Gaspar), Processo n.º 04P3210 [Consult. 19 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do S.T.J. de 27-05-2010 (Henriques Gaspar), Processo n.º 474/09.4PSLSB.L1.S1, [Consult. 13 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

- Acórdão do S.T.J. de 21-12-2011 ( Raul Borges), Processo n.º,595/10.0GFLLE.S1 [Consult. 21 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

- Acórdão do T.R.C. de 16-10-2012 (Arlindo Oliveira), Processo n.º99/10.1TMCBR.C1, [Consult. 1 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T. R. C. de 02-07-2013 (Henrique Antunes), Processo n.º 295/12.7T6AVR.C1, [Consult. 2 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>
- Acórdão do T. R.C. de 22-01-2003 (João Trindade) Processo n.º 3669/02, [Consult. 12 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.C. de 11-03-2009 (Fernando Ventura), Processo n.º 36/03.3GCTCS.C1. [Consult. 18 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.C. de 04-03-2009, (Vasques Osório), Processo n.º. 1184/08.5TBCBR.C1 [Consult. 1Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.C. de 14-07-2010, (Jorge Jacob), Processo n.º. 117/09.6JAGRD.C1 [Consult. 07 Fev. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.C. de 13-05-2009, (Ribeiro Martins), Processo n.º. 1818/08.1TALRA.C1. [Consult. 22 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.C. de, 01-04-2009 (Alberto Mira), Processo n.º. 189/08.0GTCTB.C1 [Consult. 22 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.C. de, 11-05-2011 (Orlando Gonçalves), Processo n.º. 26/09.9GTGRD.C1 [Consult. 11 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

### **Tribunal da Relação de Évora**

- Acórdão do T.R.E de 14-06-2005 (F. Ribeiro Cardoso), Processo n.º 863/05-1 [Consult. 9 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.E de 28-01-2014 (Fernando Pina), Processo n.º 314/12.7GTABF.EI [Consult. 22 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

### **Tribunal da Relação de Guimarães**

- Acórdão do T.R.G. de 19-11-2007 (Estelita Mendonça), Processo n.º. 1052/07-2 [Consult. 07 Fev. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Acórdão do T.R.L. de 11-03-2010 (Fátima Mata-Mouros), Processo n.º. 1795/07.6GISNT.L1-9. [Consult. 07 Fev. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.L. de 14-12-2004 (Carlos Valverde), Processo n.º10069/2004-6. [Consult. 1 Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

### **Tribunal da Relação de Porto**

- Acórdão do T.R.P. de 23-10-2013 (Maria do Carmo Silva Dias), Processo n.º 423/10.7JAPRT.P1. [Consult. 07 Fev. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do T.R.P. de 28-03-2012 ( Eduarda Lobo), Processo n.º 86/08.0GBOVR.P1, [Consult. 13 de Mar. 2014]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

## Anexos

- Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho- PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA
  
- Decreto Regulamentar n.º5/2008, de 11 de Fevereiro.  
Alterações:
  - Decreto Regulamentar n.º 1/2010, de 26 de Abril,
  - Decreto Regulamentar n.º 4/2013de 11 de Junho
  
- Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional
  
- Inquérito - Estudo sociológico sobre a receptividade da Maternidade de Substituição