

**FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO**



# **MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO**

Sara Sampaio

Dissertação apresentada para obtenção  
do Grau de Mestre em Direito, com  
Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Coimbra, Maio de 2015

**FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO**



# **MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO**

Sara Sampaio

Dissertação apresentada para obtenção  
do Grau de Mestre em Direito, com  
Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientação: Professor Doutor Rui de Alarcão e  
co-orientação Mestre Rafael Vale e Reis.

Coimbra, Maio de 2015

## ***Agradecimentos***

*Agradeço a todos os que estiveram presentes nesta etapa da minha vida.*

*A minha Mãe e Irmã pelo apoio incondicional, amor, carinho e dedicação e por me mostrarem que é possível concretizar todos os sonhos e porque sem elas nada disto seria possível, a elas dedico este trabalho.*

*Ao Professor Doutor Rui de Alarcão e ao Mestre Rafael Vale e Reis, enquanto excelentes professores, não só pela partilha da sua sabedoria de forma tão eloquente e sábia mas também pela disponibilidade demonstrada, bem como a oportunidade de poder desenvolver esta dissertação com tais ilustres professores, pelas indicações prescritas com intuito de aprimorar este trabalho.*

*Ao Luís pela ajuda e paciência que sempre teve comigo.*

*Também um muito obrigado especial aos bons amigos, aqueles cujas amizades permanecem aquando da minha ida e respectivo regresso a Coimbra.*

*Levo-os comigo para a vida.*

*Ao Dr. Pedro Tróia pela oportunidade de conhecimento e que sem dúvida muito estimula o meu desejo de querer, sempre saber mais e vontade constante de querer fazer melhor, reconheço com gratidão toda a confiança que depositou em mim desde o início mas também o sentido de responsabilidade que sempre me incutiu.*

*E ainda um último, mas não menos importante agradecimento, a todas as pessoas que fazem parte do Instituto Superior Bissaya Barreto em especial a D<sup>a</sup>. Cristina e D<sup>a</sup>. Milú pelo carinho e atenção que sempre tiveram por mim.*

***Obrigado.***

*“Na mão de quem oferece a rosa fica sempre um resquício do aroma da flor”*

Provérbio Chinês

O presente trabalho não foi elaborado ao abrigo do novo acordo ortográfico, salvo eventuais citações por ele abrangidos.

Resumo.....8  
Abstract.....9  
Introdução.....10

**Capítulo I**

1. Temática da Definição de Maternidade de Substituição.....13

**Capítulo II**

2. História da Maternidade de Substituição.....16

**Capítulo III**

3. Modalidades da maternidade de substituição.....19  
3.1. Fertilização in vitro.....19  
3.2. Substituição Gestacional ou Genética.....20  
3.3. Substituição Comercial ou Altruística.....21  
3.4. Contrato Formal ou Informal.....24

**Capítulo IV**

4. Maternidade de Substituição nos Ordenamentos Jurídicos Estrangeiros.....26  
4.1. A questão do Turismo Reprodutivo.....33

**Capítulo V**

5. Regulação Legislativa da Maternidade de Substituição no Ordenamento Jurídico Português.....36  
5.1. Antecedentes da Lei nº 32/2006.....36  
5.2. Lei 32/2006, de 26 de Julho.....39  
5.3. Projectos de Lei posteriores à Lei nº 32/2006, de 26 de Julho.....48

**Capítulo VI**

6. Aceitação da Maternidade de substituição – argumentos contra e a favor.....51

## Capítulo VII

7. Soluções legislativas possíveis sobre Maternidade de Substituição e Tentativa de Regulamentação da Maternidade de Substituição.....	62
7.1. Soluções legislativas possíveis.....	62
7.2. Tentativa de Regulamentação Proposta.....	65
CONCLUSÃO.....	69
BIBLIOGRAFIA.....	71
LEGISLAÇÃO E OUTROS DOCUMENTOS.....	75
NETGRAFIA.....	76

## **RESUMO**

A maternidade de substituição surge no âmbito científico das técnicas de procriação medicamente assistida e de uma enorme vontade do ser humano de ter um filho e deixar a sua descendência. O desejo humano ultrapassa, na maior parte das vezes, as leis vigentes e a ambição na busca do seu fim traz-nos uma evolução científica cada vez maior. A concepção de um filho para entregar a outrém é algo que num passado mais remoto, seria impensável ou severamente criticável à luz de determinados princípios e crenças instaladas na nossa cultura. Na actualidade, é algo que todas as pessoas ouviram falar ou conhecem, a gravidez natural deixou há muito tempo de ser a única forma de ter um filho. O avanço científico e o desenvolvimento tecnológico nas sociedades modernas permitem algo diferente, distinto do tradicional e maternidade de substituição surge como uma solução ou um método de obtenção de um tão desejado filho.

São vários os ordenamentos jurídicos que são colocados perante tais práticas, não havendo um denominador comum geral que legisle por igual a matéria; encontramos Países onde a prática é legislada, outros em que não é; temos Países que admitem, outros proíbem-na; temos até ordenamentos jurídicos que dentro da aceitação da maternidade de substituição, restringem-na na sala prática. A busca natural da evolução trará certamente novos horizontes, novas fronteiras a esta matéria, que em nenhuma fase da sua história, será consensual.



## **ABSTRACT**

The surrogate motherhood comes in the scientific context of medically assisted reproduction techniques and a strong desire of human beings to have a child and let your offspring. The human desire exceeds, in most cases, the laws and the ambition in the pursuit of your order brings us a scientific evolution increasing. The conception of a child to give to others is something that a more remote past, it would be unthinkable or severely criticized in the light of certain principles and beliefs installed in our culture. At present, it is something that all people have heard or know, the natural pregnancy left long ago to be the only way to have a child. Scientific progress and technological development in modern societies allow something different, distinct from the traditional and surrogate motherhood comes as a solution or a method of obtaining such a desired child.

Several jurisdictions that are placed before such practices, there is no general common denominator to legislate for same matter; we find countries where the practice is legislated, others where it is not; we have countries that admit, others prohibit it; we even have legal systems that within the surrogacy acceptance, restricted in the room practicing. The natural search trends will surely bring new horizons, new frontiers in this matter, at no stage in its history, will be consensual.

## INTRODUÇÃO

A presente obra foi elaborada no âmbito da dissertação do Grau de Mestre em Direito, com Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, no Instituto Superior Bissaya Barreto, com data de Maio de 2015. A dissertação foi orientada pelo Professor Doutor Rui de Alarcão e co-orientador Mestre Rafael Vale e Reis.

A dissertação apresenta conteúdos temáticos actuais/matérias importantes do ponto de vista da vida jurídica, pelo que a considero bastante útil para a minha vida académica, profissional e pessoal.

Para a concretização desta dissertação houve a necessidade de efectuar pesquisas, revisão de literatura em livros, artigos, jornais, revistas e sites relacionados com o tema, juntando as posições da nossa doutrina, reforçando sempre este trabalho com a citação das posições dominantes dos nossos autores, e quando necessário, o recurso a alguns autores estrangeiros.

A escolha do tema foi a primeira grande tarefa que desenvolvi devido à diversidade de temáticas abrangidas ao longo da minha carreira académica na área do Direito. Para além da pretensão de colocar em prática os ensinamentos assimilados ao longo do mestrado, pretendia-se também que fosse um tema actual que reflectisse profissionalmente no meu quotidiano e fosse do meu agrado. Após algumas pesquisas, conclui que a maternidade de substituição tratava-se de um tema exequível. Passando assim a uma segunda fase com uma pesquisa básica de forma a dar corpo à proposta de dissertação. Após a sua aprovação, passou-se à terceira fase, sendo esta, a realização de uma pesquisa mais aprofundada.

Nos últimos anos, ocorreu um progresso da ciência e avanços tecnológicos bastante relevantes, abrindo os nossos horizontes para situações que consideraríamos impossíveis. Nestes termos, o legislador português adoptou um diploma especial sobre a matéria deste trabalho (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho). Contudo, mesmo com o avançar dos anos, continua a pairar a hesitação sobre diversas questões plasmadas no diploma, dividindo-se a doutrina sobre determinados temas considerados problemáticos.

Optámos assim, por abordar nesta dissertação diversos temas de forma lógica e racional, comparando-os sistematicamente aos presentes em outros ordenamentos jurídicos, obtendo a opinião da nossa doutrina. A relevância prática da comparação do tema nos diversos ordenamentos jurídicos enriqueceu de forma significativa este trabalho, dotando-o de várias abordagens ao problema da maternidade de substituição.

O cerne do trabalho consagra um instituto jurídico bastante relevante, que vem sendo potenciado exponencialmente na lei, doutrina e jurisprudência, procurando aglomerar os aspectos mais importantes da temática da maternidade de substituição, fazendo um enfoque especial na Lei nº 32/2006, de 26 de Julho.

O primeiro tema a ser abordado será a problemática em relação à nomenclatura da maternidade de substituição, apresentando as várias definições trazidas pela nossa doutrina, incluindo a definição legal existente no Art. 8º da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

Posteriormente, analisaremos a questão da maternidade de substituição ao longo da história, trazendo a este trabalho a evolução do instituto desde os momentos em que não havia qualquer tipo de legislação até à criação da Lei nº 32/2006, momentos seguintes da aplicação desta lei e até à actualidade. De realçar neste ponto, a existência de várias propostas e projectos de lei com o intuito de regular/modernizar/alterar a legislação inexistente antes de 2006 e a existente a partir desta data.

No capítulo seguinte, fazemos menção às várias modalidades da maternidade de substituição: fertilização *in vitro*, substituição gestacional ou genética, comercial ou altruística e por contrato formal/informal.

É nossa intenção, abordar de forma rigorosa o tema da maternidade de substituição à luz do direito comparado, abordando os temas nos mais diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, verificando quais são aqueles que admitem ou rejeitam a celebração de contratos de maternidade de substituição e em que termos o fazem. Procuramos assim, além de abordar opiniões da doutrina estrangeira, analisar também, as legislações dos demais Países.

Análise fundamental, surge no âmbito da evolução legislativa no ordenamento jurídico português. Abordamos o tema através de três lapsos temporais: antes da criação da Lei nº 32/2006, a criação da respectiva lei em 26 de Julho de 2006 e os momentos posteriores à aplicação da lei. Este trabalho apresentará propostas dos diversos partidos políticos para a alteração das normas existentes no nosso ordenamento jurídico.

Essencial também, é a profunda interpretação dos argumentos a favor e contra a celebração de contratos de maternidade de substituição. Sobre esta questão, abordaremos a opinião dos vários autores da nossa doutrina, procurando sempre de forma rigorosa e completa apresentar os dois “lados da medalha”, aqueles que admitem a celebração de tais contrato, os que rejeitam mas também aqueles que admitem a maternidade de substituição com alguns condicionalismos e restrições.

O último capítulo está reservado para a abordagem de diversas questões legislativas que vão sendo levantadas ao longo dos tempos, nomeadamente temas problemáticos, como são, a liberalização total da maternidade de substituição; a maternidade de substituição como sendo uma mera prestação de serviços, proibição total da prática, a equiparação do regime da adopção entre outros.

Por fim, a nossa opinião vai ser explanada em forma de síntese, numa tentativa mesmo que diminuta, de proposta de legislação. Tentamos incluir nesta, a nossa orientação que vai na aceitação da maternidade de substituição mas com determinadas restrições/condicionalismos.

## Capítulo I

### 1. Temática da Definição de Maternidade de Substituição

Compreende-se por maternidade de substituição “o acordo mediante o qual uma mulher que se compromete a gerar um filho, dá-lo á luz, e posteriormente entregá-lo a outra mulher (ou em casos mais complexos a um homem), renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, inclusivamente a qualificação jurídica de “Mãe”.<sup>1</sup>

Nos termos do artigo 8º, nº 2 da Lei 32/2006, de 26 de Julho – Lei da Procriação Medicamente Assistida “entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que a mulher suporta uma gravidez por conta de outrém e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”. O art.º 8.º insere-se num quadro normativo que respeita o princípio da verdade biológica no que ao estabelecimento da filiação respeita. O art.º 1796.º, nº 1 do Código Civil determina que o estabelecimento da filiação materna resulta do facto nascimento.

Contudo, a definição de maternidade de substituição não é unânime quanto à sua terminologia, havendo autores que discordam da palavra “substituição”, na medida em que, a verdadeira maternidade será apenas a maternidade associada com a gravidez e que operaria, nesta situação, uma substituição da verdadeira Mãe por uma “não-Mãe”.<sup>2</sup>

Existem autores que defendem uma total alteração/modificação da terminologia da maternidade de substituição, não aceitando a actual denominação, propondo nomes como “Mãe de gestação”, “gestação de substituição”, “Mãe hospedeira”, “Mãe de empréstimo”, “barriga de aluguer” entre outras. Mesmo, em Portugal existem correntes que aceitam a denominação da figura como “maternidade de substituição”; do outro lado, há quem entenda que, apenas podemos chamar “Mãe” à pessoa que dá à luz a criança, nos termos do artigo 1796º, nº 1 do Código Civil. A própria nomenclatura anglo-saxónica defende o termo como sendo “surrogate mother”, termo de origem britânica.

Para VERA LÚCIA RAPOSO, a maternidade de substituição consiste num “acordo mediante o qual uma mulher se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e

---

<sup>1</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005, pp. 13

<sup>2</sup> COSTA, Marta – *Convivência More Uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais*, Coimbra Editora, 2011, pp. 525 apud COSTA, Marta e LIMA, Carolina Saraiva – *A Maternidade de Substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Lusitana, Lisboa, nº 10, 2012, pp. 241

posteriormente entregá-lo a outra (s) pessoa(s), renunciando em favor desta(s) todos os direitos sobre a criança, inclusivamente à qualificação jurídica de Mãe.”<sup>3</sup> Acrescenta ainda que, a motivação prática do recurso à maternidade de substituição é a possibilidade de ter um filho que seja detentor do seu material genético, mesmo que só apenas em parte.

Para JORGE DUARTE PINHEIRO, “na maternidade de substituição, uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrém e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de Mãe.”<sup>4</sup>

MARIA BERENICE DIAS define a maternidade de substituição como sendo “um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a Mãe de aluguer obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho”.<sup>5</sup>

ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF alega que a gestação por outrém consiste na “cessão do útero para a gestação de filho concebido pelo material genético de terceiro – contraente – a quem a criança gerada, deverá ser entregue logo após o nascimento, assumindo a fornecedora da condição de Mãe, possibilitando assim à Mãe de conceber um filho biológico fora do seu ventre.”<sup>6</sup>

Outra definição apresentada no seio do direito brasileiro JOSIENE JUNG MARTINS apresenta uma definição de maternidade de substituição, que segundo a autora “ocorre quando uma mulher concorda em ser inseminada artificialmente ou receber embriões transferidos com a compreensão de que a criança que irá gestar ao nascer, será criada por pessoas que propuseram este procedimento.”<sup>7</sup>

Questão também a ser levantada é relativamente à legitimidade para aceder à maternidade de substituição. Entendemos que esta deve ser concedida a todas as pessoas, sejam eles, um casal heterossexual ou homossexual, pessoa singular (homem

---

<sup>3</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 10-11

<sup>4</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte – *Procriação Medicamente Assistida*, pp. 24 e 25

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 379 apud CASTRO, Carolina Corlletto de – *Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro*, 2013, pp. 2

<sup>6</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus - *Curso de bioética e biodireito*, São Paulo: Atlas, 2010 apud CASTRO, Carolina Corlletto de – *Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro*, 2013, pp. 2

<sup>7</sup> MARTINS, JOSIENE JUNG – *A maternidade substitutiva na reprodução assistida e necessidade da sua representação jurídica*, 25 de Novembro de 2008, Faculdade de Direito da Pontifícia, Universidade Católica de Rio Grande do Sul, pp. 34

ou mulher) desde que tenham a motivação de ter um filho e que não seja possível obtê-lo de outra qualquer forma.

Contudo, este entendimento levanta bastantes dúvidas nas esferas jurídicas de diversos ordenamentos jurídicos. Existem alguns, como o caso do nosso ordenamento Jurídico, que aceitam de forma unânime e inequívoca o direito de as mulheres solteiras serem Mães. Do lado oposto, o homem não é capaz de gerar crianças, logo necessita da intervenção de uma mulher para o efeito. Havendo assim um tratamento discriminatório face às mulheres solteiras, pois a estas basta a inseminação com esperma do doador para sozinhas conseguirem ser Mães, estando assim vedado aos homens que sem a intervenção de uma mulher não podem gerar uma criança. Assim, tem de existir naturalmente um tratamento distinto entre o homem e a mulher na maternidade de substituição.

## Capítulo II

### 2. História da Maternidade de Substituição

Quando falamos na maternidade de substituição, temos de recuar no tempo para saber um pouco mais da sua história e existência. Ao longo dos anos, o fenómeno sofreu diversas modificações, entre avanços e recuos, polémicas doutrinárias e a diversidade de opiniões. A nossa sociedade evoluiu e esta prática está a ser cada vez mais utilizada, contudo algumas mentalidades “retrogradadas” ainda vedam a existência deste fenómeno.

Desde logo, a primeira aparição surge no Código de Hamurabi que representa o conjunto de leis escritas oriundo da Mesopotâmia, que definia de forma clara os direitos e deveres das partes envolvidas nesta prática. O Código de Hamurabi permitia ao marido, caso sua esposa fosse estéril, manter relações sexuais com fins exclusivamente procriativos, facultando à esposa oferecer uma escrava ao marido para que tivesse filhos.

Também para os romanos, no intuito de assegurar ao homem a sua descendência, admitia-se a possibilidade de ceder a própria mulher a um amigo que se havia casado com uma mulher estéril.

Já na Idade Média, existiam as chamadas “amas de leite” que desempenhavam uma função importante na educação da criança gerada. A própria Bíblia tinha uma descrição sobre a matéria: “Sara, mulher de Abrão, pediu a este que tivesse um filho com Hagar, sua criada, para que através dela também Sara se tornasse Mãe.”<sup>8</sup>

Contudo, até o final do século XV, qualquer pensamento de que pudesse ocorrer esterilidade masculina era inaceitável. Apenas no século XVII, quando um autor chamado Johann Ham afirmou que a esterilidade ocorria em algumas situações devido à escassez de espermatozoides, admitiu-se que este fenómeno não era apenas feminino, mas também poderia ocorrer através da população masculina.

A partir do ano de 1778 surgiram os primeiros fenómenos relativos aos enigmas do processo de reprodução, mas apenas no final do século XIX, os estudiosos desta

---

<sup>8</sup> A maternidade de substituição, já na antiguidade, era mencionada: Sara, mulher de Abrão, não lhe tinha dado filho; mas, possuindo uma escrava egípcia, chamada Agar, disse a Abrão: "Eis que o Senhor me fez estéril; rogo-te que tomes a minha escrava, para ver se, ao menos por ela, eu posso ter filhos." Abrão aceitou a proposta de Sara. (A.V., s.d, Génesis, 16:1-2 )



matéria concluíram que a fertilização é constituída através da união do núcleo de um espermatozóide com o de um óvulo.

Contudo, um dos fenómenos importantes sobre a matéria, foi o nascimento do primeiro bebé proveta em 1978 na Inglaterra após anos a fio de pesquisas e testes do Dr. Steptoe e do Dr. Edwards.

Após o nascimento do primeiro bebé-proveta, começaram a existir com maior regularidade estudos/comportamentos que previam a possibilidade de gestação em útero de substituição. As técnicas foram evoluindo ao longo dos tempos e surgiram cada vez mais sofisticadas, sendo que, a evolução tecnológica e de mentalidades ajudaram à evolução do fenómeno.

Em 1982 ocorreu a primeira gravidez obtida através da reprodução artificial nos Estados Unidos da América e dois anos depois, em 1984, esse facto ocorreu no Brasil, quando foram conhecidos o nascimento de crianças que tinham sido concebidas por pessoas sem qualquer tipo de ligação ou laços genéticos.

Em 1985, um grupo de historiadores sobre a matéria tornaram notória e pública a primeira gestação de substituição com fertilização *in vitro*. Mais tarde, decorria o ano de 1988, quando se tornou conhecida a existência de uma associação de Mães de substituição. No mesmo ano, surge o primeiro caso célebre de maternidade de substituição ficou conhecido por “Baby M”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Este caso trata da história do casal Stern que recorreu a um centro de tratamento de esterilidade, sendo que a mulher tinha 40 anos de idade, não tinha problemas de esterilidade mas sofria de uma doença, o que a impedia de ter um filho sem com isso correr elevados riscos (esclerose múltipla). Assim, o casal recorreu à tentativa de adopção, que lhe foi negada devido ao facto de terem uma idade impeditiva e de não partilharem a mesma religião. Deslocaram-se então ao centro de tratamentos para realizarem este processo e o próprio centro conseguiu que uma mulher aceitasse o pedido formulado pelo casal. Celebraram um contrato e nos termos do qual a mulher concordou em ser fecundada com o esperma do cônjuge e depois entregar a criança ao casal no momento posterior ao seu nascimento. Em contrapartida, a mulher receberia uma retribuição no valor de 10 mil dólares sendo que as despesas clínicas estariam a cargo do casal.

Mas, no momento do nascimento da criança, a mulher arrependeu-se do acordado e recusou-se a entregar a criança ao casal contraente. Nestes termos, o casal recorreu aos tribunais para ver ser executado o contrato celebrado e receber assim, o recém-nascido. Numa decisão de primeira instância, o tribunal veio considerar que este acordo se enquadrava no direito a constituir família por todos os meios não proibidos bem como no direito à intimidade da vida privada. O referido acórdão sentenciava ainda que o casal não estava a comprar a criança uma vez que esta era filha biológica do marido. Em jeito de conclusão, para o tribunal, o acordo celebrado era válido e a criança deveria ser entregue ao casal contraente.

Em sede de recurso, o Supremo Tribunal de New Jersey veio alterar significativamente a decisão tomada, determinando que os contratos de maternidade de substituição só poderiam ser válidos com uma condição: existir um acto de liberdade da mãe portadora da gravidez e não um negócio determinado pelas necessidades financeiras da mãe (deixava inerente a este facto, o elemento da vontade da mãe).

Mas mesmo assim, o Tribunal entendeu entregar a criança ao casal contraente, por considerar que estes reuniam melhores condições para garantir-lhe um desenvolvimento mais estável, não obstante o reconhecimento dos direitos de visita à mãe biológica.

Havia um grande vazio no estudo da maternidade de substituição, pois a ausência de leis adequadas ao caso, traziam julgamentos/orientações diversificadas e muitas delas sem base de sustentação. Era poucos os ordenamentos jurídicos que legislavam sobre a matéria, existindo apenas orientações que os juízes/tribunais seguiam relativamente a situações análogas, aos costumes existentes e aos princípios gerais de direito norteadores do País em causa. Mais tarde, começaram os Países a legislar sobre a matéria ou a adoptar um conjunto de normas ou resoluções emitidas pelas entidades de saúde competentes e pelas entidades de direito vigentes.

Um dos paradigmas complicados nesta matéria está relacionado com o tratamento jurídico deste fenómeno que varia nos mais diversos ordenamentos jurídicos. A título de exemplo, nos Estados Unidos em Dezembro de 2000, metade dos Estados tinham normas legais ou regras sobre o assunto; no seio destes, cerca de metade permitia a maternidade de substituição, enquanto os restantes estados o proibiam; por outro lado, alguns dos Estados que acolhiam a validade do contrato afastavam a possibilidade de ser atribuída uma compensação de qualquer tipo à Mãe de gestação.<sup>10</sup>

Em Portugal, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 32/06, de 26 de Julho, existem algumas referências relativamente á matéria em causa. Decorria o ano de 1986, quando surge a primeira manifestação legal sobre a “procriação artificial humana”, através da publicação do Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de Setembro, que admitia a procriação artificial heteróloga. Contudo, o documento era bastante insuficiente para as exigências do tema. Surgiram assim, algumas tentativas legislativas na Assembleia da República para criar um conjunto de regras que regulasse a matéria, incluindo vários projecto de lei submetidos aos Pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

---

<sup>10</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte – *Procriação Medicamente Assistida*, pp. 24 e 25

## Capítulo III

### 3. Modalidades da maternidade de substituição

A maternidade de substituição não funciona apenas como unidade e apresenta várias modalidades/tipos distintos, que explanaremos mais pormenorizadamente neste capítulo. Enumerando as mesmas, temos assim: a fertilização *in vitro* ou relação sexual; a substituição gestacional ou substituição genética; contrato formal ou informal e por fim, a substituição comercial ou altruística.

#### 3.1. Fertilização *in vitro*

Neste tipo de modalidade da maternidade de substituição, existe um contacto sexual directo, isto é, o sêmen pode vir do elemento masculino do casal contraente ou de outro qualquer homem (seja estranho ou conhecido do casal ou da pessoa que vai gerar a criança).<sup>11</sup> A fertilização *in vitro* é uma das técnicas mais utilizadas para tratamento dos casais que tem dificuldade em engravidar, na medida que, é um fenómeno que é capaz de atender a um grande número de problemas de fertilidade.

Este método implica que a fertilização seja realizada fora do corpo em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide numa proveta, num ambiente perfeitamente controlado. Esta técnica é realizada em ambiente laboratorial colocando *in vitro* um número significativo de espermatozoides à volta de cada ovócito, procurando desta forma obter embriões de qualidade a transferir posteriormente para a cavidade uterina.

Este procedimento de fertilização é realizado através da execução de diversas fases ou etapas. Em primeiro lugar, a indução da ovulação, de forma a estimular o crescimento e maturação dos óvulos; posteriormente, existe a fase da colecta dos óvulos; no terceiro momento ocorre a fertilização *in vitro* (pode ser realizada através de duas técnicas: a convencional em que os melhores espermatozoides e óvulos são seleccionados e colocados no mesmo meio, para que a fecundação seja espontânea e a

---

<sup>11</sup> Nos termos da Ferticentro – Centro de Estudos de Fertilidade, “na fecundação *in vitro* (FIV - por vezes também referida como “fertilização *in vitro*”), os ovócitos são recolhidos a partir dos ovários, sendo de seguida fecundados com espermatozoides em meio laboratorial. Os embriões assim obtidos são posteriormente transferidos para o útero da mulher. Ou seja, ao contrário do que sucede por exemplo na IIU, na FIV a fecundação ocorre fora do organismo da mulher. As expressões “bebé proveta” ou “fertilização *in vitro*” utilizadas em linguagem comum surgem exactamente devido ao facto do(s) ovócito(s) ser(em) fecundados em laboratório, ao contrário do que acontece naturalmente.” In [www.ferticentro.pt/tratamentos/fecundacao](http://www.ferticentro.pt/tratamentos/fecundacao)

ICSI (intracytoplasmic sperm injection) em que os espermatozoides são seleccionados e injectados no interior dos melhores óvulos. Por fim, ocorre a transferência dos embriões ao útero, no prazo de 3 a 5 dias após a fertilização.<sup>12</sup>

### 3.2. Substituição Gestacional ou Genética

Começamos por analisar a questão do ponto de vista da maternidade de substituição gestacional. Nesta situação, a Mãe de substituição pode simplesmente transportar no útero um feto com o qual não tem qualquer tipo de relação biológica. Esta apenas contribui para o desenvolvimento da criança até ao momento que se transforma em ser humano. Aqui, o óvulo fertilizado deixa de pertencer à Mãe de substituição mas sim à mulher contraente ou a terceira pessoa. Em termos de conclusão, neste tipo de maternidade de substituição, não existe qualquer contributo ou vínculo biológico da Mãe para o embrião, mas apenas o facto de existir o gerar da criança.<sup>13</sup>

Quanto à outra forma de maternidade genética, esta ocorre quando a mulher doa parte do seu património genético para a criação de um feto realizado fora do seu corpo. Aqui ocorre uma doação do seu património genético por parte da mulher que gera a criança. Existem autores que defendem que, nesta modalidade, não faz sentido falarmos de maternidade de substituição, mas sim de uma doação de ovócitos.

Nesta sede, podemos ter várias hipóteses práticas; há situações em que pode haver maternidade de substituição genética e gestacional mas também pode apenas existir uma delas: seja a genética ou gestacional.

Este fenómeno da maternidade de substituição vem destacar o papel moderno da mulher na sociedade actualmente, na medida que, existem paradigmas distintos, desde logo o acto de criação e o acto de educação, podendo estes actos não ser realizados cumulativamente através da mesma pessoa. Desde a evolução tecnológica, das técnicas reprodutivas e das normas legislativas, levam a que o conceito de maternidade fuja dos parâmetros tradicionais e a Mãe desempenhe várias tarefas no papel gerador e educativo. Esta distinção entre maternidade de substituição genética e gestacional é de extrema importância, pois existem vários tipos de Mães: as vinculadoras genéticas com a criança (que atribuem um vínculo biológico com a criança); as geradoras (que apenas

---

<sup>12</sup> [www.vivita.com.br/tratamentos/fertilizacao-in-vitro-fiv](http://www.vivita.com.br/tratamentos/fertilizacao-in-vitro-fiv)

<sup>13</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit. pp. 33

geram a criança) e as Mães legais ou sociais (que desempenham papel na educação das mesmas).

### 3.3. Substituição Comercial ou Altruística

Esta distinção de substituição comercial e altruística está relacionada com a vertente monetária. Como o próprio nome diz, na maternidade de substituição comercial, existe uma espécie de recompensa financeira pelo facto da Mãe gerar a criança; ocorre uma retribuição pelo “trabalho” prestado. Entende-se que, o casal/homem/mulher contraente paga uma determinada quantia monetária à Mãe para esta gerar a criança.<sup>14</sup>

RAFAEL VALE E REIS defende que, não é necessário um pagamento de uma quantia monetária para estarmos perante uma substituição comercial, podendo o pagamento ser realizado através de vantagens patrimoniais como a doação de um carro, perdão de dívida ou pagamento de estudos, entre outros.<sup>15</sup>

GUILHERME DE OLIVEIRA alega que a maternidade de substituição baseada num contrato comercial de substituição traduz-se num “intermediário individual, ou uma empresa especializada, promove a selecção e o encontro de um casal que pretenda ter um filho e uma mulher que se dispõe a gerá-lo e a entregá-lo logo a seguir ao parto, a troco de um pagamento, para além da compensação de despesas normais.<sup>16</sup>

Por outro lado, existe a maternidade de substituição com carácter altruística, que consiste na gratuidade da prática. Nestes casos, a Mãe de substituição não recebe qualquer valor monetário por gerar a criança, podendo apenas existir algum tipo de compensação relativamente ao ressarcimento de despesas de tratamento ou despesas médicas. Na doutrina estrangeira, M. MEGGITT afirma que “toda a mulher que se presta a ser uma Mãe de substituição fá-lo motivada por altruísmo, podendo à posteriori ser paga ou não”.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Na maternidade de substituição comercial, a retribuição pode-se estender aos outros agentes envolvidos no processo, como são exemplos, os agentes e angariadores. O pagamento das despesas médicas/clínicas costumam, na maior parte das vezes, ser suportados pelo casal contraente.

<sup>15</sup> VALE E REIS, Rafael – *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida: a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas*, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, nº 13, 2010, pp. 89

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Guilherme de – *Mãe só há duas! O contrato de gestação*, Coimbra Editora, 1992, pp. 17

<sup>17</sup> MEGGITT, M. – *Lessons to be learnt in Parallels Between Adoption and Surrogacy*, *Policy Issues Forum*, April, 1991, pág. 112 apud RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 36

Qual seria a modalidade de maternidade de substituição mais aceite pela sociedade? Obviamente que a escolhida seria sempre a substituição altruística, pois a vertente monetária traz um peso fundamental nas mentalidades existentes na nossa sociedade. A ordem pública aceitaria muito mais facilmente alguém que gera uma criança por livre e recriação, sem qualquer tipo de valor monetário envolvido do que uma pessoa que gera uma criança a troco de um valor financeiro.

Questionável surge a imposição de um estilo de vida à Mãe que vai gerar a criança por parte do casal contraente. Ao existir uma vertente comercial/financeira na relação Mãe geradora/casal contraente, podem os últimos “obrigar” a primeira à adopção de regras e condutas durante a gravidez. Parece-nos que, esta fase da vertente comercial condiciona o livre arbítrio da Mãe geradora e sua própria vontade. No seguimento deste tema, outra questão a ser levantada surge quando a Mãe é obrigada a gerar a criança, sem que esta seja a sua vontade. Ocorre aqui a prática de um crime, podendo assumir a natureza de ameaça física, psicológica ou outro tipo de acção, que deve ser punida nos termos da lei penal. Existem diversos ordenamentos jurídicos que plasmam na sua lei diversas normas que criminalizam determinado tipo de acções práticas no processo de maternidade de substituição, punindo os seus actores.

Na maternidade de substituição com carácter comercial, não temos apenas duas partes envolvidas no processo; na maior parte das vezes, existem entidades/pessoas externas à relação que se “imiscuem” na relação. São os casos dos intermediários ou angariadores; estes têm um papel de regular a relação entre as partes contraentes, estabelecer as regras/normas inseridas no contrato e verificar se ambas as partes cumprem o estipulado. Podem ser agentes/pessoas singulares ou agentes/pessoas colectivas como agências/clínicas especializadas na matéria. Além destas funções, podem ainda exercer diversas actividades como a escolha de locais/clínicas onde todo o processo vai decorrer; escolha dos profissionais de saúde que vão mediar o processo e até pode escolher a Mãe geradora.

Esta prática comercial através de angariadores/intermediários, podem fazer subir significativamente o custo financeiro de todo o processo, na medida que, o trabalho realizado por esta figura pode ser bastante complicado. Não é tarefa fácil angariar uma mulher que queira gerar uma criança, sustentar um processo demorado como uma gravidez e posteriormente, entregar a criança a um outro casal.

Contudo, se o ordenamento jurídico em causa proibir expressamente a celebração de contratos onerosos de maternidade de substituição, os agentes/angariadores podem ser punidos penalmente por esta prática ilegal. Acresce ainda que, a nossa Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho), no seu artigo 39º, nº 2 diz que “quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.”.

Existem ainda algumas doutrinas/autores que defendem contratos de aluguer de úteros ou mesmo um contrato de prestação de serviços na maternidade de substituição comercial. Mas vejamos, a prática de tráfico de órgãos é proibida na maior parte dos ordenamentos jurídicos mundiais, como seria possível falarmos numa tese da existência de um mercado de bebés. O que está aqui em causa nesta denominação? O mercado de bebés é considerado como um conjunto de práticas/acções que se tomam neste mercado comercial da maternidade de substituição, como a disponibilidade das Mães que geram as crianças, dos agentes intermediários/angariadores e as próprias unidades de saúde/clínicas onde se realizam o processo; todos estes intervenientes e sua acção formam o chamado mercado de bebés, cujo nome é perfeitamente abominável

Voltando um pouco atrás, há quem defenda a existência de contratos de aluguer de úteros, contudo apenas possível na maternidade de substituição gestacional, na medida que, a Mãe não cede só o seu útero mas sim o seu material genético. Outra corrente fala em contrato de prestação de serviços, dividindo de um lado, o serviço de gerar a criança e entregar a mesma após o nascimento e do outro lado, o pagamento do serviço prestado. Parece-nos que esta é uma matéria muito sensível porque estamos a falar da vida de uma criança e estamos a medi-las e avalia-las consoante a sua fisionomia, valência ou dimensão, sendo totalmente desajustado e condenável a avaliação no seio este paradigma de mercado de bebés.

Ainda na vertente comercial da maternidade de substituição, VERA LUCIA RAPOSO<sup>18</sup> fala-nos numa profissão exercida pelas Mães geradoras da criança: produtoras de bebés. Considera a autora que, temos de dividir as mulheres em dois paradigmas distintos: de um lado, temos aquelas que se submetem à gravidez e levam a

---

<sup>18</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 39

cabo a mesma, entregando a criança a outrém aquando do seu nascimento; estamos a falar, na maior parte das vezes, em mulheres de estratos sociais baixos, pouca escolaridade, com dificuldades na vida e que vêem neste mecanismo uma forma “fácil” de ganhar algum dinheiro.<sup>19</sup> Do lado contrário, são mulheres que não querem ou não podem ter filhos de forma natural e que vêem nesta prática, uma forma de obterem a tão desejada criança.

### **3.4. Contrato Formal ou Informal**

Nesta distinção, temos que considerar a forma do contrato sobre o qual a maternidade de substituição se manifesta. A principal distinção reside no facto da existência ou não de um contrato reduzido a escrito.

Assim, estamos perante a maternidade de substituição sob a forma de contrato formal, quando existe a celebração de um acordo reduzido a escrito que contenha as normas exigidas pela lei, incluindo o regime geral dos contratos. O contrato celebrado obriga as partes a certos direitos e obrigações que devem ser respeitados, nomeadamente para os contraentes: a Mãe de substituição e mulher/homem contraente.

Por outro lado, pode existir um acordo de maternidade de substituição, sem ser reduzida a escrito, através do qual as partes celebram apenas um acordo amigável e não um contrato.

A doutrina italiana através de MICHELE SESTA apresenta três formas distintas de maternidade de substituição: em primeiro lugar, a doação de ovócitos a favor de uma mulher que leva ao fim a gravidez, para ter um filho “próprio”; outra forma de maternidade de substituição defendida por esta doutrina é o caso em que o marido fecunda o ovócito de uma mulher que não a cónjuge, com a devida autorização desta, mulher que levará a gravidez até ao fim, comprometendo-se a entregar a criança ao casal no momento posterior ao seu nascimento; e por fim, o embrião formado *in vitro* com material genético do casal interessado e posteriormente implantado no útero de

---

<sup>19</sup> Muita das vezes o ordenamento jurídico onde residem (Países ou zonas subdesenvolvidas) com carências dos diversos quadrantes e a própria forma de vida, ambiente familiar e destruturação social levam a seguir este rumo à sua vida.



uma terceira mulher que se compromete a levar até ao fim a gravidez e a entregar a criança ao casal.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> SESTA – Michele - “*Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*”, in *Lanuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2000, p. 203, nota de rodapé n.º 1 apud COSTA, Marta e LIMA, Carolina Saraiva – *A Maternidade de Substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Lusiada, Lisboa, n.º 10, 2012, pp. 241

## Capítulo IV

### 4. Maternidade de Substituição nos Ordenamentos Jurídicos Estrangeiros

A maternidade de substituição é uma questão delicada e que tem sido discutida de forma constante pelos vários Países, não existindo uma regulamentação comum a todos eles. Existem diferentes variáveis, desde os Países que se encontram extremamente legislados e organizados na matéria, como temos também Países que não prevêm nenhuma lei sobre a gestação de outrém. Assim, existe autorização legal em alguns Países da Europa como a Grécia, Ucrânia ou Inglaterra, mas também em outros Países fora do contexto europeu, como são os casos dos ordenamentos jurídicos canadianos, indianos e israelitas que admite a existência desta prática.

A **Grécia** é o único País da União Europeia que tem uma legislação clara e específica para a maternidade de substituição. Neste ordenamento, existe uma regulamentação própria desde os direitos dos Pais aos direitos da parturiente. A Grécia permite a existência desta prática, mediante autorização judicial prévia. Como é feito este processo? A autorização judicial tem de ser realizada antes da prática, através de um acordo escrito e todo o processo tem de ser gratuito. O artigo 1458º do Código Civil Grego admite a existência de barrigas de aluguer, mais concretamente, permite que a mulher que tenha gerado uma criança para outra, possa transferir para a segunda a posição legal de Mãe.

Na **Inglaterra**, a questão deve ser analisada segundo dois prismas: a maternidade de substituição comercial e a altruística. No primeiro caso, é totalmente proibida e o cumprimento dos contratos envolventes não pode ser exigido judicialmente; enquanto na segunda, é legal, podendo existir apenas a retribuição financeira das despesas tidas com o tratamento e a gravidez.<sup>21</sup>

No ordenamento jurídico britânico, a maternidade de substituição é regulada pela seguinte legislação: Surrogacy Arrangement Act, de 1985<sup>22</sup> que foi posteriormente alterada pelo Human Fertilisation and Embryology Act, de 1990, juntamente com

---

<sup>21</sup> ALCANTARA, Marcelo de – *Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras*, pp. 100

<sup>22</sup> Este diploma proibia a existência de contratos que gerassem a maternidade de substituição, punindo apenas o angariador do contrato, mas ilibava a mãe e os seus contraentes. Os contratos validamente constituídos eram legais e ilegais, aqueles que contrariavam a vontade das partes.

diversos pareceres de um organismo público, Human Fertilisation and Embryology Authority.

Como era possível então, neste ordenamento, a existência de maternidade de substituição? Seria necessário uma conjugação rigorosa de factores para a sua validade e aceitação. Assim, era obrigatório ser gratuita; as mulheres não podiam ter filhos de outra forma; a criança tinha de ter sido gerada por gâmetas fornecidos pelos contraentes, e a Mãe de substituição consentir a entrega da criança.

No ordenamento jurídico do **Canadá**, a maternidade de substituição é permitida através da Lei Bil C-13, mais concretamente, Assisted Human Reproductiv Act, de 2004. A regulamentação canadiana permitia a existência deste tipo de contratos desde que os mesmos tivessem um carácter gratuito e a idade mínima para ser Mãe de substituição seria de vinte e um.

Em **Israel**, é permitida esta prática desde 1996, mas exige-se um procedimento gratuito. Num País com um contexto religioso e extremamente rígido no aspecto jurídico, entende-se que a maternidade de substituição é admitida devido às leis conceberem a procriação como um dever religioso e uma obrigação patriótica.<sup>23</sup> Para se começar todo o processo desta prática, é necessário a aprovação de um comité especializado; posteriormente, tem de ser encontrada uma Mãe de substituição que tem de ter dois requisitos: não ser casada e já tenha tido filhos. Seguidamente, e após o parto da criança, a Mãe de substituição tem sete dias para ir ao tribunal romper o contrato celebrado para ficar com a criança. Caso não efectue esse procedimento, o casal contraente fica legalmente habilitado como Pai/Mãe da criança.

Na **Índia**, é permitida a maternidade de substituição, mesmo que seja onerosa e pese embora, não exista qualquer tipo de regulamentação própria. Existe apenas algumas directrizes do *Indian Council of Medical Research*. Muitos casais que têm dificuldades ou não conseguem engravidar, deslocam-se às várias clínicas existentes no País, pagando para obter a “tão desejada criança”. A aceitação do carácter oneroso da maternidade de substituição existe desde 2002. Contudo, existem algumas premissas que têm de ser cumpridas: os casais têm de ser constituídos por homem e mulher e que sejam casados há pelo menos dois anos.

---

<sup>23</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit. pp. 107-108

Nos **Países Baixos**, a prática é admitida mas não está prevista em nenhuma lei. Pese embora, as normas indicarem para a proibição da mesma, a verdade é que existem diversos centros que a realizam e nunca foram sancionados.

Também o **ordenamento jurídico cipriota**, admite a existência de maternidade de substituição na falta de expressa proibição legal. A **Tailândia**, mesmo não tendo legislação própria sobre a matéria, admite a prática desde que a mesma não tenha um carácter lucrativo/oneroso. A **Holanda** e a **Dinamarca** também admitem a maternidade de substituição, embora proíbam totalmente acordos comerciais para a atingir esta prática. A Holanda penaliza os infractores nos termos dos artigos 151b e 151c do seu Código Penal.

Nos **Estados Unidos**, a legislação em vigor (*National Conference of Commissioners on Uniform Status Law*) aprovou uma nova lei: *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*. Em que consistia esta lei? A lei previa que cada estado norte-americano tinha o poder de optar pelo regime mais favorável em matéria de maternidade de substituição: atribuição da nulidade aos contratos celebrados para esta prática ou admissão da prática desde que preencham determinados requisitos. Os requisitos seriam os seguintes: celebração de um acordo livre e consentido de todos os intervenientes, aptidão das partes para o cumprimento do contrato e a capacidade do casal contraente para satisfazer as necessidades da criança.

Contudo, segundo o American College of Obstetrics and Gynecology ACOG, as mulheres que geram a criança é que devem ser consideradas as Mães legais.

Os Estados Norte-Americanos apresentam vários tipos de interpretações sobre a matéria da maternidade de substituição; existem alguns que não têm qualquer tipo de norma legislativa que permita avaliar a questão como são os casos de Alabama, Alaska, Colorado, Kansas, Mississipi, Georgia entre outros; outros Estados que proíbem expressamente a existência desta prática como Flórida, Nevada, Texas<sup>24</sup> e Virginia; Estados como Ohio, Arizona, South Carolina ou Missouri que apresentam uma lei muito pouco transparente e que põe em causa a possibilidade de gestação por outrém e por fim, Estados que permitem a celebração de contratos de gestação quer por casais

---

<sup>24</sup> O Estado do Texas encontra uma legislação muito própria sobre a prática; de acordo com a sua lei, através de acordos próprios, os dadores não são considerados como Pais legais da criança gerada. O acordo deve ser reduzido a escrito, assinado por todas as partes envolvidas no prazo de 14 dias antes da transferência do embrião para o útero da mãe de substituição e todo o processo deve ser previamente aprovado pelo Tribunal.

quer por pessoas singulares, como são os casos de New Jersey, Washington e Massachusetts.

Contudo, a maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus e mundiais tem vindo a rejeitar a prática da maternidade de substituição por diversos motivos.

Na **direito Alemão**, a primeira manifestação legal da maternidade de substituição ocorreu em 1989 com a entrada em vigor de uma lei relativa à adopção (*Adoptionsvermittlungsgesetz*), que proibia expressamente a angariação de Mães de substituição (artigo 13º da referida lei).<sup>25</sup>

Actualmente, a prática encontra-se proibida através do artigo 7º da secção 1, da *Embryonenschutzgesetz* (Lei de Protecção de Embriões, de 1990), sendo que a sua prática é alvo de responsabilidade penal.<sup>26</sup> Esta responsabilidade penal apenas abrange o profissional da medicina (neste caso, o médico que a realize), absolvendo nestas situações, a Mãe de substituição e os Pais contraentes.<sup>27</sup>

No **ordenamento jurídico italiano**, a prática é expressamente proibida por lei desde 2004, através da Lei nº 40, de 19 de Fevereiro de 2004.<sup>28</sup> A referida lei proibia estritamente a maternidade de substituição, criminalizando o congelamento e destruição de embriões; restringia a três os embriões a transferir para o útero materno e impedia práticas como a inseminação heteróloga.<sup>29</sup> Importante ressaltar nesta que em Itália e com a entrada em vigor da referida Lei nº 40, a prática de maternidade de substituição (gratuita ou onerosa) era considerada como um crime – artigo 12º, nº 6. A gestação de substituição pode gerar uma multa entre 600.000,00 € a 1.000.000,00 €.

Em **Espanha**, a Lei 35/1988, de 22 de Novembro (legislação que regula as técnicas de procriação assistida) é omissa quanto à questão, não existindo qualquer tipo de proibição legal. Devido a essa lacuna na lei, a Comissão Especial Parlamentária para o Estudo da Reprodução Artificial vem expressar a sua posição, alegando que a prática

---

<sup>25</sup> Antes da entrada em vigor desta lei, os tribunais alemães já tinham deliberado sobre a matéria, rejeitando a execução de contratos que tinham em vista esta prática, nos anos de 1985/1986.

<sup>26</sup> Nesta norma, nenhum médico pode fazer uma inseminação artificial ou doação de embrião quando a mulher que dá à luz a criança, pretende entregar a outra(os), renunciando assim aos seus direitos enquanto mãe da criança.

<sup>27</sup> A Lei de Protecção de Embriões pune como crime aquele que “proceder à fecundação artificial em mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento, podendo a pena ser desde multa até prisão por três anos.

<sup>28</sup> Antes de 2004, não existia regulamentação própria sobre esta matéria, contudo o Código Deontológico dos Médicos já a proibia no artigo 42º a) da Ordem dos Médicos Italiana.

<sup>29</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 103

da maternidade de substituição é expressamente proibida e contratos aderentes à mesma, são considerados nulos, na conjugação dos artigos 10º, nº 2 da lei acima referenciada, com o artigo 39º, nº 2 da Constituição Espanhola e o artigo 110º do Código Civil.

O ordenamento jurídico espanhol, na ausência de legislação própria sobre a matéria, procurou juntar a norma de um diploma específico sobre procriação assistida, com o seu Código Civil e a lei reguladora mais importante, a sua Constituição. Não é admitido o estatuto de Mãe à pessoa que contrata. A realização desta prática pode culminar numa multa entre 10.000,00 € a 1.000.000,00 €.

Na **Bélgica**, a maternidade de substituição não tem uma tutela legal proibitiva, contudo a celebração de contrato entre a mulher que aceita ser barriga de aluguer e as pessoas que querem ser reconhecidas como Pais da criança não são válidos. A legislação apenas permite que a pessoa que gere a criança seja registada como Mãe na certidão de nascimento. Assim, a única forma possível de contacto com a criança é através do regime da adopção.

Em **França**, existe uma proibição total desta prática, regulada desde 1994, através da Lei 94-653, de 29 Julho 1994.<sup>30 31</sup> Mesmo assim, a lei não proíbe de forma expressa a possibilidade dos beneficiários realizarem o tratamento fora do ordenamento jurídico Francês e posteriormente, estabeleçam a filiação com a criança.<sup>32</sup> Nestas situações, tem sido prática comum pelas decisões dos órgãos jurisdicionais franceses a anulação do acto, por violação das leis que regem a adopção e aquele que gere o processo pode ser criminalmente responsabilizado.<sup>33</sup>

Nos tempos mais recentes, o ordenamento jurídico Francês tem sido objecto de uma discussão intensa sobre a matéria.

Por um lado, a maternidade de substituição tem sido defendida por um conjunto de personalidades com uma mentalidade progressista e de esquerda, que vêem a prática como uma evolução no sector da bioética. No campo oposto, um outro conjunto de personalidades que defende uma posição mais extremista sobre a matéria; a maternidade de substituição envolve riscos físicos e psicológicos para a Mãe da criança e é condenável do ponto de vista de alienação, coisificação da pessoa e da sua capacidade

---

<sup>30</sup> Contudo, já no ano de 1991, mais concretamente a 31 de Maio, a Corte de Cessação proferiu uma decisão de proibição da maternidade de substituição.

<sup>31</sup> Mais concretamente o artigo 16-7 da referida lei.

<sup>32</sup> ALCANTARA, Marcelo de – *Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras*, pp. 101

<sup>33</sup> Nem sempre a decisão foi neste sentido, isto é, um caso que ocorreu na Câmara Cível de Paris, em 15 de Junho de 1990, que admitiu um contrato de gestação por outrém em França. Também durante o ano de 2011, a Corte de Cassação julgou três casos de maternidade de substituição.

intrínseca da sua função reprodutiva. A mulher assim é considerada como alvo/objecto duma mercantilização do seu corpo, sendo esta totalmente proibida em França, nos termos do artigo 16º, nº 1 do seu Código Civil.

Os autores mais cépticos ainda equiparam esta prática à escravatura e consideram ainda que afecta a dignidade da própria pessoa.<sup>34</sup>

No **Japão**, não existe nenhuma lei específica sobre a matéria da maternidade de substituição, contudo a Sociedade Japonesa de Obstetrícia e Ginecologia (JSOG) proíbe a sua prática através da Resolução de Abril de 2003. Esta resolução não tem força de lei, logo não existe um impedimento legal para a prática deste tratamento no Japão.

No que toca à relevância prática neste País, o que vemos é um cumprimento quase integral da resolução e a quase totalidade dos médicos Japoneses a segue.<sup>35</sup> Contudo, neste País asiático surgiram dois casos mediáticos de maternidade de substituição: um casal de japoneses que contrataram uma mulher de origem indiana para gerar um embrião formado pelo esperma do beneficiário e um óvulo doado e um casal de famosos artistas de nacionalidade japonesa que contratou uma mulher norte-americana para gerar um embrião formado pelos gâmetas dos beneficiários.<sup>36</sup>

Também na **República Popular da China**, a partir de 2001, ficou estritamente proibida essa prática e em **Singapura**, existe uma proibição total da maternidade de substituição, que contudo, tem sido alvo de diversas propostas e debates para a alteração do paradigma.

Países como a **Noruega, Suécia, Finlândia e Áustria** também proíbem esta prática, sendo que na Finlândia não é permitido a doação temporária de útero por meio de acordo não publicado entre o Ministério da Justiça e o Ministério de Assuntos Sociais e de Saúde. Na **Suíça**, a Lei de Medicina Reprodutiva do ano de 1998 proíbe expressamente esta prática.

Na **Austrália**, encontramos já diversos Estados que regulam sobre a matéria<sup>37</sup>, contudo destacam um paradigma fundamental nesta matéria: maternidade de

---

<sup>34</sup> Sobre este tema, ver PATTO, Pedro Vaz – *Maternidade de Substituição – um retrocesso social*, em [www.federacao-vida.com.pt](http://www.federacao-vida.com.pt), pp. 2

<sup>35</sup> Apenas existe uma clínica no Japão que aceita abertamente esta questão e admite o tratamento da maternidade de substituição altruística (Suwa Maternity Clinic, em Nagano).

<sup>36</sup> ALCANTARA, Marcelo de – *Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras*, cit., pp. 102

<sup>37</sup> São eles: Victória, Queensland, Australian Capital Territory, South Australia e Tasmania.

substituição gratuita vs maternidade de substituição onerosa/comercial, sendo que esta última é punida inclusive penalmente.<sup>38</sup>

Outro caso a analisar é a **Argentina** que não dispõe de regulamentação sobre a prática da maternidade de substituição. Esteve em curso um projecto de lei no parlamento argentino que previa a realização da gestação de substituição com autorização prévia do juiz. O juiz procurava atestar de que todo o processo ocorria dentro da normalidade, ao solicitar atestados médicos e psicológicos que provassem a boa saúde da pessoa que ia gerar a criança e que da sua parte, existia um total interesse e consentimento para posteriormente, dar a criança aos Pais contraentes.

Por fim, a **Rússia** permite a prática, sendo que a certidão de nascimento é expedida para os Pais biológicos até 72 horas depois do nascimento da criança, nos termos do Código de Família Russo. Nos casos em que os Pais são solteiros, devem formalizar um pedido de reconhecimento de paternidade junto de uma entidade, Departamento de Registo Natal.

Quando falamos na maternidade de substituição, não obtemos um paradigma a nível mundial que nos permita dizer todos os Países adoptem medidas universais ou comuns a todos eles; as tramitações, legislações e usos variam consoante o País, não existindo uma política comum global sobre esta prática.

Fala-se muito na criação de uma futura convenção internacional sobre a maternidade de substituição. Embora seja algo bastante interessante e justificado, o certo é que a busca de uma posição de unanimidade sobre a prática é apenas uma miragem. Começando logo, na problemática da procura, isto é, as pessoas que buscam outro País para a prática, apenas o fazem porque o seu País tem leis proibitivas. Posteriormente, há que superar problemas legais no que toca aos vários ordenamentos jurídicos em que a prática se encontra proibida/permitida; também a existência de regras/normas/usos éticos e morais que estão presentes na génese da prática e as mesmas regras no seio dos ordenamentos jurídicos.

É com alguma estranheza que organismos europeus ou mundiais, que são bastante rigorosos em certas matérias, não proíbem ou restringem a prática da maternidade de substituição. Contudo, um organismo de tutela europeu (Conselho da

---

<sup>38</sup> Neste País, o Conselho de Saúde Nacional e Pesquisa Médica, em 1992, considera que esta prática é eticamente inaceitável do ponto de vista comercial.



Europa) emitiu uma recomendação (Proposta de Recomendação de 3 de Março de 2003) que alerta dos perigos desta prática, mas não a proíbe expressamente.

Temos também a publicação de um relatório da Conferência de Haia de Direito Internacional em 2011 que traçava as linhas gerais do tema e como o mesmo estava a ser aplicado nos ordenamentos jurídicos.

Para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a questão também suscita dúvidas e não há uma harmonização global nas decisões. Em duas decisões judiciais de Junho de 2014, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconheceu explicitamente que um Estado tem o direito de proibir a gestação de substituição no seu próprio País, deixando assim, para o País em causa, a decisão de proibição ou de admissão da prática.

#### **4.1. A questão do Turismo Reprodutivo**

Uma das questões fundamentais em sede de maternidade de substituição é o “turismo reprodutivo”, isto é, uma modalidade de turismo médico, em que as pessoas interessadas se deslocam para um País estrangeiro para obter informações, realizar operações ou mesmo utilizar mecanismos de procriação assistida, entre eles, a maternidade de substituição.

Para SUSANA COSTA NETO, consiste em “o movimento de pessoas para outro estado ou jurisdição, de modo a obter determinado tipo de assistência médica reprodutiva, à qual não podem aceder no seu País de origem.”<sup>39</sup>

Quais os fundamentos que levam as pessoas a deslocar-se para outros Países em busca deste tipo de “turismo”? Levantam-se desde logo, várias questões que justificam a decisão destas pessoas; a proibição destas práticas ou destes tratamentos no País de origem das pessoas interessadas; não existência de tratamento especializado no País de origem; listas de espera demasiado longas; custos dos tratamentos mais baratos do que no País de origem<sup>40</sup>; a maior facilidade de acessos a determinadas categorias de orientação sexual das pessoas (como por exemplo, os homossexuais), entre outras.

---

<sup>39</sup> NETO, SUSANA COSTA - *Um exemplo de turismo médico: a maternidade de substituição além-fronteiras*, cit, pp. 19 e ss.

<sup>40</sup> Os Países receptores deste tipo de tratamentos conseguem profissionais com um índice de remuneração mais baixo do que os Países mais desenvolvidos devido ao baixo índice de custo de vida e de mão-de-obra barata. Devido ao facto dos profissionais terem um custo monetário inferior ao expectável, leva a que existam preços mais competitivos e o acesso a estas técnicas seja mais fácil. A verificação deste facto leva a que o investimento nestes Países esteja em crescendo, atraindo cada vez mais investidores a optarem por abrir clínicas especializadas.

Determinados Países cada vez mais adoptam medidas e orientações de promoção e desenvolvimento deste tipo de turismo, apostando em matéria humana especializada/qualificada, instalações apropriadas, preços competitivos e outras medidas de incentivo não só ao turismo reprodutivo, mas também ao restante turismo. Os interessados vão ponderar em todas estas determinantes na altura de escolher o local onde vão exercer o seu turismo médico, optando na maior parte dos casos, naqueles que oferecem boas condições a baixos preços.

O “turismo reprodutivo” está bastante relacionado com as políticas legais dos Países que recebem este tipo de práticas. Aliás, esta é uma das preocupações permanentes dos interessados, na medida que, por vezes, são Países pouco desenvolvidos e a situação política/legal inquieta-os. Alguns Países não possuem legislações sobre a matéria, realizando técnicas de procriação medicamente assistida de forma ilegal, enquanto que, outros possuem estas matérias devidamente legalizadas e institucionalizadas na sociedade.

No domínio da maternidade de substituição, podemos incluir a Índia<sup>41</sup>, Cuba, Brasil, Tailândia e alguns estados dos Estados Unidos da América como destinos mais “apetecíveis” para esta prática. Tais Estados, recebem os seus pacientes em clínicas especializadas nos mais diversos ramos da medicina, oferecendo a preços competitivos diversos tratamentos.

Todos os anos há vários casais portugueses que viajam para os Estados Unidos da América, com o objectivo de recorrer a clínicas especializadas nas técnicas de maternidade de substituição. Uma das clínicas mais famosas é a Clínica B Coming – Alternatives to Infertility, sita na Califórnia. Em média, são dez, os casais portugueses que recorrem a esta clínica. Rosa Balcazar diz que “os portugueses, tal como muitas pessoas de todo o mundo, vêm com uma grande ansiedade e um grande desejo de concretizar o sonho de ser Pais.”. As clínicas norte-americanas especializadas nesta matéria oferecem uma vasta gama de produtos e publicidade sobre a maternidade de substituição, incluindo a publicitação das Mães de substituição e informação específica sobre elas no próprio site da clinica. Com toda essa informação disponível e de fácil acesso, o recurso a este método começa a ser cada vez mais periódico e regular. Em

---

<sup>41</sup> Desde 2002, ano em que a maternidade de substituição foi legalizada na Índia, que esta é praticada em 350 clínicas espalhadas por todo o País, rendendo perto de 350 mil milhões de euros, por ano. Cenário este, que esta relacionado não só com os preços praticados, mas também com o facto de todo o processo ser pouco controlado e relativamente seguro. ([www.folhadeportugal.pt/turismo-reprodutivo-indianas-sao-as-mais-procuradas/](http://www.folhadeportugal.pt/turismo-reprodutivo-indianas-sao-as-mais-procuradas/))

2006, um processo completo de maternidade de substituição poderia custar em média cerca de 67 mil euros, que inclui o pagamento da Mãe de substituição, as taxas legais, as taxas da clínica, medicação, fertilização in vitro e as despesas da viagem. Um estudo realizado nos EUA prevêem que a maior parte das Mães de substituição têm entre 25 e 35 anos e já possui um filho (aliás, estes são alguns dos requisitos exigíveis por algumas clínicas no País); e as suas motivações são as mais variáveis, desde logo a questão monetária mas também a possibilidade de ajudarem as pessoas contraentes na obtenção do tão desejado filho. Todo o processo é demoroso e longo, desde o momento da realização de determinados exames, pela celebração do contrato, até às condições de escolha e de condições da Mãe de substituição.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> in [www.dn.pt](http://www.dn.pt)

## Capítulo V

### 5. Regulação Legislativa da Maternidade de Substituição no Ordenamento Jurídico Português

#### 5.1. Antecedentes da Lei nº 32/2006

Parece-nos incrível mas Portugal não apresenta na sua legislação qualquer lei que nos permita dizer se a maternidade de substituição é proibida ou admitida. Contudo, ao analisarmos todas as propostas/projectos de lei apresentados, vemos que a unanimidade destas, tendem para a proibição da prática, seja ela onerosa ou gratuita, sendo considerados todos os contratos a este título, nulos.

Já em 1945, o Prémio Nobel da Medicina, Professor Egas Moniz, defendia a possibilidade das mulheres solteiras terem acesso à fecundação artificial.

A primeira manifestação da maternidade de substituição no nosso ordenamento jurídico advém do Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de Setembro relativamente a uma tentativa de resolver as questões relacionadas com o recurso a técnicas médicas para a procriação assistida. Contudo, este diploma em nada ajudou a esclarecer as questões pendentes e suscitadas à época. Mais tarde, surgiu uma nova Lei nº 12/93, de 22 de Abril sobre a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana que mais uma vez se revelou num fracasso. O Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida foi publicando ao longo dos anos diversos relatórios e pareceres sobre a reprodução medicamente assistida.<sup>43</sup>

O Governo Socialista apresentou uma proposta de lei na Assembleia da República (Proposta de Lei 135/VII) que fora aprovada para passar a constar do Decreto-Lei 415/VII que definia claramente vários aspectos no seu art. 6º: a recusa da prática, a noção de maternidade de substituição; a consequência da nulidade dos contratos efectuados e os efeitos legais das partes processuais do contrato – neste caso, no seu artigo 30º previa a punição como crime, punível com pena de prisão até três anos para quem a promovesse.<sup>44</sup> Esta proposta foi aceite, contudo o Presidente da República vetou-a no exercício dos seus direitos.

---

<sup>43</sup> Pareceres nº 3/CNEV/93, 23/CNEV/97, 15/CNEV/95, 21/CNEV/97, 31/CNEV/2000

<sup>44</sup> Redacção do artigo 6º da Proposta de Lei nº 135/VII intitulada como mãe de substituição:

1. É proibido o recurso à maternidade de substituição.

Mais tarde, o mesmo Partido Socialista tentou regular a matéria através do Projecto de Lei nº 90/IX, que expressava os mesmos efeitos da proposta anterior, mantendo a redacção dos artigos 6º e 30º, no que toca à proibição da maternidade de substituição e os efeitos da sua prática.<sup>45</sup> Era indiscutivelmente necessário a regulação da promoção da maternidade de substituição e o artigo 30º desta proposta veio determinar a proibição de determinadas práticas como a angariação de pessoas por exemplo, punindo-a como prática de um crime, com a sanção de pena de prisão. Com a introdução desta redacção, a promoção era proibida, através de qualquer meio, seja ele convite directo, a angariação por determinada pessoa ou até com um anúncio público.

Contudo, o Partido Bloco de Esquerda apresentou uma proposta completamente revolucionária (Projecto de Lei nº 371/IX), admitindo a possibilidade da maternidade de substituição, nos termos do art. 14º do supramencionado projecto.<sup>46</sup> Para que tal se verificasse era necessário vários requisitos:

- a) Autorização prévia do Conselho Nacional para a procriação medicamente assistida;
- b) A mulher contraente não poderia ter filhos de forma natural ou em alternativa fosse uma mulher incapaz fisicamente de levar uma gravidez até ao fim ou uma mulher com uma doença ou razões médicas plausíveis que não a permitissem ter uma gravidez;
- c) Não existir pagamento (seja a que título for) para a Mãe de substituição, sob pena de praticar um ilícito criminal;

No ano de 1997, através da introdução da Lei 1/97, de 20 de Setembro, foi promovida a seguinte redacção no texto constitucional: “incumbe, designadamente ao Estado, para protecção da família, regulamentar a procriação assistida, em termos que

---

2. Para efeitos do número anterior, entende-se por maternidade de substituição 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.

3. São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

4. A mulher que suportar uma gravidez em substituição é havida para todos os efeitos legais como a mãe da criança.

<sup>45</sup> A redacção do artigo 6º mantém-se inalterada em relação à proposta anterior (nº 135/VII) apresentada pelo Governo; introduz apenas uma alteração em relação ao antigo artigo 30º que passou a 27º, introduzindo um ponto 2 com o seguinte texto: “o disposto no número anterior não obsta à admissibilidade, em processo preliminar de publicações, da prova de maternidade para efeitos das alíneas a) e b) do artigo 1602º do Código Civil.

<sup>46</sup> Esta proposta previa a criação do Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), especificando no artigo 16º quais as suas principais funções e sua composição. Também destaque para o artigo 19º, em que prevê as penalizações para a utilização da maternidade de substituição sem o consentimento dos beneficiários e praticada fora dos estabelecimentos autorizados para o efeito.

salvaguardem a dignidade da pessoa humana” (Constituição da República Portuguesa – artigo 67º, nº 2 alínea e).

Na medida que não temos qualquer tipo de orientação legislativa sobre a matéria, resta-nos olhar para as normas gerais que temos na nossa lei.

No Código Civil, diz-nos o art. 280º que todos os negócios contrários à ordem pública, são considerados nulos; ora, quando falamos na maternidade de substituição, principalmente à que pressupõe uma onerosidade, levanta questões ético-morais relevantes no sentido de violação de normas relativas à dignidade da pessoa humana seja ela, a Mãe de substituição ou sobre a criança gerada.

PAMPLONA CORTE REAL considera que o contrato de gestação a título gratuito não deixa de ser sempre nulo, nos termos do artigo 280º, nº 1 do Código Civil, mas por violar princípios de ordem pública em matéria de Direito de Personalidade, uma vez que esse contrato impõem a uma das partes que ela suporte uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição de mulher.<sup>47</sup>

FRANCISCO AGUILAR entende que a exclusão da contrapartida económica para a Mãe substituta leva muitos autores a defenderem a validade do contrato nos casos em que a Mãe receptora é também a Mãe genética, por não haver colisão com aquele que seria o critério de estabelecimento da filiação.<sup>48</sup>

Também o art. 168º, nº 3 do mesmo diploma impede a impugnação de paternidade, com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.

No Direito Penal, também temos de analisar as questões levantadas com o tráfico de crianças e a sua criminalização. A transacção de uma criança é uma matéria deveras delicada que pode levar a entrar numa esfera de crime com uma moldura penal elevada; ao considerarmos a maternidade de substituição, como uma forma de transacção ou tráfico de crianças, estamos a criminaliza-la severamente. Os art. 158º e 214º do Código Penal de 1982 (actualmente artigos 156º e 158º do Código Penal) que considera crime sexual, punível com pena de prisão de 1 a 8 anos, a prática de acto de procriação artificial em mulher sem o seu consentimento.

---

<sup>47</sup> CORTE REAL, Pamplona – *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*, Estudos de Direito de Bioética – Vol. I, Almedina, 2005, pp. 358

<sup>48</sup> AGUILAR, Francisco – *O princípio da dignidade da pessoa humana*, pp.682 apud PINHEIRO, Jorge Duarte – *Procriação Medicamente Assistida*, pp. 25

ANABELA RODRIGUES defende uma opinião que vai no sentido da restrição da liberdade pessoal da mulher, entendendo esta posição do Código Penal como uma restrição negativa feita à mulher ou seja o facto de não querer ter filhos.<sup>49</sup>

Temos ainda o art. 8º, nº 2 da Lei nº 3/84, de 24 de Março, diploma que regulava a educação sexual e o planeamento familiar, impondo ao Estado a obrigatoriedade deste providenciar o aprofundamento do estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimimento da esterilidade.

Ainda relativamente ao direito da família, é necessário analisar a questão perante as relações familiares entre os envolvidos. As relações familiares estão na indisponibilidade das partes, o que faz com que não seja possível fazer destas, a realização de um contrato. Nestes termos, a prática da maternidade de substituição seria sempre proibida.

Assim, a invocação do superior interesse da criança seria também um tema difícil de analisar. Será que o recurso à maternidade de substituição iria prejudicar ou beneficiar a vida da criança gerada? É uma questão que divide a doutrina, havendo quem entenda que a maternidade de substituição visa apenas a realização do desejo de ter um filho pelo casal contraente, não interessando qualquer tipo de bem-estar da Mãe substituta ou da criança que nasce, enquanto que do lado contrário, entende-se que a criança pode ter uma vida melhor, com carinho e amor dado pelos Pais contraentes que poderia não ter com a sua Mãe biológica.

A promulgação da actual lei foi tudo menos pacífica na medida que, existiu um pedido de referendo feito por um conjunto de cidadãos portugueses; houve também um pedido de fiscalização sucessiva apreciado pelo Tribunal Constitucional, com uma declaração de voto vencido até às dúvidas do Presidente da República aquando da promulgação da lei.<sup>50</sup>

## **5.2. Lei 32/2006, de 26 de Julho**

Apenas em 2006, com a introdução da Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, a legislação portuguesa teve regulamentada a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.<sup>51 52</sup>

---

<sup>49</sup> RODRIGUES, Anabela apud VALE E REIS, Rafael – *Responsabilidade penal*, cit, pp. 72

<sup>50</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 101/2009. DR 64 II SÉRIE de 1 de Abril de 2009

<sup>51</sup> Este diploma, por sua vez, veio a ser alterado pela Lei nº 59/2007 de 4 de Setembro relevante a nível das contra-ordenações e, regulamentada pelo Decreto Regulamentar número 5/2008 de 11 de Fevereiro. O

A Lei da PMA aplica-se às seguintes técnicas de procriação medicamente assistida: a) Inseminação artificial; Fertilização in vitro; Injecção intracitoplasmática de espermatozóides; Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; Diagnóstico genético pré-implantação; Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionárias equivalentes ou subsidiárias.

Em termos gerais, este diploma veio regular o conjunto de técnicas que podem ser utilizadas, quais os seus beneficiários, em que consistem tais técnicas, quais as proibidas e por fim, a sanção aplicada aos infractores.

Quem são os **beneficiários** das técnicas de procriação medicamente assistida? A própria lei determina quem são: “pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas ou bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer às técnicas de PMA.”<sup>53</sup> Esta classificação aparece de forma concreta e taxativa, afastando assim, todas as pessoas solteiras, sejam estas heterossexuais ou homossexuais mas também as pessoas do mesmo sexo que estejam unidas de facto.

No momento da introdução desta lei (2006), não existia a possibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo, algo que só veio a ocorrer em 2010, através da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio. Ficaria aqui uma dúvida legítima de saber se as pessoas casadas do mesmo sexo, poderiam ou não ser beneficiários desta prática.

Contudo, rapidamente o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, em 18 de Junho de 2010, veio esclarecer, informando que estas técnicas estão vedadas às pessoas casadas com outras do mesmo sexo.<sup>54</sup>

JOSÉ MIGUEL GUIMARÃES veio afirmar numa publicação escrita por si, justificou as principais razões que se pretendem para a rejeição das técnicas PMA aos casais homossexuais; para o autor, as razões religiosas, motivos ético-morais, a

---

referido Decreto Regulamentar ainda veio a ser alterado pelo Decreto Regulamentar número 1/2010 de 26 de Abril, também este relevante em termos de aspectos clínicos.

<sup>52</sup> A Lei nº 32/2006, de 26 de Julho foi influenciada pelo art. 3º, nº 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no que diz respeito aos beneficiários destas práticas e na proibição de determinadas práticas eugénicas.

<sup>53</sup> Art. 6º da Lei 32/2006, de 26 de Julho

<sup>54</sup> Contrariamente à posição do legislador português, o ordenamento jurídico espanhol, na Lei 14/2006, de 26 de Maio era muito mais permissivo e abrangente nos beneficiários deste instituto. Assim, poderiam recorrer a esta técnica, todas as mulheres, maiores de idade, que tenham plena capacidade de exercício. O ordenamento jurídico italiano apresenta-se mais parecido com o legislador português, admitindo apenas o recurso a estas técnicas aos cônjuges e os conviventes *more uxório* homossexuais, desde que maiores de idade.



aplicação desta norma legal emitida pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e uma questão de legitimidade médica são os principais motivos para esta rejeição.<sup>55</sup> Segundo o autor, todas estas motivações afastam a possibilidade dos casais homossexuais de poderem adoptar técnicas de PMA.

Ainda há uma outra questão a esclarecer sobre esta matéria. Será que ao restringirmos o grupo de pessoas abrangidas pelas técnicas de procriação medicamente assistida, o nosso legislador não estaria a fazer uma discriminação injusta e desadequada, proibida pelo princípio da igualdade e de constituir família? O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida considera que existem pessoas que não preenchem os requisitos exigíveis relacionados com a infertilidade ou doença, tendo apenas um interesse pessoal no sentido de ter um filho.<sup>56</sup>

Dentro dos beneficiários destas técnicas, temos de apurar uma questão que tem dividido a nossa doutrina. Será que esta limitação relativa aos beneficiários, não viola o direito constitucional de procriar?

PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA entendem que o nosso legislador consagra o direito de procriar através do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, nos termos do artigo 36º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa.<sup>57 58</sup>

Para GUILHERME DE OLIVEIRA, a norma não vedava a possibilidade de outros indivíduos utilizarem os “meios cientificamente comprovados” (técnicas de PMA) para a procriação.<sup>59</sup>

Para SUSANA COSTA NETO, “a legitimidade para aceder à maternidade de substituição deve ser concedida a todas as pessoas, desde o mais comum, designadamente a um casal heterossexual, como a casais homossexuais femininos e masculinos, assim como a mulheres ou homens solteiros, que pretendam ter um filho, e que de outra forma tal não seria possível.”. No entanto, para tal vir a acontecer, têm de haver a mudança de mentalidades que já se iniciou entre nós, através do direito ao

---

<sup>55</sup> GUIMARÃES, José Miguel – As dificuldades do acesso de casais homossexuais à Procriação Medicamente Assistida, *Direito à Saúde e Bioética*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pp. 5 e ss.

<sup>56</sup> Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida – Procriação medicamente assistida e gestação de substituição, Parecer nº 63 – 63/CNECV/2012, Março de 2012, pp.4

<sup>57</sup> COSTA, Marta e SILVA, Paula Martinho da – *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (E legislação complementar)*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, pp. 166

<sup>58</sup> No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 567

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Guilherme de – *Aspectos Jurídicos de Procriação Assistida*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, Vol. III, 1989, pp. 768

casamento entre pessoas do mesmo sexo (Lei nº 9/2010, de 31 de Maio). Na verdade, muitas crianças apenas crescem junto do progenitor masculino, e não é por isso que o bem-estar e o melhor interesse da criança são postos em causa.”<sup>60</sup>

VERA LÚCIA RAPOSO apresenta uma posição na qual subscrevemos por completo. Entende a autora que existe um direito a procriar e a constituir família, devendo existir um estabelecimento da filiação livre de obstáculos; as técnicas de procriação medicamente assistida não devem ser um problema jurídico para este livre exercício.<sup>61</sup>

Na nossa posição, a nossa Constituição apresenta um legítimo direito a procriar e ao estabelecimento da filiação; o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida não é mais do que um método ou um recurso alternativo para o alcançar de um fim: a obtenção do filho.

Em sentido contrário, PAMPLONA CORTE-REAL diz-nos que as práticas de procriação medicamente assistidas correspondem a um direito constitucional de procriar, não havendo qualquer justificação legal para impedir os casais do mesmo sexo, de não poderem ser beneficiários.<sup>62</sup>

Na nossa jurisprudência, o caso também já fora analisado, no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009, em que “não existem dúvidas que a Constituição reconhece o direito a ter filhos a que os pode gerar (art. 68º), não vemos que ela reconheça qualquer direito fundamental a quem só os possa obter através da doação a terceiros”.<sup>63</sup>

No sentido de restringir o recurso às técnicas de PMA, o nosso legislador enunciou um leque de beneficiários das mesmas, incluindo normas sancionatórias para quem não cumprisse tais indicações. Assim, penalizava não só as pessoas singulares não indicadas mas também as pessoas colectivas e equiparadas, através de aplicação de determinadas penas. Nestes termos, a violação da norma prevista no nº 1 do artigo 6º constitui uma contra-ordenação (punível através do artigo 44º, nº 2), enquanto que a violação da norma do nº 2 do artigo 6º, é punida como crime (artigo 35º) ou como contra-ordenação (artigo 44º, nº 2 alínea c)).

---

<sup>60</sup> NETO, SUSANA COSTA - *Um exemplo de turismo médico: a maternidade de substituição além-fronteiras*, Instituto Superior Bissaya Barreto, 2012, pp. 31 nota de rodapé nº 33

<sup>61</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Medicinæ*, Ano 2, nº 3, 2005, pp. 117

<sup>62</sup> CORTE-REAL, Pamplona – *Os efeitos familiares e sucessórios (P.M.A.)* in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Galvão Telles*, Vol I, cit, pp. 355-356

<sup>63</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009, de 3 de Março de 2009 in *Diário da República* nº 64, Série II, pp. 12452

A violação do disposto do n° 2 do artigo 6° remete-nos para o artigo 35° do mesmo diploma, criminalizando-a com pena de prisão de dois a oito anos para quem utilizar as técnicas de PMA e não respeite a idade limite prevista no artigo supramencionado. Esta norma protege todos aqueles que por si, não podem ou não conseguem ter capacidade de dar um consentimento livre e informado.

Considera-se que, nestes termos, preserva-se bens jurídicos protegidos, a dignidade da pessoa humana e a integridade física/psíquica das pessoas que não são capazes, menores, inabilitados e interditos. Nos termos da alínea c) do n° 1 do artigo 44°, a violação do artigo 6°, n° 1 e n° 2, é punida com uma coima.<sup>64</sup>

Nos termos **do art. 6°, n° 2 da Lei nº 32/2006, as técnicas apenas podem ser utilizadas por maiores de idade e não se encontra interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.** O nosso legislador estabelece a idade mínima que deve ter o beneficiário da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, não estipulando a idade máxima para tal. Existem várias posições na doutrina, defendendo em alguns casos a imposição de uma limitação máxima de idade enquanto que, outra corrente defende a inexistência de limitação de idade.<sup>65</sup>

Os defensores da limitação da idade entendiam que estavam em causa diversos preceitos essenciais como o bem-estar, dignidade humana, protecção da família e direito à saúde/desenvolvimento da criança e segundo estes conceitos, a partir de uma determinada idade, existe um sério risco de todos estes estarem em risco, principalmente a formação e saúde da criança. Esta posição defende a limitação da idade com base no superior interesse da criança.

Em sentido contrário, MÁRIO SOUSA defende que não é admissível qualquer limitação relativa à idade máxima para o recurso a estas técnicas, seja feminina ou masculina, na medida que, as uniões não escolhem idades e os mais velhos não devem ser penalizados e impedidos na sua busca de descendência.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Para as pessoas singulares, a coima varia entre os 10.000,00 € (dez mil euros) e os 50.000,00 € (cinquenta mil euros) e para as pessoas colectivas, o limite máximo é de 500.000,00 € (quinhentos mil euros).

<sup>65</sup> Em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, não existe também limitação de idade máxima para este recurso, acrescentando apenas que os elementos têm de estar em idade fértil (Itália) ou em idade de procriar (França).

<sup>66</sup> SOUSA, Mário in [www.cienciahoje.pt](http://www.cienciahoje.pt), em 16 de Fevereiro de 2006

No seguimento de toda esta divergência doutrinária e com o objectivo de regular esta matéria, surgiu a deliberação nº 03/II, de 19 de Julho de 2013 emitida pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que conclui o seguinte: “são elegíveis para as técnicas de PMA, os casais em que, no momento da concretização da técnica, o elemento masculino tenha uma idade que não ultrapasse os 60 anos.

Este diploma prevê a maternidade de substituição de forma clara e concreta no seu **art. 8º**.<sup>67</sup> O nº 1 considera como nulos, os negócios jurídicos de maternidade de substituição, quer sejam gratuitos ou onerosos. O nº 2 do artigo define o que é maternidade de substituição: “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrém e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.”. Por fim, o nº 3, considera que a mulher que suportar a gravidez de substituição, é considerada para todos os efeitos legais, como Mãe da criança que vier a nascer.<sup>68 69</sup>

Os críticos da posição do nosso legislador assentam os seus fundamentos na figura da criança. Para estes, o legislador esquece a criança envolvida na situação, entregando à Mãe geradora, a sua qualificação de Mãe, mesmo que esta não demonstre interesse na criança ou mesmo ser progenitora desta, deixando completamente de lado, o bem-estar da criança. Nas situações em que a Mãe gestacional não tem qualquer interesse na criança que venha a dar à luz, não faz qualquer sentido em atribuir a maternidade à Mãe que gera a criança.

TIAGO DUARTE critica fortemente a atribuição da maternidade à Mãe gestacional, nos termos do artigo 8º, nº 3 da Lei nº 32/2006, alegando que não faz qualquer sentido que a Mãe genética receba como punição a “pena perpétua” de ficar sem o seu filho, enquanto que a Mãe que dá à luz uma criança que não possui uma

---

<sup>67</sup> Este art. 8º da Lei 32/2006, de 29 de Julho derivava de uma proposta de Lei nº 135/VII apresentada pelo Governo.

<sup>68</sup> Esta última norma vem de acordo com o art. 1796º, nº 1 do Código Civil que prevê que a mulher que dá à luz a criança, é sempre a mãe da criança. Contudo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO critica fortemente esta medida, considerando que a norma prevista nestes diplomas, é considerado uma medida imperativa e imposta; ao afirmar isto, considera que a maternidade não pode ser alvo de sanção ou imposição. (ASCENSÃO, José Oliveira de – *A Lei 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Volume III, Dezembro de 2007, pp. 52)

<sup>69</sup> Os contratos de maternidade de substituição são permitidos em pouquíssimos Países, encontrando-se, entre estes, Grécia, Canadá, Índia, alguns estados dos EUA, e, em excepcionais situações, Inglaterra.

ligação genética, deva ser considerada Mãe, descorando completamente a existência de uma pessoa que transmitiu material genético para esta.<sup>70</sup>

Sobre esta matéria, o autor acrescenta que o problema se coloca em saber se a Mãe portadora deve ser, ou não, considerada Mãe jurídica apenas se coloca, nos casos em que a chamada Mãe uterina o é “*strictu sensu*”, ou seja, que não contribui também com o seu óvulo. A não ser assim não há separação entre quem fornece o óvulo e quem suporta a gravidez e a maternidade torna-se óbvia a menos que a lei disponha, excepcionalmente, em sentido diverso reconhecendo validade aos contratos de gestação e atribuindo a maternidade a quem não é Mãe genética nem uterina.<sup>71</sup>

MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA criticam esta norma na medida que, a sanção de nulidade resultante dos contratos de maternidade de substituição gera uma obrigação de atribuição como Mãe aquela que der à luz a criança, o que para o autor é considerada como “moeda de castigo” ou uma obrigação de maternidade que esta pode não querer. Esta norma faz com que se proíba a Mãe contraente de ser considerada Mãe da criança quando a sua vontade é imensa e atribui à Mãe de substituição a sua maternidade por imposição /obrigação.<sup>72</sup>

ANTUNES VARELA defende que deve ser dada uma preferência à Mãe gestante, devido ao laço que se fortalece ao longo dos nove meses de gestação, na medida que, este laço não pode ser comparado ao vínculo “que o orgasmo feminino momentâneo cria entre a mulher sexualmente excitada e o óvulo que o seu ovário produz ou do que a caprichosa vontade que possui a mulher estéril de possuir um filho que a natureza lhe nega”.<sup>73</sup>

O nosso legislador fornece-nos uma omissão da lei quanto ao estabelecimento da paternidade nos casos de maternidade de substituição, nomeando apenas no n° 3 deste artigo, quem será a Mãe da criança gerada. Quanto à paternidade, devemos-mos reger pelas normas dos artigos 19° a 21° da Lei n.° 32/2006, que no seu essencial vêm dispor

---

<sup>70</sup> DUARTE, Tiago – *In Vitro Veritas? – A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 87-88

<sup>71</sup> DUARTE, Tiago – *In Vitro Veritas? – A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, cit., pp. 87-88

<sup>72</sup> COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, cit., pp.246

<sup>73</sup> VARELA, Antunes – *Inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, 1995, pp. 68

que a criança nascida é havida como filha do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha consentido nessa prática (n.º 1 do artigo 20º). Nos termos do artigo 20º, n.º 5, a paternidade poderá ser impugnada pelo marido (ou aquele que viva em união de facto), nas situações em que se prove que não existiu consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.<sup>74</sup>

Nos termos do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, esta solução tem um carácter demasiado rígido e sem ter atenção a situações concretas, não existindo outro qualquer tipo de garantias. Segundo estes, estamos perante uma sanção e tentativa de dissuasão de comportamentos e práticas ilegais de maternidade de substituição.

O legislador ainda previu uma sanção ao recurso à maternidade de substituição, nos termos do art. 39º, punindo os contratos de maternidade de substituição a título oneroso com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias (n.º 1). O n.º 2 aplica uma sanção a outras pessoas que participem na promoção da maternidade de substituição, seja esta, através de convite directo ou por interposta pessoa ou anúncio público.

FIGUEIREDO DIAS considera a criminalização destes actos bastante excessiva, alegando que “mesmo que possa concordar-se que todo o crime se traduz num comportamento determinante de uma danosidade ou ofensividade social, a verdade é que nem toda aquela danosidade deve legitimamente constituir um crime”.<sup>75</sup>

Como análise destas normas legislativas, podemos afirmar que o nosso legislador plasmou normas que proíbem de forma concreta os contratos de maternidade de substituição. Por um lado, considerou nulos, todos os negócios jurídicos que envolvem esta prática e por outro, puniu criminalmente aqueles que o fizerem ou promoverem a título oneroso.

O legislador procurou também introduzir uma noção exacta da figura, pese embora, vários autores da doutrina continuem a emitir opiniões sobre a sua noção e admissibilidade da prática.

---

<sup>74</sup> O artigo 21º do diploma Ao dador do esperma não atribui quaisquer direitos ou deveres relativamente à criança nascida ao dador de esperma.

<sup>75</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (Questões fundamentais. A doutrina geral do crime)*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 110

O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009, de 3 de Março de 2009 analisou esta questão da idade para a utilização destas técnicas. Os defensores desta posição alegavam que a norma era inconstitucional porque defendia que esta deveria ser dirigida para a protecção da família, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana e a identidade pessoal, possibilitando que uma mulher em idade avançada possa ter um filho.

Do outro lado, não existe uma menção do limite máximo de faixa etária mas a limitação não envolve apenas o direito à integridade física, pessoal e moral da criança mas os seus Pais têm de acompanhar a sua vida ao longo dos anos, num ambiente natural. O facto de serem Pais muito tarde, pode retardar tal facto e não permitir um desenvolvimento num ambiente normal de convivência entre a criança e seus Pais. A limitação da idade surge num âmbito do superior interesse da criança gerada, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana.

Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 101/2009, de 3 de Março de 2009<sup>76</sup>, o art.º. 39.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho apenas sanciona a maternidade de substituição a título oneroso, nada estatuidando acerca dos negócios gratuitos (que o artigo 8.º não admite). Essa falta de sanção revela permissividade relativamente ao negócio da maternidade de substituição, representa um risco para a dignidade e outros direitos do ser humano e constitui fraude à lei, colidindo com o disposto nos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição e em todas as disposições da Convenção de Oviedo.

Nos termos deste acórdão que analisa a constitucionalidade do diploma, existe uma punição como crime da celebração e promoção de negócios jurídicos de maternidade de substituição se forem realizados a título oneroso, admitindo a forma gratuita do contrato.

Contudo, nos termos do art.º. 8º do diploma, os contratos de substituição, sejam eles onerosos ou gratuitos, são sempre proibidos e a sua celebração leva à nulidade dos mesmos. MARTA COSTA e PAULA MARTINHO DA SILVA dizem que “o regime não demonstra qualquer permissividade por parte do legislador português face à maternidade de substituição gratuita; muito pelo contrário, pois nega a esta prática quaisquer efeitos jurídicos, aplicando a casos em que a disposição seja violada – e portanto, realizado um encontro de maternidade de substituição – a regra geral do

---

<sup>76</sup> In Diário da República nº 64, Série II, pp. 12452 e ss.

estabelecimento de filiação, previsto no art. 1796º, nº 1 do CC, segundo a qual, relativamente à Mãe, a filiação resulta do facto do nascimento.”<sup>77</sup>

A questão da diferenciação da punição criminal entre a maternidade de substituição a título oneroso e a título gratuito, leva a doutrina a divergir sobre o tema, sendo levantada a inconstitucionalidade desta norma. Entende assim, o Acórdão do Tribunal nº 101/2009, de 3 de Março que “o legislador não é necessariamente obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entende haver um bem jurídico digno de tutela jurídica.

No cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental, o legislador tem sempre alguma margem de livre apreciação no que respeita à escolha dos meios mais adequados para garantir esse bem respeitando os outros valores e interesses constitucionalmente protegidos à luz do princípio matricial da dignidade da pessoa humana.”.

### **5.3. Projectos de Lei posteriores à Lei nº 32/2006, de 26 de Julho**

Para finalizar todos os antecedentes relativos à entrada em vigor da Lei nº 32/2006, temos que fazer menção aos projectos de Lei que antecederam a sua criação e que contribuíram para a sua publicação, neste caso, os Projectos Lei nº 151-X, 141-X, 172-X e 176-X. Os vários partidos políticos juntaram nestes projectos de lei as suas posições sobre a matéria, formulando um documento único que acabava de vez com a lacuna existente no ordenamento jurídico português. Estas iniciativas legislativas apresentam em comum o facto de se apropriarem, em maior ou menor grau, de argumentos/conhecimentos de carácter médico e jurídico para justificar as sugestões contidas nos textos apresentados.

Contudo, no momento posterior à entrada em vigor da Lei nº 32/2006, surgiram três projectos lei com vista a alterarem alguns pressupostos relativamente à maternidade de substituição.

Em primeiro lugar, o projecto Lei 122/XII apresentado pelo Bloco de Esquerda, que fora recusado. A proposta permitia a celebração de negócios jurídicos a título gratuito, contudo para que fosse permitida, seria necessário que houvesse: ausência de útero e lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a

---

<sup>77</sup> COSTA, Marta e SILVA, Paula Martinho da – *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (E legislação complementar)*, cit, pp. 166



gravidez da mulher ou de acordo com a Ordem dos Médicos, em situações clínicas que o justifiquem. Contudo, como dizia o texto do diploma, esta aceitação seria apenas a título “excepcional”. Os beneficiários desta prática seriam os maiores de idade, aquelas pessoas que não estejam interditas ou inabilitadas e que tenham prestado um consentimento expresso.<sup>78</sup>

Mais tarde, surgiram dois projectos 131/XII e 138/XII<sup>79</sup>, apresentados pelo Partido Socialista e Partido Social Democrata, aprovados em 21 de Janeiro de 2012, na Reunião Plenária nº 62. Os projectos de lei têm como finalidade incluir a maternidade de substituição como uma técnica de procriação medicamente assistida, sendo só aceite a título totalmente gratuita, admitindo apenas o pagamento de despesas médicas que advêm da prática.

No seguimento da lei actual vigente (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho), a maternidade de substituição é proibida com base na nulidade dos contratos jurídicos onerosos ou gratuitos com esta prática. Os projectos lei prevêem a possibilidade de existir esta prática desde que tenha um carácter gratuito, continuando a proibição para os negócios onerosos. Ambos os projectos lei apresentados, prevêem a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e a audição da Ordem dos Médicos.

Em 2012, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida aceita a maternidade de substituição desde que a lei garanta a realização de treze critérios distintos. A saber:

- A gestante de substituição e o casal beneficiário estão cabalmente informados e esclarecidos, entre outros elementos igualmente necessários, sobre o significado e consequências da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (por exemplo, epigenética), constando tal esclarecimento detalhado no consentimento informado escrito, assinado atempadamente.

- O consentimento pode ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto. Neste caso a criança deve ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem a deu à luz.

---

<sup>78</sup> Esta proposta de lei nº 122/XII previa a eliminação dos critérios relativos ao estado civil e orientação sexual dos beneficiários das técnicas de PMA. O acesso a estas técnicas era permitido a todos os casais sendo aplicado como método subsidiário e alternativo de procriação, não havendo necessidade de um diagnóstico de infertilidade.

<sup>79</sup> Esta proposta prevê o recurso a esta técnica de procriação medicamente assistida apenas em caso de ausência do útero na parte feminina do casal ou alternativamente, em situações clínicas que o justifiquem, desde que autorizadas pelo CNPMA e ouvida previamente a Ordem dos Médicos.

- O contrato entre o casal beneficiário e a gestante de substituição deve incluir disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doença fetais e de eventual interrupção voluntária da gravidez.

- A gestante de substituição e o casal beneficiário devem estar informados que a futura criança tem o pleno direito a conhecer as condições em que foi gerada.

- A gestante de substituição não deve simultaneamente ser dadora de ovócitos na gestação em causa.

- A gestante de substituição tem que ser saudável.

- As motivações altruístas da gestante de substituição devem ser previamente avaliadas por equipa de saúde multidisciplinar, não envolvida no processo de PMA.

- Quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação (a nível fetal ou materno) são decididas exclusivamente pela gestante de substituição com o apoio de equipa multidisciplinar de saúde.

- Cabe ao casal beneficiário, em conjunto com a gestante de substituição, decidir a forma de amamentação (devendo, em caso de conflito, prevalecer a opção do casal beneficiário).

- É legalmente inaceitável a existência de uma relação de subordinação económica entre as partes envolvidas na gestação de substituição.

- O contrato sobre a gestação de substituição (celebrado antes da gestação) não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição (tais como condicionamentos na alimentação, vestuário, profissão, vida sexual).

- O embrião transferido para a gestante de substituição tem como progenitores genéticos, pelo menos, um dos elementos do eventual casal beneficiário.

- A lei sobre esta matéria e sua regulação complementar serão obrigatoriamente reavaliadas três anos após a respectiva entrada em vigor.<sup>80</sup>

O presidente do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) defendeu a maternidade de substituição como solução para as mulheres que sobreviveram ao cancro poderem ser Mães e lamentou o atraso na discussão desta possibilidade legislativa, dizendo que "há cada vez mais mulheres a sobreviver ao cancro, mas que ficam com o útero incapaz de acompanhar a gestação do feto e isso acontece com raparigas e mulheres ainda muito jovens".<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> [www.expresso.sapo.pt/os-13-criterios-para-as-barrigas-de-aluguer=f716654#ixzz3XyEC9TzM](http://www.expresso.sapo.pt/os-13-criterios-para-as-barrigas-de-aluguer=f716654#ixzz3XyEC9TzM)

<sup>81</sup> [www.visao.sapo.pt/conselho-nacional-pma-quer-maternidade-de-substituicao-para-sobreviventes-de-cancro-poderem-ser-maes=f773752#ixzz3XyDYHvIX](http://www.visao.sapo.pt/conselho-nacional-pma-quer-maternidade-de-substituicao-para-sobreviventes-de-cancro-poderem-ser-maes=f773752#ixzz3XyDYHvIX)

## Capítulo VI

### 6. Aceitação da Maternidade de substituição – argumentos contra e a favor

No que concerne ao tema da maternidade de substituição, a doutrina diverge na aceitação deste tipo de contrato, havendo correntes que aceitam a existência destes contratos e outras opiniões que rejeitam liminarmente este tipo de contrato. Ambas, apresentam os seus argumentos e suas convicções acerca da opinião que defendem, sendo que, a análise destes pontos de vista será explanado a seguir neste trabalho.

Começamos assim, a analisar **os argumentos contra a tese que aceita os contratos de maternidade de substituição.**

Podemos falar da instrumentalização da criança, isto é, o recurso à maternidade de substituição visa a possibilidade das pessoas que celebram este tipo de contratos terem um filho. Estamos perante um desejo intrínseco dos contraentes e não da própria criança que ainda não fora gerada. A maternidade de substituição nesta situação é apenas uma forma, um meio para obter o nascimento de uma criança por outrem. Quem defende esta teoria, alega que não estão a ser acautelados os interesses da criança gerada, visto ser apenas uma vontade dos contraentes, violando-se o disposto no art. 1º da Constituição da República Portuguesa – o princípio da dignidade humana.

Para problematizar a questão, podemos fazer um paralelismo com outro direito fundamental da nossa Constituição – o direito à vida (art. 24º). Então em que ficamos? Qual o direito que se sobrepõe, o direito à vida ou o direito à dignidade humana? Entende-se aqui que, em primeiro lugar, a criança ainda não foi gerada, logo não goza de direitos. De um outro ponto de vista, entende-se que a Mãe que gera a criança, entrega-a, sabendo que será bem tratada e feliz com os contraentes, daí os mesmos terem recorrido à maternidade de substituição.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Sobre esta questão dos direitos da criança, temos que verificar o escrito na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, relativamente aos direitos que a mesma tem: direito de conhecer e de ser educada pelos Pais (art. 7º) e ao direito de preservação da sua identidade (art. 8º). Nestes dois pontos, é necessário esclarecer que, aquando do contrato de maternidade de substituição, a educação passa a ser transferida para a esfera dos contraentes; contudo, o direito de conhecer a sua mãe biológica é uma questão mais discutível, pois existem vários tipos de acórdãos, existem aqueles contraentes que deixam a criança conhecer a sua mãe biológica, mas também outros que fazem com que a criança nunca conheça a sua mãe biológica.

Ainda dentro da temática da instrumentalização da criança, há quem entenda que o crescimento e evolução da criança ao longo do tempo vai ser mais penoso, traumatizante e difícil, entendendo que uma criança que nasça sobre o espectro da maternidade de substituição possa ser alvo de problemas psicológicos, indefinição quanto às suas origens e conhecimento da sua “verdadeira” Mãe, assim como, dificuldades perante o abandono dos Pais biológicos.<sup>83</sup>

Os defensores desta oposição à maternidade de substituição apontam à defesa do princípio da dignidade humana, alegando que a vida humana não deve ser alvo de uma avaliação, compra ou venda, não sendo um objecto comercializável. Se entendem que a vida humana, não deve ser alvo destas condutas, também os embriões não devem, afastando qualquer tipo de negócio ou contrato que envolva a vida humana.

MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA falam ainda da maternidade de substituição à luz dos direitos de personalidade. Assim, devemos sempre analisar esta figura de acordo com os limites da autonomia privada, devendo os contratos de maternidade de substituição ser proibidos mas não criminalizados, se estes violarem a ordem pública.<sup>84</sup>

DIOGO LEITE CAMPOS alega que “a filiação é hoje, e sempre foi, uma relação assente na biologia. Tem-se entendido que está em causa um elemento fundamental do estatuto jurídico da pessoa humana, da sua dignidade natural: ser filha dos seus Pais biológicos e não de quem o legislador entenda.”:<sup>85</sup>

Sobre esta matéria, MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA entendem que as crianças que nascem através do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida ou que sejam adoptadas, não devem ser prejudicadas ou rejeitadas no seu status pessoal e na sua dignidade por tal facto.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Essa posição parece-nos totalmente desajustada e descontextualizada nos dias de hoje, na medida que, podemos comparar este crescimento/evolução da criança ao instituto da adopção. Não podemos colocar “rótulos” às pessoas adoptadas ou que foram geradas através da maternidade de substituição. Com a evolução da medicina e das mentalidades, hoje em dia é possíveis várias formas das crianças serem geradas, não podendo discriminá-las só porque não nasceram de forma natural. Quem traça um pensamento destes, parou/estagnou no tempo, contudo existem ainda sociedades mais fechadas/distantes/com outras culturas ou costumes que continuam a exercer estes comportamentos sobre as crianças que são concebidas de forma alternativa ao tradicional.

<sup>84</sup> COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, cit, pp. 254

<sup>85</sup> CAMPOS, Diogo Leite – *A procriação medicamente assistida e p sigilo sobre o doador – ou a onnipotência do sujeito*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, III, 2006, pp. 1029

<sup>86</sup> COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, cit, pp. 244

Ainda relativamente ao uso do próprio corpo, podemos estar perante uma violação da integridade física (à luz do art. 25º da Constituição da República Portuguesa) mas também um princípio de indisponibilidade do corpo, violando assim a dignidade da pessoa humana ao permitir a comercialização do útero e do corpo para satisfazer interesses reprodutivos de terceiros.<sup>87</sup>

Como segundo argumento contra a aceitação da maternidade de substituição, temos a instrumentalização da Mãe geradora da criança. Distingue-se logo da instrumentalização da criança, na medida que, a Mãe de substituição já está gerada, dispõe de capacidade/personalidade jurídica. Mas há quem entenda que ocorre a violação da dignidade humana sobre a Mãe de substituição, visto que esta é apenas o objecto da prossecução de uma finalidade pelos contraentes. A Mãe de substituição presta um serviço pessoal, ficando ao seu critério a aceitação ou recusa da prática. A Mãe geradora apenas “serve” para gerar a criança, não servindo para mais nada a não ser gerar a criança e entregá-la posteriormente a um terceiro. É vista neste paradigma como um objecto/coisa para a obtenção de um contrato, sendo por vezes, exercida uma pressão psicológica enorme sobre a mesma.

Por vezes, acontece que as situações económicas/sociais/pessoais/profissionais da Mãe substituta levem a que haja uma aceitação desta prática. Podemos aqui falar numa exploração da Mãe de substituição no que toca à sua posição social num contexto de precariedade e pobreza. O recurso à maternidade de substituição por uma Mãe com carências económicas é cada vez mais frequente; vêem nesta prática uma forma de sair de uma situação de pobreza e de dificuldade financeira. Aliado às dificuldades financeiras, vêem questões sociais de estratos sociais baixos, com pouca escolaridade ou mesmo até de desertificação geográfica do local onde residem.

Contudo, mais uma vez, parece-nos um argumento sem cabimento ou sem alcance legítimo, na medida que, a Mãe geradora não é obrigada a esta prática; dá o seu consentimento ou aceitação aquando da assinatura do contrato e gera a criança de livre e espontânea vontade.<sup>88</sup> A Mãe de substituição, no momento da aceitação da prática, sabe as consequências que o acto irá trazer.

Diferente questão se prende nos casos em que o consentimento não é expresso ou livre de coacção/pressão externa. Nesta situação, estamos perante a prática de um

---

<sup>87</sup> COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, cit, pp. 266

<sup>88</sup> Nesta posição, adoptamos apenas a opinião de uma aceitação expressa sem coacção e de livre vontade, não havendo qualquer tipo de pressão para a celebração do contrato.

crime tipificado nos ordenamentos jurídicos onde sejam praticados. As questões relativas ao direito da família são sempre delicadas e que mexem com a esfera pessoal das partes.

Assim, podemos perguntar se as matérias de direito da família podem ser alvo de contrato? Entende-se que a aceitação da maternidade de substituição é uma prerrogativa do sim para esta pergunta.

A função da Mãe de substituição neste processo transpõem a esfera da sua intimidade e tem um carácter pessoal relevante. Mesmo com a contratualização, quer queiram ou não, a criança gerada terá uma ligação genética com a Mãe, pois nasce do seu ventre. Relativamente aos direitos parentais e respectiva renúncia dos mesmos após o parto, a contratualização dos mesmos é proibida no nosso ordenamento jurídico mas aceite em outros Países como é o caso dos Estados Unidos da América, onde tal prática é permitida.

Podem também surgir efeitos sobre os contraentes deste tipo de contrato, isto é, as pessoas que recorrem a este processo, utilizam numa forma audaz de obtenção de uma finalidade, o desejo de ter um filho que pelos mais diversos motivos não conseguem ter de outra forma. Sobre estas pessoas, existe uma pressão continua quer antes do processo, quer durante e após o seu término. Sentimentos como a ansiedade e desejo começam logo antes do nascimento da criança; depois todo o processo é alvo de cuidados e comportamentos tido como difíceis ao nível psicológico, bem como a relação entre contraentes e a Mãe de substituição. Todo o processo envolve uma carga emocional tremenda sobre os contraentes, seja qual for a fase do processo.

Para contrapor esta posição defendida, o Professor Carl Wood diz-nos que as Mães de substituição aceitam esta prática mais facilmente e com menos riscos de que uma Mãe normal, isto é, estão antecipadamente decorrentes da situação, analisando-a friamente e já estão preparadas para tal, pois já analisaram os prós e contras da decisão. Por vezes, a Mãe de substituição apenas pretende ajudar desta forma um casal infértil conhecido ou desconhecido a ter um filho, não o fazendo pelo dinheiro ou por outra qualquer compensação.

Neste prisma, ainda devemos entender uma possível intervenção estadual no instituto, isto é, em casos de litígios ou de práticas que não estão consoante a legislação, bons costumes entre outros, pode levar à intervenção do estado neste processo. Ordenamentos jurídicos como o Português e outros mais conservadores podem levantar questões que carecem de ser reguladas e discutidas quando estão em causa práticas ou

litígios causados pelo processo. Se existem situações que estão previamente regulamentadas e não oferecem qualquer tipo de dúvidas, outras levam a situações extremas que carecem de ser reguladas urgentemente.

Relativamente à questão do uso do corpo nesta prática, podemos apresentar duas perspectivas distintas. Assim, uma das posições defende que a Mãe de substituição tem uma gravidez e gere um bebé, prestando esse serviço ao casal contraente. Estes últimos contratam uma mulher para gerar um filho e a Mãe de substituição apenas presta um serviço nos termos semelhantes aos serviços prestados por outras profissões como os profissionais de saúde. Ao proibirem este serviço, podemos estar perante uma violação da liberdade contratual e uma discriminação à posição de Mãe de substituição. Esta teoria ainda defende que o pagamento apenas visa o serviço prestado e não “a compra do bebé” como ser humano.

Do outro lado, há quem rejeite toda esta teoria, defendendo que existe uma clara instrumentalização da criança, em casos extremos, apelidada de “tráfico ou mercado de crianças”, em que as crianças são alvo de um preço estipulado pela sua aquisição, não considerando como serviço o trabalho prestado pela Mãe de substituição. A prestação de serviços que aqui falamos envolve bem mais do que os meros serviços prestados por exemplo por um profissional de saúde; envolve sim um património genético, a criação de um ser humano e de laços entre a Mãe geradora e a criança que nasce. Acrescenta-se ainda que a criança nascida adquire traços característicos na sua progenitora.

Aliado à questão da instrumentalização da Mãe de substituição, podemos levantar a questão da moralidade da prática. Estamos perante uma questão sensível e que pode levar a diversas interpretações consoante os ordenamentos jurídicos envolvidos e as próprias convicções sociais e políticas das pessoas envolvidas.

Há quem entenda (embora seja difícil aceitar) que o trabalho da Mãe de substituição é apenas normal tendo em conta um trabalhador que presta um serviço a um terceiro, usando o seu corpo. Depois, há quem repugne o comportamento da Mãe de substituição, tomando em conta, as práticas e costumes sociais/pessoais/familiares do seu ordenamento jurídico no qual se insere.

VERA LÚCIA RAPOSO diz-nos mesmo que a “maternidade de substituição afronta certos princípios básicos de ordem moral, como por exemplo, o princípio

segundo o qual cada ser humano tem valor em si mesmo, não podendo ser utilizado como um instrumento para a realização de fins.”<sup>89</sup>

Nas sociedades mais conservadoras, esta prática é algo inaceitável, assim como, aos olhos da religião, entendendo a violação de princípios constitucionais como o princípio da dignidade humana, igualdade entre outros. A maternidade é vista em muitos ordenamentos jurídicos de forma exclusivamente tradicional, e esta forma de maternidade (de substituição) obriga a mudança de padrões e convicções concebidos pelos próprios elementos da sociedade, afastando a tese que a única Mãe é aquela que gera a criança.

MARTHA FIELD apresenta-nos uma posição radical e um pouco extremista quando falamos na forma de obtenção de filhos ou no desejo de os ter. Para a autora, na maternidade de substituição, o Pai contraente tem um desejo egoísta de ter um filho com os seus genes ou património genético, não interessando quem é a Mãe/companheira, para ele, só existe um desejo alcançável que é o desejo de ter um filho. A terminologia substituição afecta a posição da Mãe geradora da criança, pois apenas denota uma intenção ou objectivo de encontrar uma mulher para substituir a companheira para prestar o serviço de ter um filho. Esta posição é bastante descontextualizada da realidade e bastante rígida/reutora no seu pensamento. O desejo do homem ter um filho, na maior parte dos casos, não inferioriza ou despreza o papel da sua companheira ou da Mãe de substituição. Em algumas situações, o próprio homem contraente preocupa-se e tem um carinho sobre a pessoa que gera o seu filho. Também, não podemos falar num desejo intrínseco e desenfreado de ser Pai a toda a força, apenas por ter uma descendência para este.

No ponto seguinte, esgrimem-se **os argumentos que aceitam os contratos de maternidade de substituição.**

Um dos primeiros princípios a analisar nesta concepção a favor da maternidade de substituição prende-se com os direitos que as pessoas têm sobre o seu corpo. Em síntese, podemos afirmar que cada um pode usar o corpo de forma livre, desde que não lese ou prejudique terceiros. Passando esta matéria para o nosso tema, temos que aceitar

---

<sup>89</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit., pp. 54



que uma mulher possa gerar um filho e entregá-lo a outrém, não podendo o Estado ou qualquer entidade impedi-la mas também pode ter direito a ter filhos sem que tenha que se sujeitar a uma gravidez. Assim segundo esta concepção, as mulheres podem livremente recorrer a este instituto como Mães de substituição ou como contraentes, para conseguir ter um filho, não tendo de existir qualquer tipo de motivação justificativa.<sup>90</sup> Estamos perante um instituto bastante importante como é o caso do princípio da autonomia pessoal, em que cada pessoa é livre de fazer o que quiser com a sua vida e inclusive com o seu corpo. Assim, é legítimo que as pessoas possam colocar à disposição de terceiros a sua liberdade sexual ou reprodutiva no sentido de ajudar casais inférteis ou outros que não se queiram submeter a uma gravidez, fazendo-o de forma onerosa ou gratuita. Até na forma de pagamento, existe uma liberdade pessoal, de cobrar dinheiro pelo “serviço” ou o fazer de forma gratuita.

MARTHA FIELD conclui que o recurso à maternidade de substituição é perfeitamente legítimo, invocando para tal determinados requisitos: o corpo da mulher pertence à própria, fazendo esta o que quiser dele; o uso do corpo pode ser feito independentemente de afectarem terceiras pessoas (este argumento parece-nos muito discutível e desfasado da realidade); as decisões livres e responsáveis da Mãe de substituição permitem lançar mão das soluções admissíveis pela técnica; qualquer meio é legal para evitar ou por termo à gravidez (mais um requisito perfeitamente discutível) e é legítimo qualquer meio de obtenção de um filho.<sup>91</sup> Parece-nos que a posição desta autora é bastante extremista, não levando em conta princípios basilares da vida humana e da vida em sociedade. Questões como a lesão de terceiros na prática da maternidade de substituição ou a utilização de qualquer meio é legal para poder ter um filho são pressupostos completamente absurdos e que não traduzem a realidade.<sup>92</sup>

A nossa Constituição apresenta-nos uma norma (art. 67º, nº1) que ajuda a defender a posição dos defensores da maternidade de substituição. O preceito legal defende que a reprodução ajuda a realização pessoal dos membros da família, cabendo ao Estado a função de providenciar todos os meios para que tal aconteça. Será que esta obrigação constitucional vincula a aceitação das técnicas reprodutivas admitidas por lei?

---

<sup>90</sup> Sobre esta matéria, tem vindo a intensificar-se a luta das mulheres pelos seus direitos e conseqüente uso do corpo, além das questões relacionadas com a igualdade entre homens e mulheres.

<sup>91</sup> FIELD, Martha A. – *Surrogate Motherhood*, pp. 61 apud RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 72

<sup>92</sup> FIELD, Martha A. – *Surrogate Motherhood*, pp. 61 apud RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 67

O Estado está vinculado a providenciar tais técnicas? Os defensores desta teoria respondem afirmativamente a esta questão, vinculando o Estado a pelo menos não negar o acesso às técnicas de reprodução assistida, seja a título oneroso, semi-gratuito ou mesmo gratuito.

Existem ainda mais direitos constitucionais que temos de analisar nesta sede: o direito à intimidade e à reserva da vida privada, plasmadas nos art. 26º, nº 1 e 34º da Constituição da República Portuguesa, mas também no nosso Código Civil, no seu art. 80º. Esta teoria defende que a intimidade da vida privada faz com que seja totalmente legal o recurso à maternidade de substituição. VERA LÚCIA RAPOSO defende que as decisões mais recentes do Tribunal Constitucional restringem o objecto da norma legal da reserva da vida privada: protecção da difusão de informação sobre vida privada.<sup>93 94</sup>

Os defensores da teoria que aceitam a celebração de contratos de maternidade de substituição falam num direito ao livre desenvolvimento pessoal. Como definimos este direito? A Constituição da República Portuguesa, no seu art. 26º, estabelece este direito, incluindo neste a protecção geral da personalidade e a garantia geral da liberdade de acção e da livre decisão da pessoa. Contudo, é muito difícil invocar este direito como motivação da maternidade de substituição, por se desconhecer o conteúdo do mesmo.<sup>95</sup>

Outra questão relevante diz respeito à autonomia pessoal<sup>96</sup> e contratual da figura da maternidade de substituição. Os seus defensores alegam que têm de existir várias liberdades de direitos, desde o direito de celebrar um contrato, da escolha livre da Mãe de substituição, do uso do seu próprio corpo e das suas decisões reprodutivas. Para que

---

<sup>93</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 80-81

<sup>94</sup> Sobre a noção de privacidade, PAULO MOTA PINTO engloba os seguintes níveis: controlo do conhecimento de informações pessoais por parte de terceiros; subtração à atenção dos outros e exclusão do acesso físico dos outros à própria pessoa. In PINTO, Paulo Mota – *O direito à reserva sobre a intimidade*, pp. 508

<sup>95</sup> Relativamente a esta matéria, o ordenamento jurídico norte-americano através do Supreme Court aceitou sempre o direito reprodutivo como um direito à privacidade enquanto que o ordenamento jurídico português rejeitou-o através do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 288/98, 18 de Abril.

<sup>96</sup> Não podemos falar em autonomia privada sem falarmos em limitação, pois não existe uma autonomia plena e completa em nenhum ordenamento jurídico. O nosso Código Civil estabelece diversas limitações desde logo nos artigos 398º e 405º, em que os indivíduos têm liberdade de fixar livremente os conteúdos dos contratos, criar novos e distintos contratos, podendo incluir novas cláusulas desde que estas sejam legais. Também, o art. 280º, nº 2 do Código Civil considera nulos, todos os contratos celebrados que violem a ordem pública e os bons costumes.

tudo isto seja admissível, é necessário o consentimento das partes envolvidas num momento anterior à concepção da criança.<sup>97</sup>

Ainda em relação à autonomia pessoal e liberdade contratual, será esta absoluta? Os defensores desta teoria defendem uma vontade livre em vários aspectos, mas traçam a fronteira na desvinculação do contrato, isto é, não aceitam que o contrato seja quebrado na altura do nascimento da criança, não admitindo que a Mãe substituta não possa entregar a criança.

Os defensores da maternidade de substituição alegam que a sua aceitação prende-se com o princípio da igualdade<sup>98</sup>, sendo este um argumento fundamental para esta teoria. Para estes, o Estado não pode ter dois pesos para a mesma situação, não pode vedar o direito reprodutivo a uns cidadãos e a outros não, tem de manter o mesmo rumo perante todos, não discriminando ninguém.

Assim, entendem que deve ser equiparada a reprodução de forma natural e a maternidade de substituição, permitindo a todos a possibilidade de ter filhos. Se não o fizerem, estamos perante uma violação do princípio da igualdade entre os cidadãos.

Defendem porém que o Estado continua a discriminar esta prática, na medida que, permite a casais o recurso à inseminação artificial nos casos em que o homem é infértil mas proíbe a gestação do embrião por outra mulher com sémen do homem, nas situações em que a mulher é infértil. Outra questão a ser levantada é relativamente à discriminação entre casais heterossexuais e casais homossexuais e também entre um casal e um individuo singular. Mais um argumento utilizado em sede de igualdade entre os cidadãos prende-se com o objectivo comum das técnicas de reprodução: a criança. Defendem sim que exista uma vida saudável e estável para a criança gerada, não interessando se fora procedida de uma reprodução normal ou assistida, não podendo o Estado fazer juízos de valor, morais ou sociais.

---

<sup>97</sup> MARY LYNDON SHANLEY apresenta-nos uma solução legítima mas bastante discutível das condições necessárias para a conclusão do negócio. Assim, seria obrigatório: a mãe de substituição já tinha estado grávida; as partes envolvidas no processo teriam de ter um acompanhamento/aconselhamento para tomarem as melhores decisões; apenas podiam gerar as crianças, mulheres com um status económico mais elevado para não explorar as mulheres mais pobres. SHANLEY, Mary Lyndon – Surrogate Mothering and Women's Freedom, pp. 159 apud RAPOSO, Vera Lúcia - *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 65

<sup>98</sup> Vide art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e entre nós, art. 13º da Constituição da República Portuguesa

Por fim, vamos analisar a questão do direito constitucional do direito a ter filhos, nos termos do artigo 36º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa.<sup>99</sup> Esta norma diz-nos que todos os cidadãos têm direito a constituir a sua própria família, isto é, a nossa lei concede aos cidadãos a possibilidade de terem direito reprodutivo (ter filhos), não especificando qual o método a utilizar, se o direito à reprodução normal ou à procriação medicamente assistida. A evolução dos tempos, da sociedade e das pessoas nelas inseridas, faz com que esta norma se adapte às duas formas enunciadas anteriormente.

Resta-nos também analisar outra questão fundamental nesta sede, saber se o desejo de ter filhos engloba apenas o direito de ter filhos por um desejo normal de os ter ou aquele desejo de apenas querer deixar descendência genética nas futuras gerações, sendo um interesse meramente factual. Como já vimos anteriormente, MARTHA FIELD ataca fortemente esta segunda hipótese; quem defende esta opinião, fala numa “corrida desenfreada e egoísta” de ter um filho para deixar descendência ou para se vangloriar, enquanto que outros também apenas pretendem ter um filho reconhecido sem lhe dar todas as condições que necessitam. Contudo a maior parte dos casos prende-se com a primeira situação em que o Pai deseja efectivamente ter um filho, que não pode conceber através de outro método. Têm um desejo de ter um filho mesmo que a descendência não seja biológica. Com base nas considerações anteriores, não podemos vedar o recurso à maternidade de substituição com base nos fins a que se submetem os contraentes.

PAMPLONA CORTE-REAL defende que as práticas de procriação medicamente assistidas entram na esfera do direito a procriar.<sup>100</sup>

VERA LÚCIA RAPOSO considera que o direito de constituir família tem por base os seguintes significados: o sentido da própria reprodução; o reconhecimento jurídico dos vínculos familiares previamente constituídos mas também se confunde com o direito ao matrimónio. Defende ainda que o alcance desta norma constitucional se

---

<sup>99</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA considera que o conceito de família perfilhado por esta norma, engloba vários fundamentos: o matrimónio mas também a procriação livre de obstáculos ao estabelecimento da família. In OLIVEIRA, Guilherme de – *Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida*, cit, pp. 768

<sup>100</sup> CORTE-REAL, Pamplona – Os efeitos familiares e sucessórios (P.M.A.) in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, cit., pp. 355-356-357

prende com o direito à procriação biológica mas também através da utilização de técnicas científicas para a obtenção de filhos, desde que estas não violem a lei.<sup>101</sup>

DIOGO LEITE DE CAMPOS aceita a inclusão das técnicas de reprodução assistida no direito a constituir família, pois considera ser um direito fundamental e que deve ser regulado pela nossa constituição e pelas nossas leis ordinárias.<sup>102</sup>

GUILHERME DE OLIVEIRA alega a existência de um “direito tecnologicamente possível”, sendo confrontado com os limites previstos na lei e pela ética. Assim, defende o recurso à maternidade de substituição desde que esta não viole as normas legais e éticas mas a mesma dever ser utilizada como “uma expectativa razoável e uma legitimidade de princípio” e não como “legitimidade indiscutível”.<sup>103</sup>

Em sentido contrário, a jurisprudência através de um voto de vencido do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009, de 3 de Março, BENJAMIM RODRIGUES considera de forma clara e sem dúvida, o direito constitucional de ter filhos ou o direito de constituir família, contudo entende que não existe um direito fundamental na nossa constituição quando a família é concebida através de terceiros.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, cit, pp. 75-76

<sup>102</sup> CAMPOS, Diogo Leite de – *A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador*, cit. Ponto 8

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Guilherme de – *Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida*, cit, pp. 768

<sup>104</sup> ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 110/2009, de 3 de Março sobre a inconstitucionalidade da Lei de Procriação Medicamente Assistida, publicada em Diário de República, 2ª Série nº 64, de 1 de Abril de 2009

## Capítulo VII

### 7. Soluções legislativas possíveis sobre Maternidade de Substituição e Tentativa de Regulamentação da Maternidade de Substituição

#### 7.1. Soluções legislativas possíveis

Dentro da admissibilidade legal da maternidade de substituição, podemos ter uma opção bastante perigosa: a **liberalização total da prática**, isto é, aceitar a maternidade de substituição de forma livre, sem controlo, sem criminalização da prática, deixando ao livre arbítrio das partes a celebração de contratos. Parece-nos uma opção completamente absurda e muito improvável de ser considerada válida, desde logo, pelo valor do superior interesse da criança mas também, pela ausência de regulamentação específica para sua aplicação.

A doutrina acrescenta ainda uma possibilidade de protecção da figura da **Mãe de substituição, em que a decisão de manter a criança ou dá-la aos Pais contraentes cabe a esta**, não havendo qualquer tipo de penalização caso opte pela segunda decisão. Contudo, não nos parece uma solução viável ou justa, na medida que, nesta relação de maternidade de substituição, os interesses protegidos devem ser para todas as partes: Mãe geradora, Pais contraentes e a própria criança. Esta medida dá uma protecção à Mãe geradora, esquecendo os direitos dos restantes.

A maternidade de substituição pode ser vista como se fosse uma mera **prestação de serviços**, em que são celebrados contratos com a especificação do instituto. Assim, a prática de gerar um filho e dá-lo a outrém é considerado como uma simples prestação de serviços, utilizando o corpo humano para tal. Contra esta posição, estão aqueles que consideram que o corpo humano não é alvo de uma prestação de serviços, sendo a especificidade da prestação e o carácter pessoal do íntimo de cada pessoa, dois pressupostos essenciais para a recusa desta posição.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> VERA LÚCIA RAPOSO afirma que “nem a mãe de substituição é uma prestadora de serviços, nem o seu útero é uma viatura que se alugue ou uma moradia que se arrende, nem o embrião é objecto de troca, nem a lógica puramente patrimonial está apta para resolver os interesses aqui em jogo”. In RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe*, cit. pp. 127

Outra possibilidade surge na **escolha das Mães de substituição e Pais contraentes**. Para uma melhor regulação da prática, podem surgir mecanismos de protecção das figuras envolvidas neste instituto; no que toca, às Mães de substituições, poderá existir uma protecção das Mães mais desfavorecidas do ponto de vista social e económico, levando-as por vezes a recorrer à maternidade de substituição para suprimir razões de carácter monetário. Nestas situações, poderia existir legislação que regule a matéria e na ausência desta, seriam adoptados critérios específicos, nomeadamente idade limite, restrições à utilização da prática e a própria saúde das Mães geradoras. Relativamente aos Pais contraentes, eles também têm de possuir condições legítimas e ideais para a educação de uma criança.

Outra das hipóteses de regulamentação do instituto surge na doutrina que defende uma **aplicação da analogia às regras do regime da adopção**, partindo da posição que não existe qualquer diferença entre a adoptar uma criança já nascida e procurar uma mulher para gerar uma criança e no momento posterior, adoptá-la. Em defesa desta posição, surge o facto de já existirem normas legislativas sobre a adopção, sendo só necessário adaptá-las à realidade da maternidade de substituição. Nestes termos, compete ao tribunal a análise de determinados pressupostos essenciais no contrato: a participação livre e consciente das partes, os termos do contrato, o pagamento deste e se são cumpridos os pressupostos de entrega da criança. Depois de verificados todos os pressupostos necessários, o tribunal decreta a adopção da criança aos Pais contraentes.

Contudo, esta opção apresenta lacunas legais para ambas as partes; do ponto de vista dos Pais contraentes, estes estão numa posição pouco confortável até que o juiz decreta a adopção, pois a Mãe de substituição pode mudar de opinião até ao último momento da decisão do juiz; do lado da Mãe de substituição, esta perde o direito total à criança no momento seguinte à decisão judicial de adopção.

Temos também a posição que **defende a proibição de todo o tipo de maternidade de substituição**, tendo para tal que existir penalizações para os infractores, sejam elas penais ou civis. Entendemos que, relativamente à questão criminal, não devemos punir a sua prática, excepto os “angariadores”, absolvendo todos os elementos participantes no contrato de maternidade de substituição na medida que, o

desejo de ter filhos ou o facto de gerar um filho para outrem, não podem ser considerados como uma conduta penal ou um crime.

Quanto aos “angariadores”, parece-nos uma situação diferente, pois a sua prática é ilegal e vai contra os bons costumes e as normas ético-morais.

Ainda dentro desta posição, há quem entenda que a gestação por conta de outrem pode trazer efeitos adversos e negativos na esfera da nossa sociedade, logo quem provoque danos, deve ser punido criminalmente.

Numa posição mais híbrida, surgem os autores que defendem a **proibição da maternidade de substituição comercial mas permitem a altruísta**. Com que fundamento? Entendem que, o facto de uma parte economicamente mais desfavorecida estar condicionada a aceitar a praticar este instituto por razões meramente económicas (em casos extremos, sugerem mesmo a existência de uma imposição ou exploração da parte mais fraca), explicam esta posição.

Entendemos que a explicação dada não é suficiente para adoptarmos esta posição, na medida que, quer na maternidade de substituição altruística ou comercial, devemos ter em conta o papel da Mãe geradora da criança; não podemos extremar totalmente as posições, dum lado, dizer que a Mãe substituta pratica um acto condenável apenas porque recebe dinheiro, deve ser condenada ou sancionada; por outro, a Mãe geradora que não receba contribuição financeira, está a praticar um bem estar ou um acto de generosidade/amor, quando na verdade, não são esses valores que estão em causa.

Independentemente da admissão ou rejeição legal da maternidade de substituição, a sua prática vai continuar, deixando apenas para saber se irá ser praticada de forma legal ou de forma proibida ou clandestina. Assim, se a proibimos totalmente, a prática desta será feita de forma escondida, incontrolável, desorganizada e em condições precárias em muitas situações. Assim, **admitimos que a maternidade de substituição deve ser admitida mas devidamente regulada.**<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Nos Estados Unidos da América, a prática da maternidade de substituição encontra-se devidamente regulada, existindo diversos institutos que regulam estas matérias, nomeadamente entidades privadas que promovem esta prática com condições próprias.



Quem regularia esta actividade? Esta é uma pergunta cuja resposta pode ser analisada através de dois pilares: a criação de institutos de regulamentação ou deixar a regulação para os tribunais.

Na primeira solução, a criação de institutos públicos sem fins lucrativos, com a finalidade de regular as matérias através da aplicação das normas, proteger as partes envolvidas, aconselhá-las e tratar da respectiva parte “administrativa”.

Na segunda solução, o tribunal era visto numa função mais decisória do que regular qualquer prática; o tribunal era o responsável pela supervisão de todo o processo, anterior e posterior à criança ser gerada.

VERA LÚCIA RAPOSO considera que a regulação desta matéria passa por analisar a distinção entre maternidade de substituição genética e gestacional, devendo ambas proibir qualquer tipo de compensação monetária (excepto as inerentes às despesas médicas tidas durante o processo) e só haveria possibilidade de existir maternidade de substituição quando os contraentes contribuírem com gâmetas para o processo reprodutivo.<sup>107</sup>

## 7.2. Tentativa de Regulamentação Proposta

Nesta dissertação e em jeito de conclusão, vamos enunciar algumas medidas que na nossa opinião, deveriam vigorar na legislação portuguesa.

\* Na nossa opinião, a primeira medida relevante nesta matéria seria a **criação de um instituto regulador**. Mesmo com a existência do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, como órgão consultivo permanente do Ministério da Saúde, pensamos que deveria ser criado um instituto que regule estas matérias. O órgão deveria conter funções de regulamentação e controlo dos contratos de maternidade de substituição, devendo ser constituídos por elementos especializados.

\* Pese embora, a nossa legislação não tenha especificado a questão, todas as partes envolvidas na relação deveriam ter uma noção legal, isto é, a Mãe de substituição, os contraentes, os angariadores e as clínicas especializadas na matéria.

---

<sup>107</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *De mãe para mãe*, cit. pp. 127

Assim, para nós, a Mãe de substituição é a pessoa que se compromete a gerar uma criança com óvulos de outra pessoa (pode ser a mulher contraente ou outra qualquer dadora) e posteriormente, tem de entregar a criança a outrém.

Os contraentes são aquelas pessoa(s) que contratam uma outra (Mãe de substituição) para esta gerar um filho e entrega-lo depois da sua nascença.

Os angariadores são as pessoas que fazem a mediação, aconselhamento e procura de todas as condições para todo o processo ser realizado; podem ser pessoas individuais ou pessoas colectivas como clínicas, sendo na maior parte dos casos, remunerado pelos seus serviços.

Por fim, as clínicas são os locais médicos devidamente legalizados onde se procede todo o processo “reprodutivo” e onde a criança é gerada. Devem estar devidamente legalizados e autorizados de acordo com a lei do País e as instalações e recursos humanos devem atender às exigências de todo o processo.

\* Nestes termos, **a maternidade de substituição seria permitida entre nós, desde que sejam respeitadas as seguintes condições:**

- Autorização: para a celebração de contratos de maternidade de substituição, seria necessário a autorização prévia do instituto acima referido (a ser criado) com um prévio parecer do Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). Não poderiam ser celebrados contratos sem esta autorização, sob pena de estar a praticar a maternidade de substituição de forma ilegal.

- Beneficiários: todas as pessoas casadas, as pessoas unidas por união de facto de sexo diferente, as pessoas unidas de facto do mesmo sexo e as pessoas singulares seja homem ou mulher. Conforme, analisamos na dissertação, o direito de igualdade e de constituir família encontra-se salvaguardado com a lista de beneficiários enunciada, além de salvaguardar, o superior interesse de uma criança que futuramente será gerada.

- Contribuição Genética: para ser autorizada a celebração destes contratos, seria obrigatório a contribuição com gâmetas por um ou mais elementos dos contraentes, caso seja pessoa singular ou casal.

- Mães de Substituição: têm de ter entre 22 e 35 anos de idade e já tenham sido Mães; consideramos, que poderá existir uma outra via possível, alargando o limite até aos 40 anos de idade, desde que seja considerado medicamente viável a intervenção. Para tal, deverão solicitar uma prévia autorização ao instituto regulador, com base em registos médicos para que, estes decidam se autorizam ou rejeitam tal intervenção. A Mãe de substituição pode fazer a intervenção nessa qualidade por três vezes.

- Exames Prévios: todas as partes envolvidas, mas em especial a Mãe de substituição, devem submeter-se a exames médicos profundos, de forma a atestar da perfeita saúde e inexistência de doenças.

- Condições Exigíveis: quando este processo seja solicitado por uma mulher singular ou por um casal em que haja um elemento feminino, a maternidade de substituição apenas é admitida quando esta tenha nascido com ausência do útero ou mal formação uterina que impeça a gravidez, quando tenha sofrido histerectomia por razões médicas ou quando seja portadora de doença que impeça a gravidez com sucesso e sem possibilidade de existir grave risco de vida.

- Pagamentos: Autoriza-se que exista um pagamento de todas as despesas médicas inerentes ao processo incluindo pagamento de despesas médicas, com as instalações profissionais de saúde entre outros mas também, despesas inerentes a deslocações, não sendo admitida qualquer outro tipo de contribuição, sob pena da ilegalidade do contrato.

- Entrega da criança: A Mãe de substituição tem 30 dias para decidir se entrega ou não a criança aos contraentes. Ao entregar a criança, os contraentes assumem a sua posição jurídica de paternidade/maternidade da criança; caso não entregue, a solução passa para os tribunais decidirem à luz da regulação do poder paternal.

\* A prática da maternidade de substituição de forma ilegal deveria ser punida com um conjunto de medidas que a seguir vamos anunciar:

- Nulidade dos contratos celebrados;

- Aplicação de uma sanção pecuniária (coima) aos infractores. A sanção pecuniária aplicada deverá depender da gravidade da infracção praticada;
  
- Trabalho de angariação realizado deverá ser considerado como crime, punível com uma pena de prisão de curta duração. Caso os angariadores sejam clínicas, neste caso pessoas colectivas, poderão ser aplicadas além da sanção pecuniária de coima, uma sanção acessória de inibição do exercício da actividade médica, caso a infracção seja de carácter muito grave;
  
- Os profissionais de saúde que praticarem estes actos de forma ilegal deverão ser punidos ao abrigo da sua Ordem Profissional, com sanções desde a advertência até à proibição do exercício da profissão, consoante a gravidade da sua infracção;
  
- No caso da entrega voluntária da criança na maternidade de substituição gestacional, a Mãe de substituição deverá ser obrigada a entregar a criança, no prazo máximo de 10 dias e a pagar uma sanção pecuniária (coima);

\* Estabelecimento da Filiação

Nos termos do artigo 1796º, nº 1 do Código Civil, a Mãe de substituição é considerada como Mãe da criança até ao momento que entregue voluntariamente a criança aos contraentes. No momento da entrega, a transferência como Mãe passa directamente (sem necessidade de homologação) para a contraente.

Contudo, existem duas situações específicas: no caso dos contraentes serem um casal homossexual do sexo masculino, a Mãe de substituição continua a ser considerada Mãe da criança e se o casal contraente tiver dois elementos do sexo feminino, então é considerada Mãe da criança, aquela que tiver fornecido o óvulo.

## CONCLUSÃO

Começamos por analisar a questão da temática da maternidade de substituição. Antes da criação da Lei de Procriação Medicamente Assistida em 2006, não havia uma noção exacta do conceito, existindo apenas conceitos determinados pela nossa doutrina. No trabalho, procuramos mencionar a definição do conceito de alguns autores portugueses e estrangeiros.

Com a introdução do diploma e nos termos do artigo 8º, nº 2 da Lei 32/2006, “entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que a mulher suporta uma gravidez por conta de outrém e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

De seguida, foi analisada a questão histórica do instituto, desde dos primórdios até aos tempos recentes, passando pelos casos famosos como o “Baby M”. No ordenamento jurídico português, a maternidade de substituição esteve em constante evolução ao longo dos tempos.

Em Portugal, podemos ter várias modalidades de maternidade de substituição: a fertilização *in vitro* ou relação sexual; a substituição gestacional ou substituição genética; contrato formal ou informal e por fim, a substituição comercial ou altruística.

No capítulo seguinte, foi abordada o instituto à luz dos ordenamentos jurídicos do direito comparado. Sistematizamos neste espaço, as diversas normas legais, doutrinárias e jurisprudenciais dos ordenamentos estrangeiros. Existem Países com distintas normas/leis, que passam pela proibição completa da prática, pela aceitação da maternidade de substituição, até à aceitação parcial do instituto; contudo alguns ordenamentos jurídicos incluem na sua lei várias normas reguladoras do modo de funcionamento do instituto.

A questão do turismo reprodutivo consiste no movimento de pessoas para outro estado ou jurisdição, de modo a obter determinado tipo de assistência médica reprodutiva, à qual não podem aceder no seu País de origem; as causas de recurso são diversas e as mais variadas possíveis, desde a questão monetária, maior facilidade de acesso, políticas legais, entre outras.

O capítulo seguinte é dedicado à evolução da prática da maternidade de substituição em Portugal; começando pelos antecedentes da criação da lei reguladora da procriação medicamente assistida. No que diz respeito à Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, a respectiva introduz diversas questões pertinentes e relevantes no que toca aos seus beneficiários, quais as técnicas permitidas, as idades exigíveis, sua definição, a onerosidade/graciosidade e qual a sanção da sua prática de forma ilegal. Por fim, explanamos de forma precisa as várias propostas de alteração da lei que ocorreram posteriormente a 2006.

No capítulo seguinte, destacou-se a importância da maternidade de substituição no que respeita aos argumentos contra e a favor da prática. A doutrina e jurisprudência apresentam os diversos argumentos/opiniões que balancam da aceitação/rejeição do instituto.

No último capítulo, apresentamos diversas posições legislativas possíveis: possibilidade de liberação da prática de forma livre; a Mãe de substituição como uma mera prestadora de serviços; Mãe de substituição é que tem a decisão de manter a criança ou dá-la aos Pais contraentes; escolha da Mãe substituta e Pais contraentes; analogia ao regime da adoção e a proibição total da prática.

O final do capítulo é dedicado à nossa interpretação do instituto da maternidade de substituição, admitindo a possibilidade da prática, contudo com algumas restrições já elencadas.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Lúgia Carvalho e MAGALHÃES, Ana Sofia de – *A Europeização do Direito Constitucional Português em matéria de Direitos Fundamentais – O Caso do Direito à Identidade Genética*

ALCANTARA, Marcello de – *Maternidade de Substituição no estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras*, Lex Medicinæ, Ano 8, nr. 16, 2011;

ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos e MARTEL, Letícia de Campos Velho – *Gestação de Substituição: Regramento do Direito Brasileiro e seus aspectos de Direito Internacional Privado*, LCV Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014;

ASCENÇÃO, José de Oliveira – *A Lei Nº 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida*, Revista da Ordem dos Advogados, in [www.oa.pt](http://www.oa.pt);

BORGES, Daniella Aloíse, - *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida post mortem: Quadro Geral e Implicações Sucessórias*, Universidade de Coimbra, 2014;

CAMPOS, Alexandra Pagará de – *A Lei nº 32/2006, de 26 Julho – A Regulação das Técnicas de Procriação Medicamente Assistida em Portugal*, Vol. 24, nº 2 – Julho/Dezembro 2006

CASTRO, Inês de – *Barrigas de Aluguer*, Licenciatura em Sociologia, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2004;

CASTRO, Carolina Corlito de – *Maternidade de Substituição no Direito Comparado e no Direito Brasileiro*, 2013

CORTE REAL, Pamplona – *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*, Estudos de Direito de Bioética – Vol. I, Almedina, 2005

DUARTE, Patrícia Alexandre Gonçalves da Silva – *Reprodução Medicamente Assistida e Direito Penal – Beneficiários, Sanções e Perspectivas de Futuro face ao Contexto Global*, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa 2014;

DUARTE, Tiago – *In Vitro Veritas? – A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (Questões fundamentais. A doutrina geral do crime)*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

GAGO, Joana Isabel Fontinha – *Maternidade de Substituição, Legalidade e Aplicabilidade, Altruísmo e Valor da Vida Humana*, Universidade de Lisboa, Faculdade de Medicina, Lisboa, 2012;

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2007

GOUVEIA, Fátima Dalina Gomes – *Implicações sobre Procriação Medicamente Assistida*, Revista Referência II, Série nr. 12 – Maio 2010;

GUIMARÃES, José Miguel – *As dificuldades do Acesso de Casais Homossexuais à Procriação Medicamente Assistida*, FDUNL, 2012;

LIMA, Catarina Saraiva e COSTA, Marta – *A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*, Lusíada, Direito, Lisboa nr. 120, 2012;

MARTINS, Josiene Jung – *A maternidade substitutiva na reprodução assistida e necessidade da sua representação jurídica*, 25 de Novembro de 2008, Faculdade de Direito da Portificia, Universidade Católica de Rio Grande do Sul

NETO, Susana Costa - *Um exemplo de turismo médico: a maternidade de substituição além-fronteiras*, Instituto Superior Bissaya Barreto, 2012



NODIM, Nuno e LEONARDO, Joana – *As Representações dos Técnicos de Saúde de uma Maternidade face à Substituição Gestacional e às Hospedeiras Gestacionais (Barrigas de Aluguer)*, *Análise Psicológica* XXIII, 2005;

OLIVEIRA, Guilherme de – *Mãe só há duas! O contrato de gestação*”, Coimbra Editora, 1992

OLIVEIRA, Guilherme de – *Aspectos Jurídicos de Procriação Assistida*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, Vol. III, 1989

PATTO, Pedro Vaz – *Maternidade de Substituição – Um Retrocesso Social*, in [www.federacaovida.com.pt](http://www.federacaovida.com.pt);

PINHEIRO, Jorge Duarte – *Procriação Medicamente Assistida, Curso de Direito de Bioética*, Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados;

RAPOSO, Vera Lúcia – *De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas Suscitadas para Maternidade de Substituição*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora 2005;

RAPOSO, Vera Lúcia – *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Medicinæ*, Ano 2, nº 3, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia – *Maternidade de Substituição, Quando a Cegonha chega por Contrato*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Março 2012;

SÁ, Flávia e CASTRO, Marta – *Procriação Medicamente Assistida, Faculdade de Direito*, Universidade Nova de Lisboa, 2011.

SILVA, Miguel Oliveira da – *Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de Substituição*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Março de 2012

VARELA, Antunes – *Inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, 1995

## LEGISLAÇÃO E OUTROS DOCUMENTOS

Acórdão Tribunal Constitucional nº 110/2009, de 3 de Março (in Diário da República nº 64, Série II)

Lei da Procriação Medicamente Assistida – Lei nº 32/2006, de 26 de Julho

Código Civil 2015

Código Penal 2015

Convenção dos Direitos da Criança de 1990

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Decreto-Lei nº 415/VII (in Diário da República, II Série A, nº 80/VII/4, de 16 de Julho de 1999)

Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: nº 3/CNECV/93

Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: nº 15/CNECV/97

Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: nº 21/CNECV/97

Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: nº 23/CNECV/97

Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: nº 31/CNECV/97

Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: nº 63/CNECV/12

Proposta de Lei nº 135/VII (in Diário da República, II Série A, nº 69/VII/2, de 01 de Agosto de 1997)

Projecto-Lei nº 90/IX (in Diário da República, II Série A, nº 18/IX/I, de 04 de Julho de 2002)

Projecto-Lei nº 371/IX (in Diário da República, II Série A, nº 12/IX/2, de 05 de Novembro de 2003)

Projecto-Lei nº 141-X (in Diário da República, II Série A, nº 34/X/1, de 20 de Julho de 2005)

Projecto-Lei nº 151-X (in Diário da República, II Série A, nº 47/X/1, de 07 de Setembro de 2005)

Projecto-Lei nº 172-X (in Diário da República, II Série A, nº 55/X/1, de 13 de Outubro de 2005)

Projecto-Lei nº 122-XII (in Diário da República, II Série A, nº 87/XII/1, de 24 de Dezembro de 2011)

Projecto-Lei nº 131-XII (in Diário da República, II Série A, nº 95/XII/1, de 11 de Janeiro de 2012)

Projecto-Lei nº 138-XII (in Diário da República, II Série A, nº 100/XII/1, de 18 de Janeiro de 2012)

## NETGRAFIA

[www.cienciahoje.pt](http://www.cienciahoje.pt)

[www.cneqv.pt](http://www.cneqv.pt)

[www.dn.pt](http://www.dn.pt)

[www.dre.pt](http://www.dre.pt)

[www.expresso.sapo.pt/os-13-criterios-para-as-barrigas-de-aluguer=f716654#ixzz3XyEC9TzM](http://www.expresso.sapo.pt/os-13-criterios-para-as-barrigas-de-aluguer=f716654#ixzz3XyEC9TzM)

[www.federacao-vida.com.pt](http://www.federacao-vida.com.pt)

[www.ferticentro.pt/tratamentos/fecundacao](http://www.ferticentro.pt/tratamentos/fecundacao)

[www.oa.pt](http://www.oa.pt)

[www.vivita.com.br/tratamentos/fertilização-in-vitro-fiv](http://www.vivita.com.br/tratamentos/fertilização-in-vitro-fiv)

[www.visao.sapo.pt/conselho-nacional-pma-quer-maternidade-de-substituicao-para-sobreviventes-de-cancro-poderem-ser-maes=f773752#ixzz3XyDYHv1X](http://www.visao.sapo.pt/conselho-nacional-pma-quer-maternidade-de-substituicao-para-sobreviventes-de-cancro-poderem-ser-maes=f773752#ixzz3XyDYHv1X)