UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO: EM ESPECIAL A CRIMINALIZAÇÃO DO CONTRATO ONEROSO

JOÃO MIGUEL LEAL REBOLA

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Jurídico-Forense

Orientadora: Doutora Vera Lúcia Raposo

COIMBRA

2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO: EM ESPCIAL A CRIMINALIZAÇÃO DO CONTRATO ONEROSO

João Miguel Leal Rebola

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Área de Especialização: Jurídico-Forense
Orientadora: Doutora Vera Lúcia Raposo

COIMBRA

2013

Lista de Siglas

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CDHBio – Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa

CRP – Constituição da República Portuguesa

PMA – Procriação Medicamente Assistida

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

TC – Tribunal Constitucional

AC – Acórdão

CC – Código Civil

CP – Código Penal

Prefácio

“ Quando a gente acha que temos todas as respostas, vem a vida, e muda todas as perguntas”

Luís Fernando Veríssimo

Índice

1. **Enquadramento da questão**..... 6
2. **Noção de Maternidade de substituição**..... 7
3. **A Maternidade de Substituição em outros Ordenamentos Jurídicos**..... 8
4. **Proibição Legal da Maternidade de Substituição (Portugal)**..... 10
5. **Criminalização da Maternidade de Substituição** 16

5.1 – Direito Penal assente na Moralidade e nos Bons Costumes..... 20

5.2 - Inexistência de Bem Jurídico na Maternidade de Substituição..... 24

6. **Argumentos contra a Maternidade de Substituição** 28
7. **Argumentos a favor da Maternidade de Substituição……....**31
8. **Possível legalização da Maternidade de Substituição: Legitimidade de acesso…..**38
9. **Conclusão……..….**45

1. Enquadramento da questão

Recuando no tempo, os tempos que hoje vivemos em nada se assemelham aos passados, foi-se o tempo em que o casamento era a única forma de constituição de família, o tempo em que o estatuto de filho advinha simplesmente de um sistema baseado em vínculos genéticos, o tempo em que estes surgiam necessariamente de uma relação sexual, dentro ou fora do casamento.

A maternidade de substituição, sendo um fenómeno que não é novo, nos dias que correm é uma prática cada vez mais utilizada, não só devido à infertilidade que assola muitos casais, e não abdicam apesar de todas as dificuldades do desejo de ter filhos, como também porque os processos de adopção são muito lentos e complexos.

A mulher que gera um filho para terceiros pode ter várias designações, entre as quais "mãe hospedeira" ou "mãe de aluguer". Porém os diplomas que foram discutidos em Portugal optaram pela designação de "mãe de substituição", sugerindo a mesma designação que esta não é a verdadeira mãe, o que gera consternação, pois foi a mãe de substituição que deu a luz a criança, e de acordo com a lei portuguesa esta seria a verdadeira mãe, artº 1796/1 do Código Civil [1]. O desenvolvimento médico e científico evidenciado nos últimos anos têm sido a "alavanca" para a proliferação de fenómenos como é o caso da "maternidade de substituição", pondo em causa conceitos tradicionais e basilares da sociedade em que vivemos, desde logo o conceito de maternidade, o estatuto de família e ainda relativamente às relações que se verificam no seu seio. Não consistindo a Maternidade Substituição numa técnica de reprodutiva, esta é estudada como tal, apesar de não ser necessário recorrer a tecnologias sofisticadas. O procedimento exige o recurso a assistência médica, sendo esta exigida por lei ainda que tal não se configure necessária.[2]

---

[1] Cfr. Raposo, Vera Lúcia - De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 10

[2] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe, Questões Legais e éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 9 e 10

Outro dos problemas que este fenómeno suscita é o da legitimidade de incriminação tendo como padrão o princípio jurídico-constitucional do Direito Penal do bem jurídico, considerado por alguns autores questionável[3], tendo por base a identificação do bem jurídico subjacente, se é que este existe, e, consequentemente a necessidade que é exigida por qualquer tipificação penal de se fundar num bem jurídico nitidamente identificável.

2. Noção de Maternidade de substituição

De uma forma muito simplista, a "Maternidade de Substituição" pode ser entendida como " o acordo mediante o qual uma mulher se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente entrega-lo a outra mulher (ou, em casos mais complexos, a um homem), renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, inclusive à qualificação jurídica de "mãe" " [4].

Porém, reconhece-se várias modalidades de Maternidade de Substituição, desde logo, o exemplo em que o óvulo da mãe substituta é fecundado com o esperma do membro masculino do casal contratante, configurando este o caso típico, no qual, temos um casal cujo esposa é infértil, ou não pode por motivos vários (ex: de saúde) ter filhos, mas que alimenta o desejo de ter filhos e sinta a necessidade de que a criança tenha ligação biológica com pelo menos um dos pais. Mas a sociedade actual configura-se de forma distinta da que tínhamos há décadas atrás, uma vez que poderemos estar perante uma pessoa singular, sendo esta homem ou mulher, podendo estas terem orientações sexuais diversas, ou ainda, estarmos perante um casal heterossexual ou mesmo homossexual. Sendo assim, outra das modalidades é semelhante à acima descrita com a diferença de os óvulos, serem doados por uma dadora; outra das hipóteses é o embrião ser fecundado com gâmetas do casal contratante, e posteriormente transferido para outra mulher, que procede a gestação; os óvulos fecundados são elemento

[3] Cfr. Antunes, Maria João, p. 92 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o direito Penal?
[4] Cfr. Raposo, Vera Lúcia, p. 13 – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição *apud* Guilherme de Oliveira, Mãe há só uma (Duas)! (Contrato de Gestação), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 9

feminino do casal, mas neste caso o esperma pertence a um terceiro, sendo o embrião daí resulta transferido para a mulher que o deverá gerar; o embrião resulta da fecundação de um óvulo da "mãe de substituição" com esperma de um dador, que pode pertencer ao marido inclusive; por último o caso em que a fecundação dos gâmetas provenientes de dadores, da qual resulta o embrião, sendo este transferido para a mulher que o gera[5].

As primeiras modalidades mencionadas apresentam desde logo um elemento comum, o facto de nestes casos o vínculo genético com um, ou ambos os elementos do casal está sempre presente, o que em muitos casos, se revela determinante para as pessoas que recorrem a este instituto. Ora, este elemento já não se verifica nas duas últimas modalidades referidas anteriormente, não existindo entre o casal e o feto, qualquer ligação biológica, e é nestes casos que se torna questionável a admissibilidade da Maternidade de Substituição, pois nestes casos nem se torna possível o casal alegar que estão no seu direito a ter filhos, uma vez que, a génese desse direito importa que exista ligação biológica entre o feto e o casal, ou pelo menos com um dos elementos do casal.[6]

3. A Maternidade de Substituição em outros Ordenamentos Jurídicos

No direito Estrangeiro encontramos essencialmente três posições distintas relativamente ao contrato de Maternidade de Substituição, aqueles em que proíbem em absoluto esta prática, os que pelo contrário admitem sem qualquer restrição e ainda aqueles que admitem apenas na modalidade gratuita e quando observadas determinadas condições.

[5] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição,pág. 14 *apud* Yolanda Gomez Sanchez, El Derecho a la Reproduccion Humana, Marcial Pons, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 137 e 138; Guilherme de Oliveira, Mãe há só uma…, cit., p.9.

[6] Cfr Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição,pág. 14

Em França, prevê o Código Civil Francês no seu artigo 16-7, considera nula toda a convenção envolvendo maternidade de substituição[7]. Sanção da nulidade também prevista na Lei Espanhola nº 35, de 28 de Julho de 2008. À imagem destas, situa-se a Lei Portuguesa, Lei 32/2006, de 26 de Julho, que considera nulos os negócios jurídicos de maternidade de substituição, porém contestada pela doutrina, nomeadamente José Oliveira de Ascensão *"é extrema e percebe-se o intento: pretende-se desanimar o negócio, determinando que terá sempre o efeito contrário ao pretendido. A gestante será considerada a mãe. Mas a solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o novo ser e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação"*[8].

Uma posição mais intermédia o Reino Unido, proíbe a maternidade de substituição na modalidade onerosa, mas permite a modalidade gratuita, desde que se verifique o consentimento da mãe substituta seis semanas após o parto. À semelhança do Reino Unido, o Canadá e a Grécia adoptam a mesma posição.

No outro extremo encontram-se os Estados Americanos do Arkansas e Nevada, onde é permitida o contrato de maternidade de substituição tanto na modalidade gratuita como onerosa. Neste prisma, na Índia, que além de permitir as diferentes modalidades de contratação, ainda estabelece imposições contratuais para a mãe de substituição, nomeadamente o dever de permanecer durante toda a gestação em alojamentos vinculados à clínica, onde é seguido uma rotina prudente até ao nascimento e entrega da criança aos pais, titulares do projecto parental[9].

---

[7] Cfr. Marcelo Truzzi Otero – Tese de Mestrado – Contratação da Barriga de aluguer gratuita e Onerosa – Legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança.
[8] Cfr. http://www.apdi.pt/apdi/doutrina/lei%2032-06%20pma.pdf, apud, Marcelo Truzzi Otero – Tese de Mestrado – Contratação da Barriga de aluguer gratuita e Onerosa – Legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança.
[9] Cfr. Revista Veja, Editora Abril, edição de 21 de Outubro de 2009, p. 118, apud, Marcelo Truzzi Otero – Tese de Mestrado – Contratação da Barriga de aluguer gratuita e Onerosa – Legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança.

4. Proibição Legal da Maternidade de Substituição (Portugal)

A Lei 32/2006, de 26 de Julho regula a utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida, sendo a proibição da maternidade de substituição incluída neste diploma. O referido diploma, configura-se de forma generalizada equilibrado e representativo dos valores dominantes na sociedade portuguesa, privilegiando uma postura de humildade perante a ciência, remetendo muitas das soluções para o postulado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). Porém mostra-se inflexível no que toca a princípios estruturantes do ordenamento jurídico, entre os quais, a não descriminação e a proibição do lucro com base em produtos biológicos de origem humana[10].

Esta "técnica", (Maternidade de Substituição) é vetada, quer seja ela na modalidade gratuita ou onerosa, artº 8 nº 1, da lei 32/2006 de 26 de Julho, *"São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição",* no caso de uma mulher se prestar a gerar um filho para outrem, esta será considerada a mãe da criança, sendo este negócio considerado nulo. Esta norma está em harmonia com o Código Civil Português, o qual estipula no artº 1796, nº 1 o parto como elemento determinante da maternidade[11], pelo que seria a mãe da criança a mulher que deu à luz, como refere o Doutor Guilherme de Oliveira, esta norma *" tem uma intenção determinada: vincar a total sujeição da lei ao facto biológico da maternidade…, e retirar à mãe qualquer possibilidade de impedir a constituição do estado."* Porém, o avanço científico que deu origem à fecundação *in vitro,* veio possibilitar a gestação por conta de outrem, provocando desta forma um forte abalo num princípio que até então se mostrara inquestionável.[12] Esta prática é de tal forma repudiada que é elevada ao

[10] Cfr. André Dia Pereira e Vera Lúcia Raposo – Lex Medicinae – Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, pág 90
[11] Cfr. André Dia Pereira e Vera Lúcia Raposo – Lex Medicinae – Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, pág. 95
[12] Cfr. Instituto dos Registos e Notariado – Parecer – Registo de Nascimento – Maternidade de substituição, P.º C.C. 96/2010 SJC -

estatuto de crime quando esta seja praticada de forma onerosa, artº 39, responde criminalmente pela prática da maternidade de substituição " *Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias."* e ainda " *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 púnico com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias"* uma vez que atenta sempre contra a liberdade de "dispor do corpo", se esta não for suportada pelo consentimento do titular.

Nestes casos surgem algumas dúvidas, não tanto por não se identificar um bem jurídico digno de tutela penal, face à protecção jurídico-constitucional da identidade genética, antes sim, por este bem não carecer de tutela penal. Esta norma aponta no sentido da não criminalização da concretização de contratos de maternidade de substituição a título gratuito, ficando desta forma demonstrado que não é o aquele bem jurídico que é fundamento da incriminação, mas sim, o propósito de tudo o que possa ser visto como exaltação de uma ideia de comércio associado[13]. A concordância com a substituição altruística e a discordância com a de carácter comercial tem levantado algumas questões, por um lado, porque quando se opta pela maternidade de substituição de carácter oneroso, em regra, reportam-se estas a mulheres de, classe social e económica baixa, supondo desta forma a exploração destas, pagando por uma vida atentando contra princípios básicos da civilização. Por outro lado, o altruísmo de algumas mulheres pode estar "mascarado", sendo na realidade uma substituição coerciva, desde logo pelas carências económicas que a mãe de substituição seja vítima, ou ainda, casos de uma vulnerabilidade psicológica por parte da mãe substituta em relação aos contratantes. Actualmente, verificam-se cada vez menos casos destes, sendo a maternidade no mundo Ocidental um acto voluntário.

---

http://www.irn.mj.pt/IRN//sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/p-c-c-96-2010-sjc/downloadFile/file/CC96-2010.pdf?nocache=1336048963.7

[13] Cfr. Antunes, Maria João – Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias, Procriação Medicamente Assistida, Questões Novas ou questões Renovadas para o Direito Penal? pág. 90 e 91

Existem porém, autores, como Margaret Radin[14], que se opõem a este tipo de contractos, mas reconhecem as virtudes da modalidade onerosa, uma vez que proporcionam a estas mulheres desfavorecidas, uma melhoria na sua qualidade de vida.

No que toca ao Direito Penal, este é um direito que intervém como *ultima ratio*, ou seja, quando outros meios de ordenação social falharam, daí que seja necessário que se demonstre a incapacidade desses mesmos meios para que se justifique a intervenção do Direito Penal. Foram poucos os sistemas jurídicos que optaram por punir criminalmente as partes do contrato, desde logo, porque reconheceram que faltava nelas a intenção criminosa prosseguida pelo direito Penal[15]. Assim, uma pura e simples proibição não extinguiria todos os problemas, tanto legais como morais que esta prática acarreta, podendo esta provocar determinadas consequências, desde logo, a existência de um mercado negro de crianças, onde os intervenientes neste processo ficariam desprotegidos, não havendo aconselhamento nem fiscalização. Sendo um mercado paralelo a oferta diminuiria significativamente, implicando uma subida substancial dos preços. Sendo essa proibição total do ponto de vista mais radical do Direito Penal ou mais benévola através dos instrumentos de Direito Civil, não se produzirá os efeitos pretendidos uma vez que, a maternidade de substituição continuará a praticar-se clandestinamente, e em condições que se revelariam precárias e atentatórias para as partes e particularmente à mais frágil, a criança. O desrespeito por uma proibição nunca pode ser fundamento para a sua revogação, porém quando essa mesma provoca maiores perigos e insegurança, tal revogação poderá tornar-se mais convincente.

Admitindo legalmente a maternidade de substituição, torna-se imperativo determinar os seus requisitos de legitimidade e as regras rigorosas que a regulam, tendo estas necessariamente dupla finalidade. Por um lado, desmotivar o recurso a esta técnica reprodutiva, através de imposições compulsivas,

[14] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 124

[15] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 119 e 120

sancionando as partes que não cumpram o estipulado, e por outro lado proteger as partes que careçam de tutela legal[16].

O Nosso ordenamento jurídico, à semelhança do que se passa na maior parte dos países, tem como base duas presunções, por um lado a prevista no artº 1796, nº 1 Código Civil, no qual o parto é factor decisório para determinar quem é a mãe, assumindo este uma relevância não só legal, mas também social e emocional. Por outro lado, é manifesta a preferência pela filiação biológica ao invés da filiação legal, quando a primeira é estabelecida.

A lei parte do pressuposto de que a maternidade gestacional coincide obrigatoriamente com a maternidade genética, porém com a evolução da ciência e da medicina, tornou-se possível uma mulher gerar no seu útero um embrião a partir de um ovócito proveniente de outra mulher, tornando assim esta pressuposição desadequada. Desta forma, tal presunção deixa de ter carácter absoluto, pois o parto deixa de funcionar como critério incontestável de determinação da maternidade[17].

No caso de estarmos perante um contrato de maternidade de substituição, parte-se do pressuposto que a gestação é o meio mais eficaz para adquirir direitos sobre uma criança, pois esta indica a pessoa que cuidou da criança até ao seu nascimento. Porém, será inegável que perante um contrato deste género, os pais contratantes também prestam cuidados de forma indirecta à criança durante a fase de gestão, nomeadamente, através de cuidados prestados à mãe de substituição. Muitos autores defendem que os direitos da mãe de substituição sobrepõem-se aos direitos dos pais contratantes, é o caso de Uma Narayn, " The Gift of a Child…"[18]. Nos casos em que uma mãe de substituição se negar a entregar a criança, tudo porque durante a gestação desenvolveu um sentimento forte pela criança, não parece justo que simplesmente se diga aos pais contratantes que procurem outra criança. Surge neste contexto a questão, de que, se a gestação da mãe de substituição com tudo aquilo que esta acarreta não se

[16] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 128 e 129

[17]Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 140

[18] Cfr. Uma Narayn, The Gift of Child" apud Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 89 e 90

sobrepõe a vontade expressa previamente pelas partes no contrato. Sobre esta matéria Mary Lyndon Shanley defende que a lei deve privilegiar a protecção da relação da mãe com o feto, sendo que, a mulher e o feto devem ser contemplados como um só, e não como dois indivíduos separados, sendo que os interesses dos contratantes podem ser adequadamente preservados pelos direitos de visita[19]. Por outro lado, pode a mãe de substituição não sentir qualquer afinidade pela criança, uma vez que sabe à partida que esta tem o destino de ser entregue a outrem, e existe o risco de negligenciar a gestação através de comportamentos de risco para o feto, tais como o consumo de álcool, de estupefacientes, actividades físicas excessivas, etc.. Havendo um controlo destes comportamentos por parte dos pais contratantes, tal parece ser uma opção legal demasiado protectora dos interesses dos pais contratantes, mas tal controlo não tem como objectivo principal a protecção dos pais contratantes, mas sim os interesses da parte mais frágil e desprotegida da relação, a criança[20].

A Lei 32/2006, de 26 de Julho assenta em princípios gerais, desde logo, o Princípio da dignidade humana e da não descriminação, sendo que estes já se encontram consagrados na Constituição da República Portuguesa e na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, do conselho da Europa. Porém, este diploma opta por uma terminologia distinta da que é postulada pela Convenção de Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa, adoptando a designação "dignidade humana" ao invés de "dignidade da pessoa humana". Tal distinção poderá ser justificada pelo estatuto jurídico do embrião, na qual, o embrião não é equiparado à pessoa humana, pelo que, não deixa de lhe atribuir protecção jurídica.

No que toca à não descriminação, a lei reconhece a descriminação com fundamento no património genético, encontrando-se esta já proibida pelo artº 11 da CDHBio (Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa), e pelo artº 13 da CRP recorrendo a uma interpretação extensiva da norma. Ainda relativamente à não descriminação, disciplina o artº 15, nº 5 da Lei

[19] Cfr. Mary Lyndon Shanley, " Surrogate Mothering and Women's Freedom,…" apud Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 90

[20] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 91

32/2006, de 26 de Julho " *O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA"*, proibindo a descriminação com base no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA[21].

Outro dos princípios gerais no qual o diploma em apreço assenta é o da protecção da integridade física e moral dos sujeitos que beneficiam das técnicas de PMA, para tal assume relevância os artº 5, artº 24, nº4 e artº 12 do mesmo diploma. Assim, a presente lei regula que as referidas técnicas só podem ser ministradas em centro públicos ou privados que se encontrem expressamente autorizados para o efeito pelo Ministério da Saúde, sempre de acordo com os melhores parâmetros de qualidade. A este princípio foi atribuída tal importância que o legislador entendeu que era merecedor de protecção do Direito Criminal, artº 34, "*Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos."*[22]. O regime do consentimento informado, regulado no artº 14, é outra das manifestações do princípio da protecção da integridade física e moral das pessoas. Porém, o referido artigo assume outra finalidade no que toca ao Direito dos Beneficiários serem "*informados das condições em que seria possível recorrer à adopção e a relevância social que este instituto assume"(artº 12, al.e)),* assim como, promover a adopção e evitar que os benificiários sejam sujeitos a técnicas dolorosas do ponto de vista físico e psicológico, como é o caso das PMA, quando, podem optar livremente pela adopção como uma alternativa de exercer a maternidade e paternidade.

A proibição de obtenção de lucro assume bastante relevância neste contexto, desde logo, porque para alguns autores representa sobretudo o pagamento de uma vida, o que atenta aos princípios básicos da nossa civilização[23]. Tal proibição já se encontrava regulamentada no artº 21 da CDHbio[24], (Proibição de obtenção de Lucro), *" O corpo Humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros."*. Esta proibição

[21] Cfr. André Dia Pereira e Vera Lúcia Raposo – Lex Medicinae – Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, pág. 90 e 91
[22] Cfr. André Dia Pereira e Vera Lúcia Raposo, nota de rodapé (3) – Lex Medicinae – Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, pág. 91
[23] Cfr. Guilherme de Oliveira – Mãe há só uma, Duas - Contrato de Gestação, pág. 22
[24] Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa.

resulta de forma mais específica da interpretação dos artº 8 e 39 da Lei 32/2006 de 26 de Julho, nos quais, se prevê a proibição da maternidade de substituição e a criminalização somente dos contractos onerosos respectivamente. Com esta incriminação da maternidade de substituição de carácter oneroso, o legislador prova que nutre um maior desvalor por esta modalidade[25].

5. Criminalização da Maternidade de Substituição

A maternidade de substituição constitui um ilícito criminal nos casos previstos no artº 39 da Lei 32/2006, de 26 de Julho, *" 1 – quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias."*, e *"2 - 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."*. No número dois deste artigo, a lei refere-se aos que praticam angariação de mães de substituição.

Tratando-se de um ilícito criminal, importa salientar que ao Direito Penal cabe a tutela de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Para tal assume grande importância a noção de bem jurídico, construindo um padrão crítico do sistema jurídico-penal. Concordando que a ordem do bem jurídico através de uma analogia material, constitui uma ordenação axiológica como a que preside à Constituição, apoiada numa correspondência de sentido e fins. Tal correspondência surge devido à ordem jurídico-constitucional constituir um quadro de referência, mas também um critério regulativo da actividade punitiva do Estado[26]. O que se trata é procurar na Constituição, enquanto instrumento fundamental de uma ordem jurídica, princípios capazes de exercer a função

[25] Cfr. André Dia Pereira e Vera Lúcia Raposo, p. 92 – Lex Medicinae – Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida.
[26] Cfr. Antunes, Maria João – p. 81 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Procriação medicamente Assistida – Questões novas ou questões renovadas para o Direito Penal?

legitimadora-limitadora de uma eventual criminalização.[27] Pelo exposto anteriormente, se afirma que, os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem ser considerados concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos e deveres fundamentais, assim como, à ordenação social, política e económica.

O critério decisivo de intervenção do direito penal é o da "carência" de tutela penal, não sendo suficiente que, se delimite a incriminação com fundamento na tutela de um bem jurídico-penal. Como tal, o direito penal constitui *ultima ratio* da política social, tendo uma natureza subsidiária, constituindo uma violação do princípio da proibição do excesso quando um bem jurídico possa ser suficientemente tutelado através de outros meios, ou quando, a intervenção penal seja comprovadamente inadequada, ou seja, quando de tal intervenção resultem mais violações do que as que se pretende evitar, estando tal posição bem patente na jurisprudência do Tribunal Constitucional[28]. Ora, todos estes critérios legitimadores da intervenção penal, são postos em causa com as incriminações em matéria de procriação medicamente assistida, e mais concretamente na maternidade de substituição, desde logo porque o tema permite uma abordagem diversificada, tanto no campo moral, ético ou mesmo científico. Numa apreciação valorativa do direito penal sobre a sua compreensão, no que toca a dar resposta as necessidades dos tempos actuais, é perceptível que os paradigmas do direito penal dos últimos tempos têm sobrevivido, sofrendo uma erosão. O modelo iluminista, que tem servido de fundamento a muitos dos princípios estruturantes do direito penal ocidental, parece já não dar uma resposta adequada aos problemas novos desencadeados por situações também elas novas[29]. Sendo já patente, nas primeiras propostas de incriminação nesta matéria, que ao direito penal, cabe a função de tutelar bens jurídicos e não concepções morais[30].

---

[27] Cfr. Maria da Conceição Cunha – Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, pág. 122

[28] Cfr. Antunes, Maria João – p. 82 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Procriação medicamente Assistida – Questões novas ou questões renovadas para o Direito Penal?

[29] Cfr. José de Faria da Costa – p. 113 e 114 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Bioética e Direito penal, reflexões possíveis em tempos de incerteza

[30] Cfr. Figueiredo Dias/Sinde Monteiro - "Responsabilidade médica em Portugal", Boletim do Ministério da Justiça, nº 332, 1984, p. 75 e ss. *apud* . Antunes, Maria João – p. 86 – Estudos em Homenagem ao

Concordando que a ordem jurídico-constitucional constitui em simultâneo um quadro de referência e um critério regulativo da actividade punitiva do estado, no que toca às incriminações respeitantes a PMA, presume-se que sejam tidas em consideração as disposições constitucionais que tem a ver com a temática, como é exemplo o nº3 do artº 26 e alínea *e)* do nº2 do artº 67 CRP, assim como, as normas que estão de forma directa relacionadas com as técnicas de PMA, como é o caso dos artº 26, nº1, e 36º, nº1 CRP uma vez que são normas que servem de referência a Bens jurídico-penais. No que toca à não punição da maternidade de substituição a título gratuito, entende o Tribunal Constitucional, mais concretamente no acórdão nº 101/2009, que a opção do legislador não criminalizar a maternidade de substituição de carácter gratuito não é censurável. Para tal, assume especial relevância o artº 8 da Lei 32/2006, a qual proíbe expressamente qualquer negócio jurídico de maternidade de substituição, independentemente de este ter carácter gratuito ou oneroso. Porém no artº 39 da mesma Lei criminaliza a celebração e promoção de contratos de maternidade de substituição a título oneroso, deixando de fora de incriminação dos que são celebrados a título gratuito, prevendo para estes apenas efeitos civis (nulidade do negócio). Reconhece o Tribunal Constitucional que existem nestes casos bens jurídicos dignos de tutela, tais como, o direito à identidade pessoal, o direito ao desenvolvimento da personalidade e ainda, o direito às condições de um integral desenvolvimento. Porém, no cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que são estabelecidos pela Constituição ao consagrar um direito fundamental, é concedido ao legislador, uma margem de livre apreciação no que concerne à escolha dos meios que considera mais adequados para garantir esse bem (Direito Civil, Administrativo, Direito de mera ordenação social…)[31], não sendo este obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entenda que um determinado bem jurídico é digno de tutela jurídica. Neste sentido encontram-se as posições de Claus Roxin *" saber se um bem jurídico é protegido através de um meio criminal ou civil e administrativo é uma matéria*

Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Procriação medicamente Assistida – Questões novas ou questões renovadas para o Direito Penal?

[31] Cfr. Maria da Conceição Cunha – Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, pág. 122

fundamentalmente de livre apreciação legislativa"[32], e ainda, Figueiredo Dias defende que *"« não existem imposições jurídico constitucionais implícitas de incriminação», admitindo apenas que o critério do legislador possa « em casos gritantes ser jurídico-constitucionalmente sindicado»"*[33]. A par destas, tem a jurisprudência do Tribunal Constitucional reconhecido a não obrigatoriedade constitucional da tutela penal sempre que esteja em causa um bem jurídico constitucionalmente protegido, considerando que o direito penal cumpre uma função de *ultima ratio*, só se justificando para proteger bens jurídicos e que não seja possível recorrer a outras medidas de ordenação social[34], e só sendo admissível constitucionalmente as medidas penais quando estas sejam necessárias, adequadas e proporcionais à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido[35], só sendo exigíveis quando se trate de proteger um direito o bem constitucional de primeira importância e essa protecção não seja susceptível de ser feito por outro modo. Porém esta margem de liberdade atribuída ao legislador não é ilimitada, devendo balizar-se sempre pelos limites impostos pela Constituição.

O legislador Nacional optou pela posição do critério mais generalizado, proibindo a maternidade de substituição em todas as modalidades, tendo como horizonte o superior interesse da criança e a prevenção de conflitos que ponham em causa a paz familiar, assim como a protecção da gestante de substituição. Dentro da sua liberdade para escolher os meios mais adequados para dar tutela aos bens envolvidos, optou por, abdicar da protecção penal nos casos de maternidade de substituição de carácter gratuito. Tal opção poderá ter como fundamento a menor censurabilidade da maternidade de substituição a título gratuito do que a de carácter oneroso, por revelar um certo altruísmo e solidariedade por parte da mãe gestadora em relação à mulher infértil.[36]

Neste sentido entende o Tribunal Constitucional que tal opção legislativa não merece censura constitucional.

---

[32] Cfr. Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, 3. Aufl., Munchen 1997, pág 24 *apud* Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009

[33] Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009 apud Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2007, pág. 129.

[34] Cfr., Acórdão 108/99 *apud* Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009

[35] Cfr. Acórdão 99/2002 *apud* Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009

[36] Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009.

5.1 – Direito Penal assente na Moralidade e nos Bons Costumes

Houve tempos em que a moral subjugava os intentos legislativos, nos quais os comportamentos moralmente valiosos eram a âncora de incriminações. Contrariamente as estes desígnios o Direito Penal deve surgir como subsidiário, tutela de *ultima ratio* dos bens jurídicos essenciais da comunidade. Ao direito Penal só cabe intervir quando se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem.[37]

Defendia C. Roxin *" a moral ainda que amiúde se oponha ao contrário, não é nenhum bem jurídico – no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do direito penal. Se uma acção não afecta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão-pouco pode escandalizar directamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de protecção no sentido atrás exposto."* Para este autor, o homem deveria ser inteiramente livre de pensamentos, convicções e mundividência.[38] Os meros atentados à ordem moral não assumem autonomamente relevância jurídica, e como tal, são incapazes de delinear o conceito material de crime.[39]

Contrariamente a esta posição surgem outros autores, nomeadamente Levy Maria Jordão que afirma " a moralidade pública não pode deixar de ser defendida pelas leis, sendo a moral um dos fundamentos mais sólidos da

---

[37] Cfr . Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág.931 e 932

[38] Cfr. C. Roxin, Problemas Fundamentais de direito Penal, Veja, Lisboa, 1976, pág. 29 e ss. *Apud* Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág.931 e 932

[39] Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág 55 *in* . Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 933.

sociedade".[40] Neste contexto assume relevância os crimes sexuais, nos quais a relação entre moralidade e liberdade se encontra bem patente. Nos dias de hoje, a nossa codificação é centrada na liberdade sexual, sendo esta uma vertente da "liberdade pessoal" enquanto bem jurídico geral, assumindo grande importância uma vez que esta possibilita ao homem a sua realização plena enquanto tal. A moral ao invés de suavizar o livre desenvolvimento da pessoa, impedia que este se verificasse. Defende Vera Lúcia Raposo a *"criminalização de condutas como a prostituição ou a homossexualidade configura aquilo que a moderna criminologia denomina de crimes without victims, isto é, crimes qualificados por uma permuta voluntária de bens e serviços cobiçados que embora sancionada na lei, não é em regra punida na prática porque criminoso e vítima se comprometem para alcançar vantagens recíprocas."*

Do ponto de vista histórico, no Código Penal de 1852, o adultério era elevado à categoria criminal, pois os modelos morais não se compadeciam com o contacto sexual com outra pessoa que não o cônjuge. No que toca ao nosso ordenamento jurídico este tipo de infracções surgiram nas Ordenações enquanto crimes, porém, nos Códigos de 1852 e 1886 passaram a *"crimes contra a honestidade"*. Porém, nos anos sessenta verifica-se uma mudança no que toca às concepções moralistas relativas aos costumes sexuais, caminhando em direcção a uma perspectiva da pessoa humana mais inovadora e tolerante, ficando patente a falta de legitimidade do Direito Penal em intervenções em que o pudor se tornava evidente. Como forma de afirmar o abandono dos cânones moralistas por parte do legislador, fica o abandono da punição de práticas como o adultério, bigamia, práticas sexuais das quais resultem filhos ilegítimos, o incesto e a pornografia.[41]

Neste sentido, verificou-se um crescendo de descriminalização e despenalização de condutas no ordenamento jurídico-penal, alicerçado na proposição de que, o direito penal deverá se orientar somente à tutela de bens e interesses fundamentais para o livre desenvolvimento da pessoa humana. Neste

[40] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 933
[41] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 937

contexto, a liberdade sexual é assumida enquanto livre disposição do sexo e do próprio corpo para propósitos sexuais, mas também o direito de este não sofrer quaisquer contactos ou abusos de cariz sexual sem consentimento. Porém, só após a reforma de 1995, se verifica uma verdadeira rotura com as concepções moralistas no que diz respeito a crimes de carácter sexual. Assim, deveria ser omissa qualquer conotação moral e de pudor na construção da criminalidade sexual, sendo que na realidade, nos dias de hoje, ainda se ordenam por uma certa concepção de moralidade sexual.[42]

Vejamos, no caso de pornografia que represente uma criança envolvida em práticas de sexo explícito, ou de uma pessoa protagonizando uma criança, esta prática é vedada pelo legislador comunitário[43], sendo esta, justificada como medida de protecção do uso de crianças como objectos sexuais. Entende Vera Lúcia Raposo que *" ao invés da liberdade sexual o que aqui está em causa é a moralidade, pois é amoral engendrar fantasias sexuais com crianças, e de facto o material vetado pode incentivar tais fantasias."* À objecção segundo o qual o consumo de pornografia poderia reforçar a vontade de cometer crimes sexuais responde Roxin com o carácter demasiado indirecto e longínquo da eventual danosidade social.[44] Parece que nestes casos, por mais imorais que estas condutas se configuram, não poderão ser criminalizadas, uma vez que o mero pensamento não é susceptível de lesar verdadeiramente ninguém.[45]

Nos casos dos crimes sexuais é facilmente identificável o bem jurídico em causa (a liberdade e autodeterminação sexual), porém, quando está em causa a procriação artificial não consentida (artº 168 CP), essa tarefa não se encontra tão facilitada. Desta forma conclui-se que a procriação se resume a uma das possíveis finalidades da actividade sexual, não se restringindo ao acto de dar

---

[42] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 940

[43] Cfr. Proposta de decisão-quadro do Conselho, Jornal Oficial nº C.062, de 27-02-2001 *apud* Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 955

[44] Cfr. . Maria da Conceição Cunha – Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, pág. 158

[45] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 955

vida a um novo ser.[46] Mais do que garantir a tutela da liberdade sexual, este preceito destina-se a tutelar a liberdade de procriar.

Durante séculos o sexo esteve profundamente conotado com determinada concepção moral, vigente em determinada comunidade num determinado temo histórico. Conclui-se que, os valores morais e as crenças são de tal forma inconstantes, que não fornecem base sustentável de que as incriminações necessitam.[47] Neste sentido, afirma Natscheradets *" os danos susceptíveis de legitimar a criminalização de uma conduta são os que dela própria advém. O puro desvio de padrões tidos como consensuais no plano moral não configura um dano susceptível de punição pelo Direito Penal. O único dano jurídico-penalmente relevante é o que se materializa na diminuição de valor de um bem jurídico".* [48]

Assim são insusceptíveis de punição as condutas voluntárias do ser humano que não atentem contra terceiros, particularmente quando estejamos a falar de meios de realização pessoal e manifestações da sua dignidade. As sociedades actuais configuram-se como multiculturais e altamente diferenciadas, torna-se irrealizável revelar uma moral que seja consensual.[49]

No que toca à maternidade de substituição, a criminalização desta, só se verifica nos casos de contratos de gestação onerosos, bem como a promoção destes (artº 39 da Lei nº 32/2006), logo, o bem jurídico que subjaz à incriminação, surge delimitado pelo facto de o tipo legal apenas se aplicar aos contratos que envolvam soma monetária. Aqui o que está em causa é a censura do facto de ser pago, verificando-se assim que os cânones moralistas ainda têm manifestações no Direito Penal.[50] O que se verifica nos casos de maternidade de substituição não pode ser comparado com outras condutas, como é o caso da escravatura de mulheres, trafico de crianças e a escravatura, pois, na maternidade

---

[46] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 952
[47] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 960
[48] Cfr. Karl Natscheradetz, O Direito Penal….cit., pág. 39, 139 *in* Raposa, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 961
[49] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *in* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág. 962
[50] Cfr. Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88, Março 2012, pág. 26

de substituição estamos perante mulheres que, decidem celebrar contratos de forma autónoma e livre e através dos quais prestam serviços com o corpo. Sendo que este serviço não se prende a caprichos fúteis, mas permite a uma família acolher um filho que é desejado.[51]

5.2 - Inexistência de Bem Jurídico na Maternidade de Substituição

O artº 39 da Lei 32/2006 considera crime a celebração de contratos de gestação onerosos assim como a promoção destes, assim constata-se que, o bem jurídico que subjaz a esta incriminação é delimitado pela observância de uma quantia monetária, verificando-se que o que está em causa nesta tipificação é a defesa de um modelo de comportamento, censurando-se o facto de este ser pago[52]. Esta opção é demonstrativa de que o que justifica a incriminação, não é tanto a identificação de um bem jurídico digno de tutela penal, face à protecção jurídico-constitucional da identidade genética, mas ao consagrar a não criminalização dos contratos de maternidade de substituição gratuitos demonstra-se que não é o bem jurídico que justifica a incriminação, mas sim o propósito de afastar a ideia de comércio associada à procriação medicamente assistida[53].

Questiona neste sentido Vera Lúcia Raposo se *" estaremos a ressuscitar um direito Penal ancorado na moralidade e nos bons costumes, arrepio do esforço desenvolvido nos últimos anos para extirpar o nosso ordenamento jurídico criminalizações desta índole?"*. Por forma a contrariar esta crítica há autores que invocam a dignidade humana como suposto bem jurídico-penal subjacente ao artº 39 do Código Penal, porém, esta autora entende que qualquer criminalização presume um "bem jurídico criminal", afirmando que nestes casos falta esse bem jurídico. A dignidade humana não é um bem jurídico-criminal, nem pode ser invocado de forma banal, a ponto de ser invocado para

[51] Cfr. Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88, Março 2012, pág. 26
[52] Cfr. Vera Lúcia Raposo in Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88, pág. 26, Março de 2012
[53] Cfr. Antunes, Maria João – Procriação medicamente assistida – Questões novas ou questões renovadas para o Direito Penal? - pág. 91 In Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias.

fundamentar juridicamente todas as soluções legais para as quais não seja encontrado nenhum outro fundamento[54]. Figueiredo Dias considera *"o apelo imediato à intocável dignidade da pessoa não constitui um bem jurídico penalmente relevante, antes é, numa acepção, muito mais que isso, a saber, a mais importante proposição (ou imposição final) ideológica que preside a um Estado de Direito. Proposição que pode e deve – isso sim – concretizar-se, no modo fragmentário e lacunoso próprio da tutela penal, em concretos bens jurídicos, como o é, precisamente a liberdade e autodeterminação sexual. O que fará, a esta luz, com que o aludido princípio não deva constituir fundamento de validade constitucional de uma incriminação"*[55]. No que toca ao princípio da dignidade da pessoa humana o acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009, apesar da afirmação de princípio, o Tribunal não deixou de ter em conta as normas relativas a técnicas de PMA para tratamentos de terceiro, à investigação com recurso a embriões, à não criação de embriões excedentários e ao diagnóstico pré-implantado. O que resulta desta valoração é que "*o princípio da dignidade humana não surge como um direito fundamental que serve de base a posições jurídicas subjectivas, mas sim como um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos."*[56].

Concentrando-se exclusivamente nos domínios estritos do Direito Penal, observamos que o paradigma da rigidez e da certeza se revela enfraquecido, deixando a descoberto um horizonte de uma menor certeza. Expressa-se esta incerteza na propagação de normas incriminadoras de emergência, onde esta incerteza tende a ser mais facilmente desculpada, uma vez que, é aceite à partida que se trata de uma situação de emergência, e como tal as coisas só valem para essas mesmas situações. Estas situações potenciam assim o enfraquecimento do rigor definitório da incriminação. O uso recorrente de cláusulas gerais como elemento definidor de comportamentos proibido, o próprio uso do conceito de

[54] Cfr. Vera Lúcia Raposo - Boletim da Ordem dos Advogados, pág. 27, nº 88, Março 2012
[55] Cfr. Figueiredo Dias «O "direito Penal do Bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», *pág. 41*
[56] Cfr. Antunes, Maria João – p. 88 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Procriação medicamente Assistida – Questões novas ou questões renovadas para o Direito Penal?

analogia para definir comportamentos criminalmente proibidos, conferem uma dose de incerteza ao Direito penal. Desta forma o Direito Penal aparece nesta perspectiva, baseado em finalidades distantes daquelas que um Direito Penal Liberal deveria prosseguir.[57]

No que toca ao problema da "dignidade da pessoa humana" é afirmado como "base" da República, enquanto critério de legitimidade do poder político (artº 1 da CRP) tendo uma dimensão objectiva, não podendo fundamentar posições jurídicas subjectivas, e como tal, não valeria como instrumento para a delimitação e concretização do conteúdo de direitos fundamentais. Entende a Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral no seu voto de vencido no AC. 101/2009 do TC que se determinou o alcance prescritivo do princípio, não sendo afirmado nada quanto ao conteúdo desta mesma prescrição.[58] Neste contexto surge a questão de saber de que forma poderia ser este princípio utilizado na concretização e delimitação dos direitos fundamentais, uma vez que as Técnicas de PMA atingem direitos. Afirma a senhora Conselheira na mesma declaração de voto e de acordo com a doutrina da dupla dimensão dos direitos fundamentais que, *" as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais não têm apenas dimensões subjectivas", "...para além disso, exprimem elas a decisão constituinte de proteger objectivamente certos bens jurídicos enquanto componentes estruturais básicas de toda a ordem infraconstitucional."*.

A procriação é indispensável à sobrevivência da espécie humana, e como tal, constitui também um direito fundamental (artº 36 da CRP)[59] do individuo que nunca pode ser dissociado do Princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, na maternidade de substituição estão em causa direitos fundamentais, nomeadamente o direito à saúde, direito à reprodução e o direito a constituir família, uma vez que estamos perante direitos fundamentais a sua limitação exige uma fundamentação acrescida, sendo que estas, não se podem satisfazer com alusões às concepções morais de cada pessoa.[60]

---

[57] Cfr. José de Faria Costa – Bioética e direito Penal – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo dias, pág 116 e 117.
[58] Cfr. Acórdão 101/2009 Tribunal Constitucional
[59] Cfr. Guilherme de Oliveira – Aspectos jurídicos da Procriação Assistida, Setembro de 1989
[60] Cfr. Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88 Março 2012, pág. 27

Segundo Vera Lúcia Raposo, nos contratos de maternidade de substituição estamos perante uma prestação de um serviço, serviço esse que seria concretizado através de um contrato livremente celebrado, sob a égide de um regime jurídico que acautelasse as pretensões e necessidades das partes, não podendo assim entrar na qualificação do artigo 280.º/2 do CC. Neste sentido, para aqueles que a classificação da gestação como um serviço "choca", fica a questão por que razão os demais serviços prestados com o corpo não causa tal repugno, a título de exemplo fica os casos da moda, pornografia, o desporto, etc..[61]

Ora, no caso da prostituição estamos perante uma prestação de um serviço sexual mediante um preço, prática esta que até 1982 constituía uma conduta criminosa, porém hoje, cai na alçada do Direito Penal de forma indirecta através do Lenocínio (artº 169 CP). Relativamente a este artigo surge a dificuldade de identificar o bem jurídico em causa, não se tratando de liberdade sexual, mas sim de valorações morais, porquanto não deveria atingir a dignidade penal. Pelo facto de esta conduta ser condenável do ponto de vista moral, tal não implica que seja punida criminalmente. Entende Figueiredo Dias " A intervenção do Direito Penal neste domínio [no da exploração e favorecimento da prostituição] tem (...) um significado diferente de uma mera tutela jurídica sem uma perspectiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as finalidades específicas num Estado de Direito.[62] Afirma Reis Alves que o bem jurídico em causa no nº1 do artº 169 do CP, consiste no interesse da sociedade em que os seus cidadãos ganhem a vida de forma honesta e moralmente irrepreensível defendendo pois a sua inserção sistemática no início relativo a crimes contra a vida em sociedade.[63]

[61] Cfr. Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88 Março 2012, pág. 26
[62] Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo – O direito Penal do bem Jurídico como princípio constitucional – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional Portuguesa e das suas relações, pág, 40
[63] Cfr. Vera Lúcia Raposo, Da Moralidade à Liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual, Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 950

6. Argumentos contra a Maternidade de Substituição

As pessoas que estão directas ou indirectamente envolvidas com as técnicas de reprodução medicamentemos assistidas, vivem em constante debate no que concerne à utilização do útero sub-rogado, se esta constituiria ou não uma vantagem para as partes envolvidas. Numa forma muito simplista os principais argumentos contra a maternidade de substituição são: põe em causa a noção tradicional de família; proporcionar a utilização das mulheres pobres pelas ricas; a exploração e manipulação da mulher; a impossibilidade de as mães substitutas preverem as suas atitudes em relação à criança que darão à luz; o comportamento da mãe substituta durante a gravidez pode pôr em causa a criança;[64]

O principal argumento que surge contra a maternidade de substituição tem desde logo como base a Constituição, mais concretamente o princípio da Dignidade Humana. Porém, a vozes que se levantam contra este instituto não se limitam a este, existindo outros argumentos de natureza diversa, acabando estes por estarem em consonância com a teologia intrínseca da Constituição.

Desde logo, surge o facto da maternidade de substituição proporcionar a instrumentalização tanto da criança como da mãe de substituição. Quando estamos perante um caso em que, uma pessoa pensa em recorrer a este instituto como forma de gerar uma criança e peça a outra pessoa que a gere, esta pessoa está simplesmente a pensar na realização de desejos próprios, ou mesmo egoístas. O papel da criança nestes casos seria o de mero instrumento de realização de tais fins, sendo ignorados e relegados para um plano secundário os seus direitos, em detrimento dos pertencentes às pessoas que desejaram tal nascimento. Neste sentido, entende Guilherme de Oliveira que " *As pessoas podem ser objecto de relações jurídicas; e o exemplo vulgar é mesmo o da criança objecto dos poderes jurídicos dos seus pais. Mas o que pode justificar este modo de conceber coisas é a circunstância de os titulares dos poderes agirem no interesse da criança e não no sei próprio interesse."*[65] A lesão dos

[64] Cfr. Denise Dayane Mathias Rodrigues – Maternidade de Substituição: Questões Éticas e Jurídicas, pág. 405 e 406

[65] Cfr. Guilherme de Oliveira, Mãe há só uma…..Duas – Contrato de Gestação, pág. 43

interesses da criança constitui uma violação de direitos fundamentais, prevê neste sentido a Convenção dos Direitos da Criança no seu artº 7 e 8º, que prevêem o direito das crianças serem educadas pelos pais e terem o direito a preservar a sua identidade respectivamente.

Focando-nos na instrumentalização da criança como um meio de realização de desejos próprios e altruístas, surge a questão se o mesmo não sucede nos casamentos designados por "normais"? Em muitos casos os motivos que levam os casais a terem filhos, em nada se atribuem ao novo ser que é gerado, muito pelo contrário, muitas das vezes tal gravidez é utilizada como forma de salvar determinado casamento ou como forma de realização pessoal. Neste sentido, torna-se pouco claro que se verifique instrumentalização da criança uma vez que, de um outro ponto de vista poderá ser afirmado que a mãe de substituição entrega a criança no interesse desta, proporcionando-lhe assim condições de vida que com ela, a criança não iria ter acesso.

Relativamente à instrumentalização da mãe de substituição, surge como argumento o facto de esta também utilizada e como tal privada da sua dignidade enquanto ser humano, (artº 1 da CRP), passando a ser tratada como mera incubadora, sendo a sua vida controlada pelos pais contratantes. Entendem alguns autores que, a mãe de substituição está sujeita a grandes pressões psicológicas, pois após desenvolver fortes laços afectivos com a criança que gera, está obrigada a entrega-la a terceiros. Em sentido contrário, existem aqueles que alegam as vantagens emocionais e monetárias obtidas pelas mães de substituição. O professor Carl Wood entende que " *as mães de substituição suportam melhor as alterações hormonais e psicológicas devido ao facto de estarem de antemão preparadas para entregarem a criança, uma vez que reflectiram sobre a decisão final ainda antes de engravidarem."* Segundo este autor, apenas 1% das mães de substituição acaba por mostrar arrependimento de tal decisão.[66]

Outra das questões prende-se com o facto da maternidade de substituição assentar num contrato, sendo impostos determinados comportamentos (informações periódicas sobre a gravidez; não consumir álcool, drogas ou outras

[66] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição, pág. 50

substâncias; abster-se de relações sexuais; etc.) à mãe de substituição, e que os pais contratantes em contrapartida cobririam as despesas desta durante a gravidez assim como receber a criança depois do nascimento, ainda que esta possua qualquer tipo de deficiência. Surge neste contexto a questão se tais assuntos ligados à família poderão ser susceptíveis de contratualização, e ainda que assim o seja, se existe a possibilidade de estes serem legalmente executáveis contra a vontade de uma das partes?

Outro dos argumentos desfavoráveis à maternidade de substituição é, o facto de esta contrariar o modelo tradicional de família, pois os princípios básicos da instituição família são destorcidos. Porém, actualmente estes princípios já se encontram subvertidos, se tivermos em consideração a existência de uniões de facto, pais solteiros, enteados, padrastos e filhos adoptados, assim sendo o conceito tradicional de família há muito tempo que está deturpado.

No que toca aos argumentos contra a maternidade de substituição, o que maior relevo assume é o facto de esta envolver uma quantia monetária, pois incidiriam inevitavelmente sobre as camadas mais pobres da sociedade e a consequente exploração e coisificação da pessoa humana. Daí que, a maternidade de substituição de carácter gratuito suscita maiores dificuldades do que a gratuita, pois pressupõe um pagamento pela vida da criança, gerando uma comercialização da vida humana.[67]

Do lado da mãe substituta surge o facto de esta prestar um serviço a terceiros através do seu corpo, encarando a maternidade de substituição como uma prestação de serviços, o que choca muitas pessoas. Porém, actualmente a utilização do nosso próprio corpo como forma de ganhar a vida, seja de uma forma ou de outra, acaba por ser uma realidade. No que toca ao serviço prestado existe uma diferença entre o serviço prestado e o seu resultado, existindo vozes que afirmam que o que se paga é o resultado final e não o serviço.[68]

Por outro lado, o argumento da indeterminação de maternidade e paternidade assume também relevância baseado no artº 1796/1 do Código Civil,

[67]Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 47 a 56

[68]Cfr. Scott B. Rae, the Ethics of Commercial…,cit., pág.31 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 57

o qual prevê que, mãe é quem dá à luz, sem prejuízo de existirem outras formas de estabelecimento de maternidade (por indicação e menção, declaração de maternidade, reconhecimento judicial), e de paternidade (perfilhação e reconhecimento judicial)[69]. Na maternidade de substituição o parto perde a característica de determinar a maternidade. Tendo em atenção o caso da perfilhação, no qual a autonomia privada das partes, do que perfilha mas também do pai biológico, que a tal não se opôs, assume relevância legal.[70] Porém, no ordenamento jurídico português a vontade das partes só tem relevo no campo de acção da verdade biológica, é o caso do artº 1859 Código Civil, a perfilhação por pessoa que não seja o pai biológico pode ser impugnada a todo o tempo (nº1) e conferindo a lei uma margem de legitimidade activa ampla para intentar a acção, inclusive ao Ministério Público (nº2).[71] Tendo em consideração que, a ciência evolui bastante nas últimas décadas e devido ao arrastamento do direito, indicam a contratualização das relações familiares e a consequente regulação pela autonomia privada.

Existe assim uma imensidade de problemas que a maternidade de substituição levanta, desde logo, antropológicos, éticos e emocionais em todos os seus intervenientes.

7. Argumentos a favor da Maternidade de Substituição

Relativamente aos argumentos favoráveis à maternidade de substituição, estes dividem-se nos que têm amparo na Constituição e aqueles que assentam

[69] Cfr. Rafael Vale e Reis "Caducidade das Acções de Investigação de Maternidade e de Paternidade, Problemas Constitucionais", Relatório apresentado à cadeira de Direito Civil II do curso de Mestrado de Ciências jurídico-civilísticas, Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, pág. 10 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 60

[70] Cfr. Rafael Vale e Reis "Caducidade das Acções de Investigação de Maternidade e de Paternidade, Problemas Constitucionais", Relatório apresentado à cadeira de Direito Civil II do curso de Mestrado de Ciências jurídico-civilísticas, Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, pág. 8 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 61

[71]Cfr. Rafael Vale e Reis "Caducidade das Acções de Investigação de Maternidade e de Paternidade, Problemas Constitucionais", Relatório apresentado à cadeira de Direito Civil II do curso de Mestrado de Ciências jurídico-civilísticas, Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, pág. 8 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 61

em considerações de carácter moral e ético. O direito à autonomia pessoal e contratual consubstancia o direito a celebrar contratos válidos e eficazes. Na esteira deste pensamento, a autora Carmel Shalev afirma que " *as obrigações contratualmente assumidas pela mãe de substituição são uma manifestação da sua liberdade para escolher o trabalho que deseja"*[72], propugnando o direito à livre escolha por parte da mulher e o direito de dispor do próprio corpo. Neste tipo de contratos é realçado o facto de o consentimento ser anterior à concepção, uma vez que, a mãe de substituição contratou de forma livre e autónoma, a autonomia privada deve prevalecer. No que toca aos direitos sobre o corpo, estes implicam não só o direito ao sexo, sem o temor de uma gravidez indesejada, como também o direito a ter filhos sem passar por uma gravidez, é o que entende a autora Martha Field. Segundo esta autora, o corpo pertence-nos, podendo dispor dele da forma que bem entendermos, inclusivamente tomar decisões que afectam terceiros desde que estas sejam livres e responsáveis, deitando mão de todas as soluções possíveis pela técnica, assim qualquer meio é legítimo para evitar ou pôr termo a uma gravidez, assim como, para conseguir um filho.[73]

É facto que algumas destes princípios sejam controversos, porém é indiscutível que o fundamento que está na sua base é o princípio da autonomia pessoal. Relativamente a esta matéria afirmou Kant *"a autonomia é a independência da vontade relativamente a todo o desejo e a capacidade da vontade se determinar em conformidade com a razão"*[74]. De acordo com este princípio cada pessoa é livre de escolher a forma como conduz a sua vida e utiliza o corpo, desde que com isso não lese terceiros. Aplicando este princípio à maternidade de substituição, entende-se que as pessoas devem ser livres na realização da sua capacidade reprodutiva, verificando-se esta liberdade tanto na capacidade de colocar a sua capacidade reprodutiva ao serviço de terceiros como forma de superar a incapacidade reprodutiva. Sendo assim, negar o pagamento a

[72] Cfr. Carmel Shalev, Birth Power, pág 96 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 64
[73] Cfr. Martha A. Field, surrogate Motherhood, pág. 61 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 67
[74] Cfr. Autonomia – um difícil conceito, CEIC – Lisboa – 3 de Abril

uma mulher pela gestação de uma criança, seria estar a negar a propriedade do seu próprio corpo.[75]

Outro dos argumentos favoráveis á maternidade de substituição funda-se na igualdade entre os cidadãos. Assim, representa uma violação do princípio da igual protecção da lei, o facto de o Estado permitir que algumas pessoas se reproduzam e outras não, nomeadamente através do contrato de maternidade de substituição. Ora, o facto é que o Estado permite que todos se reproduzam pela via natural, mas, a distinção arbitrária verifica-se no plano dos casais inférteis. Vejamos, no caso de um casal em que apenas o homem é infértil, é possível este casal ter filhos com ligação biológica com um dos membros do casal, nomeadamente, através da inseminação artificial da mulher com sémen de dador. Mas se essa infertilidade se verificar na mulher, a gestação por outra mulher com sémen do elemento masculino do casal já é vedada. Neste sentido entende John Robertson que é ilegítima a distinção entre maternidade de substituição e inseminação artificial.[76] Contrariamente a esta posição existem autores que entendem que a distinção entre ambas as situações reside no papel que cada um dos dadores desempenha, mais concretamente no grau de responsabilidade e envolvência emocional, e não nos danos que poderão vir a acorrer para a criança (falta de identidade genética e social), pode verificar-se em qualquer uma das situações.[77]

Considerando que a maternidade de substituição é aceite, o argumento da discriminação ainda encaixa numa perspectiva diferente, verificando-se esta em duas dimensões. Primeiro, relativamente às pessoas que podem aceder ao mecanismo, sendo ele circunscrito aos casais heterossexuais constituirá um tratamento discriminatório relativamente às pessoas singulares. Em segundo, consiste na utilização desta técnica com base na preferência sexual dos utilizadores, tratando-se de um casal, apenas os heterossexuais seriam admitidos? A explicação para tal discriminação só poderia ter algum

[75] Cfr. Lori Andrews, Between Strangers: Surrogate Mothers,Expetant Fathers…, pág. 267; Carmel Shalev, Birth Power, pág. 157 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 67

[76] Cfr. John Robertson, Embryous Families and Procreative Liberty, pág.939 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 68

[77] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 69

acolhimento se entendermos que o direito à reprodução só pode ser livremente exercido nos casos em que a natureza, ou a biologia o permita. Ou seja, se uma mulher independentemente do seu estado civil, ou opção sexual engravidar pelos ditos métodos "naturais", o Estado não tem legitimidade para intervir nesta opção. Mas quando o seja através da ciência, o direito à reprodução já não possa ser exercido, uma vez que colide com o bem-estar do novo ser, uma vez que ao nascer se vê privado da uma parte da sua integração humana. Mais uma vez, importa salientar que estas restrições ao direito à reprodução não podem ter como fundamentos qualquer tipo de valoração moral, assim o fundamento de qualquer intervenção pública tem que assentar no bem-estar do novo ser, nomeadamente a crescer num ambiente saudável. Porém, ainda não existem provas cabais que este tipo de formações familiares interfira com o crescimento saudável da criança, muito pelo contrário, existem relatos no qual o desenvolvimento de crianças que nasceram através deste método se verifica na sua plenitude, sem qualquer tipo de temor ou descriminação da sociedade.[78] Apesar de se considerar legítima a argumentação do interesse e bem-estar da criança, Vera Lúcia Raposo considera que *"a definição daquilo que seja o interesse e bem-estar da criança emerge demasiado conotada com concepções moralistas".*[79]

Relativamente ao argumento do Direito a constituir família, importa distinguir primeiramente se ele constitui um mero desejo de ter filhos, ou se efectivamente constitui um direito. No caso de este representar um direito legal, importa saber se este se trata de um direito fundamental, e no panorama constitucional poderá ser ainda colocada a questão se estamos perante um direito, liberdade e garantia ou se de um direito económico, social e cultural. A questão assume particular relevância uma vez que a decisão da mulher envolve outra pessoa, o feto. Para muitas pessoas a opção de uma mulher ter um filho com o qual mantenha laços biológicos configura um capricho fútil e egocêntrico. Neste sentido, entende a autora Martha Field que o desejo de ter filhos

[78] Reportagem - Linha da Frente – Barriga aluga-se – 30/11/2011 - http://www.rtp.pt/blogs/programas/linhadafrente/?k=Linha-da-Frente-de-2011-11-30.rtp&post=19723

[79] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 61

biológicos se justifica pelo facto do casal criar um novo ser que contenha a junção do material genético dos dois, o que não se verifica na maternidade de substituição, pois nestes casos estamos perante um desejo egoísta por parte do pai em ter um filho seu, deixando de parte o papel da sua companheira.[80] Contrariamente a esta posição Vera Lúcia Raposo entende que *" Este é um contrato que fomenta a vida e confere existência a quem de outra forma não a teria. E não uma existência qualquer, mas uma vida no seio de uma família onde aquele filho é muito desejado".*[81] Tendo em conta o sentido do art.º 36 da CRP, a "família" de que se fala engloba não só o matrimónio mas também a procriação, livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação.[82] A interpretação da Constituição tem de constituir uma tarefa dinâmica, uma vez que na época em que esta foi redigida não se pensou na evolução que a ciência teria, como é o caso dos avanços da ciência no que toca a técnicas de procriação medicamente assistida, como tal se esta não for interpretada desta forma, estaremos perante o risco desta se tornar obsoleta. Assim, a norma que consagra o Direito a Constituir Família deve ser interpretada como consagração do direito à procriação, quer seja ela através da via biológica como através de meios científicos que permitam a procriação, com a excepção dos que estejam vedados pela lei. Neste sentido, Guilherme de Oliveira *"evoca o direito ao tecnologicamente possível, estando este à priori condicionado pela fronteira legal e eticamente permitido"*[83] Assim, surge a dúvida se a maternidade de substituição consubstancia uma forma de constituir família, e se enquadra no quadro de técnicas cientificas admissíveis. Importa neste sentido apreciar se o direito à reprodução consubstancia um direito fundamental de utilizar a maternidade de substituição como meio de efectivação do mesmo. Focando-nos na mulher, deparamo-nos com uma consolidação gradual do direito à reprodução. Desde a mulher que é absolutamente incapaz de produzir ovócitos e

[80] Cfr. Martha Field, surrogate Motherhood…, pág 52 e 53 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 72
[81] Cfr. Vera Lúcia Raposo, Boletim da Ordem dos Advogados, Março de 2012, nº 88, pág. 27
[82] Cfr. Guilherme de Oliveira "Aspectos Jurídicos da Procriação medicamente Assistida", Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, 1989, pág 785 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 75
[83] Cfr. Guilherme de Oliveira, "Aspectos jurídicos da Procriação Assistida", pág 768 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 76

de concluir uma gravidez, passando pela mulher que tem a capacidade de gerar embriões mas incapaz de gerar ovócitos, culminando na mulher na mulher que se revela incapaz de gerar, mas tem a faculdade de produzir os ovócitos que serão utilizados na gestação, sendo que, só neste último caso a proibição da maternidade de substituição constitui uma verdadeira restrição ao direito, revelando-se dúbia a restrição nas restantes hipóteses.[84]

Relativamente ao argumento do Direito à intimidade e à reserva da vida privada, no nosso ordenamento jurídico este resulta dos art.º 26/1 e 34 da CRP e art.º 80 do Código Civil e os artigos do Código Penal relativos à reserva da vida privada. Entre nós, o conceito de "intimidade e reserva da vida privada" assume contornos de certa forma imprecisos, uma vez que há autores que, incluem interesses na esfera desta que por ela não são abrangidos, como é o caso da liberdade de conduzir a própria vida, reputação, o bom nome e a livre apreciação e fruição de atributos pessoais.[85] Defende Paulo Mota Pinto a inclusão na esfera de protecção do Direito à privacidade do controlo do conhecimento de informações pessoais por parte de terceiros; ao direito ao anonimato; e a exclusão do acesso físico dos outros à própria pessoa. Esta interpretação tem o objectivo claro de evitar o alargamento do conteúdo do Direito, evitando assim a sua diluição.[86] Verificou-se em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o anglo-saxónico, decisões que discutiam a questão da reprodução em termos do Direito à privacidade, porém, tais decisões foram evoluindo e afastando-se do entendimento tradicional, centrando-se actualmente sobre a tutela da liberdade de decisão e de autodefinição do individuo, suscitando assim a crítica de alargamento excessivo do conteúdo. Caso se considere que o direito à privacidade deve ser respeitado, está completamente interdito ao Estado interferir em decisões dos cidadãos, sejam estas casados ou não, que afectem a

[84] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 79

[85] Cfr. Paulo Mota Pinto – O direito à reserva sobre a Intimidade, cit., pág. 506; Paulo Mota Pinto – A protecção da vida privada e a Constituição, Boletim da Faculdade de Direito, vol.LXXVI, Universidade de Coimbra, 2000, pág. 159 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 81

[86] Cfr . Paulo Mota Pinto – O direito à reserva sobre a Intimidade, cit., pág. 508 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 82

essência da pessoa humana, como é a decisão de ter ou não ter filhos.[87] Porém, o nosso ordenamento jurídico tem um conceito de privacidade bastante mais restrito pretendendo evitar o alargamento do conceito, pois este caminharia na direcção da diluição do conteúdo do direito.[88]

O art.º 26 da CRP consagra o Direito ao desenvolvimento da personalidade, podendo ser esta norma entendida enquanto protecção da personalidade, quer enquanto garantia geral da Liberdade de acção e da livre decisão da pessoa.[89] A orientação seguida pelo Acórdão nº 288/98 do Tribunal Constitucional, foi a de não considerar inconstitucional na parte que dizia respeito à interrupção da gravidez em determinadas situações, desde que fossem respeitados os prazos fixados pela lei, e para tal invocou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e não o direito à vida privada, afastando-se desta forma da posição da Supreme Court (Direito Anglo-saxónico), que fundamentava as suas decisões em matéria reprodutiva no direito à privacidade.[90] Porém a Doutora Vera Lúcia Raposo considera arriscado tal opção de fundamentação neste direito, uma vez que inda é desconhecido o efectivo conteúdo deste.

Facto que não merece contestação é o de que a reprodução constitui uma necessidade humana, e contribui para a realização pessoal da família (art.º 67/1 CRP), cabendo ao Estado providenciar os meios para tal, estando esta norma enquadrada nos direitos económicos, sociais e culturais. Neste contexto, surge a dúvida se a saúde reprodutiva tem a mesma dignidade constitucional que o direito à saúde (art.º 64 CRP). A definição de "saúde" que a Organização Mundial de Saúde apoia revela-se ampla e como tal abarca a saúde reprodutiva.[91]

---

[87] Cfr. Caso Eisenstadt, Supreme Court - Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 84

[88] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág.82

[89] Cfr. Paulo Mota Pinto – A protecção da vida privada e a Constituição, pág. 160, Paulo Mota Pinto – O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, Portugal – Brasil, ano 2000, Studia jurídica, Coimbra 2000, pág. 149 ss *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 84

[90] Cfr. Paulo Mota Pinto – A Protecção da Vida Privada…pág. 160 *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 85

[91] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 87

O contrato de maternidade de substituição fomenta a vida, conferindo existência a um filho que é desejado por um casal, que por si só não consegue, tendo este gesto um valor inestimável constituindo uma verdadeira dádiva de vida. As discórdias morais e legais que são suscitadas por casos como o aborto ou mesmo a eutanásia, não podem ser tidas em conta no caso da maternidade de substituição, uma vez que esta cria uma nova vida muito desejada, ao contrário das primeiras que extinguem a vida. Neste sentido, Vera lúcia Raposo entende que *"...se entendermos que o direito à vida é o mais básico dos direitos da pessoa humana, todas as acções que o fomentam ou favoreçam terão de ser legalmente admitidas"*.[92]

8. Possível legalização da Maternidade de Substituição: Legitimidade de acesso.

Apesar de o acesso à maternidade de substituição estar vedado no nosso ordenamento jurídico, (artº 8 da Lei 32/2006, de 26 de Julho), certo é que, *"sopram ventos de mudança"*, nomeadamente os projectos de lei apresentados pelos partidos políticos que admitem excepções à proibição da maternidade de substituição. Tal proibição consta da Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, apesar de ser proibida visa o mesmo objectivo que as restantes técnicas de PMA, a reprodução. Como tal, parece pertinente que se discuta a legitimidade de acesso a este instituto.

A legitimidade para aceder à maternidade de substituição prende-se essencialmente com a delimitação dos sujeitos que podem aceder a este instituto e, as motivações que os levam a recorrer a esta técnica. Estas motivações podem ter naturezas diversas, podendo ser distinguidas entre, aquelas que são legítimas e as que se configuram menos legítimas, porém sendo elas todas plausíveis.

[92] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 88

A delimitação dos sujeitos com legitimidade para aceder à maternidade de substituição levanta muitos problemas, desde logo, a questão de saber se uma pessoa singular poderá recorrer a esta solução por forma a garantir a sua descendência, ou pelo contrário é exigida que para tal sejam um casal? Para isso, esse mesmo casal terá de estar legalmente unido pelo casamento? Ou ainda, poderá esse casal ser homossexual ou teria de ser heterossexual? Tratando-se de homens, sendo estes incapazes de gerar uma criança, teriam sempre de recorrer a uma mulher para levar a gravidez a termo, neste contexto, a maternidade de substituição acaba por configurar um tratamento diferenciado tanto para os homens que pretendam ser pais solteiros, como para os casais homossexuais masculinos.[93]

Regula o artº 6 da Lei 32/2006 que *"só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e 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."* e ainda *"as técnicas só podem ser utilizadas em beneficio de quem tenha, pelo menos 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica."* Assim fica vedado o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida às pessoas singulares, sejam homens ou mulheres e a casais homossexuais, facto é que, não existe estudo científico que demonstre que estas pessoas são consideradas inaptas para educar e amar uma criança, ou ainda que estas cresçam traumatizadas. Porém, alargar o acesso à maternidade de substituição a estes sujeitos, seria uma solução que chocaria com muitas das premissas do ordenamento jurídico Português, nomeadamente, a fixação dos requisitos de legitimidade e a determinação da filiação.[94]

No que toca à legitimidade das motivações encontramos diversos tipos de motivações, encabeçando o rol destas os casos de infertilidade. A infertilidade pode verificar-se devido a patologias reprodutivas, ou infertilidades provocadas

[93] Cfr. Raposo, Vera Lúcia, pág. 17 – De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição
[94] Cfr. Raposo, Vera Lúcia, pág. 19 – De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição

por incapacidade psicológica da mulher.[95] Outra das motivações que impulsionam os contratantes para a prática da maternidade de substituição, é os casos em que estes são férteis, mas a gestação poderia provocar riscos elevados para a saúde da mulher. No artº 4 da Lei 32/2006 que regula as condições de admissibilidade às técnicas de PMA, estipula que *"a utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade…."*.

À parte destas motivações poderiam surgir outras que se consideram menos legítimas ou até mesmo controversas, tais como, o facto de uma mulher não querer engravidar com o objectivo de não colocar a sua carreira profissional (uma modelo, ou actriz), a aparência física ou um estilo de vida em risco, e assim poder recorrer a esta técnica. Ou ainda, o caso de um homem que recorre à maternidade de substituição porque, tem o desejo de deixar descendência mas não pretende ter qualquer compromisso com alguém do sexo oposto.

Neste contexto, a Ordem dos Advogados Portuguesa em parecer, considera que, fora os casos que se destinem a resolver problemas de infertilidade ou tratamento de doenças a maternidade de substituição não deveria ser admitida. Excepto estas situações (infertilidade), rejeita categoricamente a utilização desta técnica, considerando que, estaríamos perante uma situação de *" instrumentalização das características essenciais da pessoa humana, o que fere e viola a dignidade da pessoa humana"*[96]. Assim rejeita este processo, dado que a *" utilização de uma mãe uterina como instrumento de gestação de uma criança que ela própria, através de um negócio jurídico alegadamente gratuito, se obrigou a não assumir como respectivo filho a instrumentaliza como mulher e mãe de aluguer e instrumentaliza a própria criança, cuja gestação resultou do contributo de alguém que não a quis ter como seu filho".*

Relativamente a esta temática, existem projectos-lei dos partidos políticos (PS e PSD), nos quais se verificam distinções no que toca à legitimidade no recurso a esta técnica. O Partido Socialista admite a celebração destes negócios de maternidade de substituição somente em casos excepcionais

[95] O caso de perturbações psicológicas susceptíveis de provocar depressões durante a gravidez, sendo que esta opção é discutível, uma vez que, nem a mulher é incapaz de procriar do ponto de vista físico nem a gravidez põe em risco a própria vida nem a do feto.
[96] Cfr. Boletim da Ordem dos Advogados, nº88, Março de 2012, pág. 24

e de natureza gratuita, quando a mulher tenha ausência de útero e lesão ou doença deste órgão, que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Por outro lado o Partido Social Democrata, admite esta técnica apenas a casais em que a mulher é infértil (ausência de útero, ou dependendo de autorização prévia do CNPMA e audição prévia da ordem dos Médicos, em situações clínicas que justifiquem),[97]este casal terá de ser heterossexual e estejam juntos há mais de dois anos.[98]

No caso de se considerar que a reprodução constitui um direito fundamental da pessoa, por via do direito a constituir família tendo este assento constitucional, artº 36 da CRP, ou até pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, artº 26, nº 1 da CRP, poderíamos estar perante uma violação da Constituição, mais concretamente de um direito fundamental. O pressuposto da legitimidade do recurso às técnicas de PMA, é a verificação de uma situação de doença que impossibilite ou torne desaconselhável, ou até mesmo perigosa, a procriação natural de um casal que quer ter filhos (artº4 e 6º da Lei 32/2006 de 26 de Julho). Neste sentido, o legislador Português ainda não compatibilizou as suas opções com a composição das "novas famílias", compostas muitas vezes por vários pais, mães, ou ainda, quando estas famílias são constituídas apenas por um dos progenitores. [99]

Proposta de Regulamentação

(Maternidade de substituição)

Artigo 1.º - Conceitos

1. Para efeitos da presente Lei, entender-se-á por:
   a) Mãe de substituição gestacional – a mulher que se compromete a gerar uma criança com óvulos fornecidos por outra mulher (contratante ou dadora) e, posteriormente, entrega-la ao(s) contratantes(s);

[97] Cfr. Conselho Nacional de Ética para as ciências da Vida 63/CNECV/2012 – Parecer nº 63 – Procriação Medicamente assistida e gestação de substituição
[98] Cfr. Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88, Março de 2012, pág.22
[99] Cfr.André Dias Pereira e Vera Lúcia Raposo, Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde – Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida.

b) Mãe de substituição genética – a mulher que se compromete a gerar uma criança com os seus próprios óvulos, e posteriormente, entrega-la ao(s) contratante(s)
c) Contratante – pessoa que contrata com a mãe de substituição, a fim de esta gerar para si um filho que, de acordo com a presente lei, terá necessariamente de ter um vínculo biológico.

Artigo 2.º - Admissibilidade da Maternidade de substituição

1. A maternidade de substituição só será permitida se verificadas as condições dos artigos seguintes.
2. A não verificação das condições seguintes implica:
   a) Nulidade das obrigações assumidas no contrato de sub-rogação
   b) Sujeição às previstas no artigo 11º
3. A todos os intervenientes é imposto o adequado aconselhamento jurídico e psicológico, sob pena de nulidade do consentimento

Artigo 3.º - Contratantes

1. Podem ser partes num contrato de maternidade de substituição:
   a) Pessoas singulares independentemente do sexo
   b) Pessoas unidas pelo matrimónio
   c) Pessoas em união de facto de sexo diferente ou do mesmo sexo
2. Quando a maternidade de substituição seja requerida por uma mulher, ou por um casal do qual faça parte uma mulher, a sub-rogação apenas será permitida quando se verifiquem alguma das seguintes situações:
   a) A mulher tenha nascido com ausência ou malformação do útero
   b) Tenha sofrido histerectomia por razões médicas
   c) Quando seja portadora de doença que impeça a gravidez com sucesso e sem risco grave de vida.
3. A admissibilidade da maternidade de substituição fica condicionada à contribuição de gâmetas por um, ou ambos contratantes.
4. O recurso à maternidade de substituição está sempre dependente de prévia aprovação do Conselho Nacional para as Técnicas Reprodutivas.

Artigo 4.º - Mães de Substituição

1. Podem ser mães de substituição mulheres com idade superior a 25 anos e inferior a 30 anos.
2. A intervenção como mãe de substituição apenas poderá ter lugar uma vez.
3. Antes do início do processo a mãe de substituição terá de ser submetida a um rasteio médico, com a finalidade de detecção de doenças geneticamente transmissíveis e susceptíveis de afectar a vida do embrião.

Artigo 5.º - Ressarcimento de Despesas

1. É proibido qualquer tipo de pagamento que extravase o ressarcimento das despesas médicas razoáveis relativamente à gravidez e parto da mãe de substituição
2. O pagamento não será devido quando a mãe de substituição não entregue a criança.

Artigo 6.º - Substituição genética

1. A mãe de substituição genética dispões de um mês para decidir se entrega, ou não a criança ao casal contratante.
2. A entrega da criança aos contratantes implica que estes sejam considerados pais da criança perante a lei, em derrogação do artigo 1796º/1 do Código Civil.
3. A não entrega da criança remete a solução do caso para decisão judicial, tendo como critério base o melhor interesse da criança.
4. Todas as decisões judiciais serão tomadas após prévia audição do Conselho Nacional de Reprodução Medicamente Assistida que se pronunciará através de parecer não vinculativo.

Artigo 7.º - Substituição Gestacional

1. No caso de substituição gestacional, no caso de a criança noa ser voluntariamente entregue pela gestante, o tribunal condenará a mãe de

substituição na sua entrega, excepto em casos excepcionais em que o interesse da criança assim o justifique.

2. A decisão do Tribunal terá em conta parecer não vinculativo do Conselho Nacional de Reprodução Medicamente Assistida.

Artigo 8.º - Filiação

1. A mãe de substituição genética é tida como mãe da criança, de acordo com o artigo 1796º/1 do Código Civil, até ao momento que opte pela entrega voluntária ao(s) contratante(s), após a entrega a mulher contratante é considerada mãe da criança, sem necessidade de processo de adopção ou reconhecimento judicial.
2. A mãe de substituição gestacional não é considerada pela lei como mãe.
3. Porém, a mãe de substituição é considerada pela lei como mãe desde que não exista mulher contratante por se tratar de uma pessoa singular do sexo masculino ou casal homossexual em que ambos são homens.
4. No caso de haver mais do que um contratante do sexo feminino, será considerada mãe, aquela que tiver fornecido o óvulo, ou não tendo sido a dadora nenhuma delas, aquilo que resultar da vontade das partes.

Artigo 9.º - Anonimato

1. A identidade de todos os participantes no processo, será registada num registo criado para o efeito.
2. A identidade será mantida secreta até à maioridade da criança, data em que esta poderá aceder aos registos.
3. Excepcionalmente poderá ser revelando antes da maioridade da criança a identidade dos participantes nos seguintes casos:
   a) No caso de tratamento médico haver necessidade de conhecer os seus antecedentes genéticos
   b) Se os intervenientes acordarem a revelação e cumulativamente existir decisão judicial que considere a melhor solução do ponto de vista do interesse da criança.
4. Os registos permanecerão anónimos para todas as pessoas que não sejam directamente envolvidas no processo de maternidade de substituição.

Artigo 10.º - Imposição de Contribuição genética dos contratantes

1. No caso de o(s) contratante(s) não tiverem aportado material genético, todas as obrigações constantes do contrato de sub-rogação serão nulas e o estabelecimento da filiação será decidido por critérios genéticos.

Artigo 11.º - Sanções

1. As partes que num contrato de maternidade de substituição procedam à revelia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida serão punidas com coima.
2. Qualquer pagamento que não configure a natureza de ressarcimento de despesas médicas implica a devolução da quantia e o pagamento de uma coima
3. A Promoção ou angariação de mães de substituição é punível com pena de prisão até 5 anos
4. Se o postulado no número anterior for praticado no âmbito de uma actividade profissional pode ainda sujeitar o infractor à pena acessória de suspensão do exercício da profissão.

9. Conclusão

O conceito de família mudou completamente, se recuarmos até um passado recente, a família tinha como guia o homem, o *pater famílias*, que decidia a melhor forma de a conduzir. Existiam filhos legítimos e filhos provenientes de relações extramatrimoniais, os quais não eram reconhecidos pelos pais. Hoje, o poder de direcção das famílias é distribuído entre o casal, casal esse que muitas vezes não é casado mas vive em união de facto, os filhos resultantes de uma relação extraconjugal têm os mesmos direitos que os provenientes da relação matrimonial. Actualmente, os laços constitutivos de uma relação são o amor e o afecto, e não laços consanguíneos e contratos matrimoniais.

No mundo actual o progresso da ciência e da técnica é tal modo rápido que o que ontem era impossível, hoje é uma realidade e amanhã estará ultrapassado. O progresso científico, no que toca ao nascimento de um novo ser, tem permitido que a infertilidade masculina e feminina, outrora considerada irremediável, encontre actualmente respostas nas técnicas de procriação medicamente assistida.

A maternidade de substituição é praticada desde 1985, surgindo esta inicialmente com o propósito de ultrapassar problemas de fecundidade feminina, particularmente mulheres com histerectomia por razões oncológicas. O primeiro caso a ter dimensão mediática ocorreu nos Estados Unidos da América em 1986, ficando conhecido como o caso "Baby M", no qual a mãe de substituição se recusou a ceder a custódia da criança ao casal com quem tinha feito o acordo, tendo neste caso o Tribunal de New Jersey reconhecido que, a mãe legal era a mãe de substituição, mas acabou por reconhecer força vinculativa ao contrato obrigando a mãe de substituição a entregar a criança, tendo esta decisão por fundamento o melhor interesse da criança. [100]

A maternidade de substituição surge com o objectivo de resolver problemas concretos que surgem actualmente e afectam alguns casais aos quais é vedada a possibilidade de procriar (ex: ausência de útero, anomalia congénita,

[100] Cfr. Concelho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida e Maternidade de Substituição, pág. 25 e 26

etc..). É inegável o sofrimento de um casal, no qual a mulher sofre de alguma impossibilidade de procriar, inviabilizando assim o desejo de descendência. Porém, a existência de uma criança, quer seja ela adoptada ou biológica, não assume um factor essencial para a realização de uma pessoa, ou mesmo de um casal. Ainda assim, não invalida o facto de que, ter um filho não constitua para algumas pessoas, ou mesmo um casal, um factor de realização pessoal. Neste sentido, Vera Lúcia Raposo entende que *" Este é um contrato que fomenta a vida e que confere existência a quem e outra forma não a teria. E não uma existência qualquer, mas uma vida no sei de uma família onde aquele filho é muito desejado. Ou seja, não um filho que nasceu por acidente, por vingança, por despeito ou por motivações económicas – como tantas vezes acontece – mas sim por um profundo ato de amor e pela premente necessidade humana de constituir família."*[101]

Surge a questão se o fim que se pretende com a Maternidade de substituição justifica o recurso a este meio? E ainda se, o desejo de ter filhos é suficiente para justificar o recurso a tais meios? É inegável que faz parte da natureza humana a necessidade de se reproduzir, o que não quer dizer que todos tenham de seguir esse destino, mas mais do que uma necessidade biológica, a reprodução reveste-se muitas vezes de uma carência emocional. Aqueles que estão impossibilitados de se reproduzirem, por razões várias, muitas vezes vivem uma vida frustrada. Repare-se, quando estamos perante um contrato de maternidade de substituição, não estamos perante um capricho fútil, muito pelo contrário, estamos perante a consagração de direitos fundamentais, nomeadamente o direito à reprodução e a constituir família, assim como o direito à saúde, (artº 36, 26º nº 1 e 64º da CRP). Apesar de o conceito de família actualmente já se encontrar mais alargado, certo é que, o legislador português ainda não conseguiu harmonizar a lei de acordo com as "novas famílias" que surgem, constituídas estas muitas das vezes por vários pais ou simplesmente por um dos progenitores[102] Alguns autores designam estes de "os novos direitos humanos", incluindo nestes o direito de todas as pessoas serem livres de

[101] Cfr. Vera Lúcia Raposo in Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88, Março de 2012, pág. 27
[102] Cfr. Vera Lúcia Raposo e André Dias Pereira – Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, pág. 93

procriar, quando e como quiserem. Porém, ao ser reconhecida esta autonomia dos adultos, não pode ser ignorado os direitos da criança, que em caso de conflito, sobrepor-se-ão sempre aos dos adultos.[103]

Alguns autores entendem que a gravidez não é um serviço que se utiliza, um utensílio, pois encarando-a como tal estaríamos a instrumentalizar o corpo humano.[104] Em sentido diverso, sublinha a Doutora Vera Lúcia Raposo, que o que se contrata é uma prestação de serviço, interrogando-se o porquê de os demais serviços prestados com o corpo, nomeadamente, a prostituição, a moda ou mesmo o desporto, não são consideradas práticas proibidas. Parece, e na opinião da mesma autora, que a solução não passa pela proibição destes contratos, mas sim, pela criação de um regime jurídico que acautelasse ambas as partes envolvidas.[105]

Relativamente ao artº 39 da Lei 32/2006, no qual a maternidade de substituição de carácter oneroso constitui um ilícito criminal, verifica-se que o que subjaz a esta incriminação é o facto de este serviço ser pago, ressaltam aqui, nitidamente, concepções moralistas. Considera Figueiredo Dias que *" Desde logo, puras violações morais não conformam como tais a lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime."*[106] O mesmo autor, apesar de salientar que a noção de bem jurídico até aos dias de hoje não foi possível ser determinada, define bem jurídico como *" a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso."* Como exemplo da aplicação do modelo jurídico-constitucional do Direito Penal do bem jurídico, temos o Ac. Do TC 211/95, " o que justifica a inclusão de certas situações no Direito Penal é a subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições de direitos e

[103] Cfr. Concelho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida e Maternidade de Substituição, pág. 21
[104] Cfr. Miguel Oliveira da Silva - Concelho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida e Maternidade de Substituição, 2012, pág. 32,
[105] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 141
[106] Cfr. Jorge de Figueiredo Dias – Direito Penal – Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime – Tomo I, 2ª Edição, pág. 124

interesses que decorrem da aplicação de penas públicas (artº 18, nº 2 da CRP)."[107]

As crenças e valores morais evoluem com os tempos, e de forma célere, não proporcionando base segura à criminalização de qualquer conduta. Neste sentido afirma o autor Natscheratz *" os danos susceptíveis de legitimar a criminalização de qualquer conduta são os que dela própria advém. O puro desvio de padrões tidos como consensuais no plano moral não configura um dano susceptível de punição no direito penal. O único dano jurídico-penalmente relevante é o que se materializa na diminuição de valor de um bem jurídico."*[108]Assim, os atentados à ordem moral revelam-se impotentes para delinear o conceito material de crime, não assumindo assim qualquer relevância jurídica. Os valores morais evoluem tão rapidamente que não fornecem a sustentabilidade necessária à criminalização de qualquer conduta.

De acordo com o princípio jurídico-constitucional do Direito Penal do bem jurídico, Vera Lúcia Raposo considera que, " *qualquer criminalização pressupõe um bem jurídico criminal"* e como tal, na incriminação do artº 39 da Lei 32/2006 *" ...afirma, falta esse bem jurídico. A dignidade humana não é um bem jurídico criminal, não serve para fundamentar uma criminalização."*[109]

Ao direito cabe prevenir danos cuja ocorrência se torne provável, resta saber se, os perigos e danos provenientes da maternidade de substituição são efectivamente susceptíveis de se verificarem. Neste sentido, Guilherme de Oliveira reconhece que nestes casos estão em causa direitos fundamentais, e a ocorrência desses danos ainda não se encontra comprovados, *" ...os danos reais originados pelo contrato de gestação paga estão longe de estar provados; os prejuízos, seja para quem for, são apenas conjecturados".*[110] Porém, este autor utiliza como um dos argumento contra a maternidade de substituição, o facto de o homem estar fora do comércio jurídico tendo em conta o princípio da dignidade humana, *" ... o pagamento da gestação e da entrega do filho traduz-*

[107] Cfr. Jorge de Figueiredo Dias – Direito Penal – Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime – Tomo I, 2ª Edição, pág. 124 a 127
[108] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – Da Moralidade à Liberdade: O Bem jurídico tutelado na criminalidade sexual *apud* Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - pág.960 e 961
[109] Cfr. Raposo, Vera Lúcia - Boletim da Ordem dos Advogados, nº 88, Março de 2012, pág. 24
[110] Cfr. Guilherme de Oliveira – Mãe há só uma….Duas – Contrato de Gestação, pág. 51

se na coisificação da pessoa e, por isto, é contrário à dignidade humana",[111] assim como, escreveu Kant *" o que está acima de qualquer preço e que por conseguinte não admite equivalente, é aquilo que tem dignidade".* [112] Contudo, parece que o que se está aqui a contratar é uma prestação de um serviço de carácter pessoal, e não uma vida humana, foi este o entendimento que o Juiz Sorkow no caso Baby M. considerou, admitindo o pagamento à mãe de substituição. Há autores que consideram que, no caso de um dos contratantes ser o pai o biológico, o pagamento efectuado não configura a compra de um ser humano, uma vez que não pode comprar aquilo que já é seu. Este está a pagar à mãe de substituição um serviço que esta lhe prestou, a gestação do seu filho.[113]

Actualmente, o corpo humano é explorado de formas distintas a troco de uma remuneração, não causando essas práticas quaisquer tipo de transtorno moral na sociedade.

Tendo em conta os argumentos anteriormente apresentados, e com a consciência de todas as dúvidas e incertezas que a maternidade de substituição nos coloca, e mais concretamente tendo em consideração o princípio Jurídico-Constitucional do Direito Penal do Bem Jurídico, é minha convicção, na esteira de Vera Lúcia Raposo que a incriminação constante do artº 39 da Lei 32/2006 de 26 de Julho não se enquadra no princípio supra mencionado, não sendo possível a identificação desse bem jurídico. Ora, não sendo a maternidade de substituição de carácter gratuita passível de incriminação, (apenas nulidade do negócio, artº 8 da Lei 32/2006) conclui-se que o que na realidade fomentou a incriminação é o facto de envolver uma prestação pecuniária. Como anteriormente foi referido, no nosso ordenamento jurídico as criminalizações não são norteadas por moralismos e bons costumes, antes sim, pela necessidade de protecção de determinados bens jurídicos que carecem de tutela penal. Uma restrição desta natureza, fundar-se-ia num mero preconceito moralista com base num entendimento tradicional do que é infertilidade e reprodução. Assim, considero que este tipo de contratos onerosos, deveriam ser puníveis sem que

[111] Cfr. Guilherme de Oliveira – Mãe há só uma…Duas – Contrato de Gestação, pág.22
[112] Cfr. Miguel Oliveira da Silva - Concelho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida e Maternidade de Substituição, 2012, pág. 31
[113] Cfr. Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 58

constituíssem crime, uma vez que mais do que *"...proibir condutas de perigos incertos, o direito deveria intervir no sentido de limitar e desincentivar."* [114]

Facto é que, a maternidade de substituição tem ganho adeptos nos últimos anos, nomeadamente os mais jovens da nossa sociedade, sendo estes a favor da legalização do fenómeno.[115]

Actualmente, ser pai ou mãe, implica muito mais do que simplesmente ser a pessoa que gera ou a que tem um vínculo genético com a criança. É, antes disso, a pessoa que cria, ampara, dá amor, dignidade, ou seja, a pessoa que realmente exerce as funções de pai ou mãe tendo sempre como horizonte o melhor interesse da criança.

Nestes domínios sensíveis, as novidades começam por ser rejeitadas, passam a ser toleradas, e acabam finalmente por ser aceites.[116]

---

[114] Cfr. Guilherme de Oliveira – Mãe há só uma…, pág 52, *apud* Raposo, Vera Lúcia – De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela maternidade de substituição, pág. 142

[115] Jovens portugueses receptivos à maternidade de substituição - 21/12/2011 - http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=52277&op=all

[116] Cfr. Guilherme de Oliveira – Mãe há só uma, duas – contrato de gestação, pág. 97

Referências Bibliográficas

(Além da já citada nas notas de rodapé, foram consultadas as seguintes obras)

- RAPOSO, Vera Lúcia - De Mãe para Mãe: Questões Éticas e Legais Suscitadas pela Maternidade de Substituição, Publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º 5, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

- RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias - Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), Lex Medicinae, ano 3, n.º 6, 2006

- RAPOSO, Vera Lúcia - Da Moralidade à Liberdade: o Bem Jurídico Tutelado na Criminalidade Sexual, Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

- ANTUNES, Maria João - Procriação Medicamente Assistida: Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal?, in Livro de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

- COSTA, José Francisco de Faria - Bioética e Direito Penal - Reflexões Possíveis em Tempos de Incerteza, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol I (Manuela da Costa ANDRADE, Susana Aires de SOUSA, Maria Joao ANTUNES coords), Coimbra Editora, Coimbra, 2010

- OLIVEIRA, Guilherme Freire – Mãe há só uma, Duas – Contrato de Gestação

- RAPOSO, Vera Lúcia - Boletim da Ordem dos Advogados, nº88, Março de 2012

- Miguel Oliveira da Silva - Concelho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida e Maternidade de Substituição

- DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal – Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime – Tomo I, 2ª Edição

- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida 63/CNECV/2012 – Parecer nº 63 – Procriação Medicamente assistida e gestação de substituição

- DIAS, Jorge de Figueiredo «O "direito Penal do Bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações»

- Oliveira, Guilherme Freire Falcão – Aspectos jurídicos da Procriação Assistida, Setembro de 1989

Referências Legislativas

- Lei nº 32/2006 de 26 de Julho - Procriação Medicamente Assistida
- Código Penal
- Código Civil
- Constituição da República Portuguesa

Referências Jurisprudenciais

- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009, processo nº 963/06

Sites Visitados:

- http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=52277&op=all

- http://www.rtp.pt/blogs/programas/linhadafrente/?k=Linha-da-Frente-de-2011-11-30.rtp&post=1972

- http://www.irn.mj.pt/IRN//sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/p-c-c-96-2010-sjc/downloadFile/file/CC96-2010.pdf?nocache=1336048963.7

- http://www.apdi.pt/apdi/doutrina/lei%2032-06%20pma.pdf