



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Exm.º Senhor  
Presidente da Comissão de Assuntos  
Constitucionais, Direitos, Liberdades e  
Garantias  
Assembleia da República  
Palácio de S. Bento

1249 – 068 LISBOA

SUA REFERÊNCIA:  
Of.º n.º 144/XII/1.ª  
CACDLG/2012

SUA COMUNICAÇÃO DE:  
19/01/2012

NOSSA REFERÊNCIA:  
Ofº nº 2468/2012  
Proc.º n.º 12/2012 – L.º 115

NOSSA COMUNICAÇÃO DE:  
31/01/2012

ASSUNTO: **Projectos de Lei n.º 122/XII/1.ª,(BE), 127/XII/1.ª (BE), – 131/XII/1.ª (PS), 137/XII/1.ª (PS), 138/XII/1.ª (PSD) - Parecer**

Por referência ao assunto em epígrafe e em cumprimento do despacho exarado por Sua Excelência a Conselheira Vice-Procuradora-Geral da República, tenho a honra de remeter a V. Ex.ª o *parecer* emitido no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público.

Com os melhores cumprimentos, *de elevada estima e consideração.*

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

(Carlos José de Sousa Mendes)

549560\_1  
/BBF

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA	
Divisão de Apoio às Comissões	
CACDLG	
H.º Único	420428
Entrada/Exida. n.º	138
Data:	1/2/2012



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO *circula-se pelos*

PARECER

*A 1.ª Comissão da Assembleia da República.  
Ex.ªs Senhoras Membros  
do Conselho Superior  
do Ministério Público.*

*LX.30.01.2012*

*Albuquerque*

Procriação Medicamente Assistida /Recurso à Maternidade de Substituição.

1. O senhor Presidente da Comissão de assuntos Constitucionais Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República solicitou a este Conselho, no dia 10 de Janeiro, parecer sobre os Projectos de Lei n.º 122/XII/1ª e 127/XII/1ª, ambos de iniciativa do Bloco de Esquerda (BE), tendo o primeiro por epígrafe “Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (PAM) e regula o recurso à maternidade de substituição, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro” e o segundo, “altera o Código de Registo Civil, tendo em conta a Procriação Medicamente assistida, a adopção e o apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo”.

Posteriormente, no dia 12 de Janeiro, o mesmo órgão solicitou parecer sobre duas outras iniciativas legislativas da autoria do Partido Socialista (PS) respeitantes às mesmas matérias, os Projectos de Lei n.ºs 131/XII/1ª e 137/XII/1ª, tendo por epígrafe, respectivamente, “Procede à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro, consagrando excepções à proibição de recurso à maternidade de substituição” e “Segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alargando o âmbito dos beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida e admitindo o recurso à maternidade de substituição”.

Finalmente, em 19 de Janeiro pediu ainda parecer sobre o Projecto de Lei n.º 138/XII/1ª, de iniciativa do Partido Social Democrata (PSD), que “altera a Lei 32/2006, de 26 de Julho que regula a utilização de técnicas de procriação



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

medicamente assistida”.

2. Considerando a identidade de matérias, passa-se a emitir parecer conjunto, na perspectiva da legalidade - única sobre a qual pode incidir a pronúncia deste órgão -, sendo certo que se trata de uma área em que as questões mais relevantes têm uma dimensão mais ética e política do que jurídica.

O parecer incidirá essencialmente sobre os seguintes aspectos:

- a) **Admissibilidade da maternidade de substituição;**
- b) **Alargamento do universo de beneficiários das técnicas de PMA;**
- c) **Alterações pontuais para aperfeiçoamento da lei.**

### **a) Admissibilidade da maternidade de substituição**

Todos os projectos pretendem permitir o recurso à maternidade de substituição em caso de ausência, doença ou lesão do útero que obste à mulher procriar.

Actualmente, determina o art. 8.º que *“são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”*. A proibição da maternidade de substituição é reforçada com a tutela penal constante do art. 39.º, que pune quem concretizar a título oneroso ou promover a maternidade de substituição.

Todos os articulados propostos, mesmo aqueles que pretendem alargar os beneficiários das técnicas de PMA, apenas a título excepcional, admitem o recurso à maternidade de substituição e sempre a título gratuito. Os Projectos de Lei n.ºs 138/XII/1ª do PSD e 122/XII/1ª, do BE admitem ainda a possibilidade de o Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida – CNPMA, autorizar outras situações, a título excepcional e com prévia audição da Ordem dos Médicos.

Em conformidade com esta alteração, todos os projectos prevêem a alteração do art. 39.º, excluindo da punibilidade criminal os casos em que a maternidade de substituição passará a ser lícita, aproveitando ainda para alargar a punibilidade a



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

casos de maternidade de substituição a título gratuito. Os Projectos da iniciativa do PSD e do PS (138/XII/1ª e 131/XII/1ª) prevêm para estes casos uma pena inferior à da maternidade de substituição ilícita a título oneroso<sup>1</sup>.

O próprio CNPMA, no seu Relatório de 2010 (pág. 37), propunha a admissibilidade da maternidade de substituição nestes casos específicos, invocando pretender-se *“contribuir para a resolução de problemas concretos que hoje se colocam aos casais e que resultam em limitações de acesso às técnicas de PMA. ”*

Não sendo de descurar questões éticas associadas a este mecanismo, já admitido noutros estados como a Grécia, o Reino Unido, o Canadá e certos estados federados Norte-Americanos, o recurso à maternidade de substituição suscita problemas jurídicos complexos, nomeadamente no âmbito do estabelecimento da filiação e do regime aplicável ao incumprimento do “negócio jurídico” subjacente.

Já em 2004 o Conselho Nacional para as Ciências da Vida<sup>2</sup> referia que *“A utilização temporária do útero de terceira mulher para permitir a gestação é, expressamente, proibida pelas leis alemã, espanhola e italiana. A razão apontada para a proibição atende sobretudo às dificuldades em estabelecer a filiação. Casos houve em que, depois do nascimento, a mãe substituta se recusou a entregar a criança ou em que esta foi abandonada pelos pais biológicos. Sustenta-se que esta solução pode dar origem a situações em que não fica salvaguardado o interesse do nascituro, o qual, em qualquer caso, deve prevalecer sobre os desejos de procriação dos progenitores, nunca devendo ser considerado instrumental em relação a estes”*.

No mesmo sentido, Filipa Cabral Vicente de Sousa<sup>3</sup> refere que *“face aos inúmeros*

---

<sup>1</sup> O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a constitucionalidade da não punibilidade da maternidade de substituição ilícita gratuita, não porque a punibilidade fosse inconstitucional, mas porque a constituição não a impunha (Ac. 101/2009, publicado no DR, 2.ª série, de 1 de Abril de 2009).

<sup>2</sup> Relatório Procriação Medicamente Assistida, Julho de 2004

<sup>3</sup> In A Procriação Medicamente Assistida na União Europeia: harmonizar ou reagir?, revista O Direito, ano 140.º, 2008, IV, pág 898



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*problemas jurídicos e morais que este “contrato” pode levantar, a doutrina internacional, assim como o Parlamento Europeu na sua resolução FA<sup>4</sup>, manifestam um forte desejo de banir este tipo de mediação, quer tenha ou não fins lucrativos. Pelo exposto, e com o fim de evitar divergências entre as legislações dos EM (Estados membros), que possibilitaria um comércio ilegítimo de bebés e uma deslocação de mães hospedeiras entre os vários estados, deverá ser proibida esta prática na EU (União Europeia)”.*

Na verdade, a admissibilidade da maternidade de substituição configura uma excepção ao regime de estabelecimento da maternidade previsto no art. 1796.º, n.º 1, do Código Civil: *“Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento (...)”*.

Esta regra não sofre alterações com a actual redacção da Lei 32/2006 que, associada à proibição da maternidade de substituição, determina no n.º 3, do art. 8.º, que a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

Independentemente de saber se este regime se baseia numa “sanção” para o acto ilícito<sup>5</sup> ou no reconhecimento e valorização da afectividade decorrente da gestação, certo é que, nos casos de maternidade de substituição lícitos, e independentemente dos gâmetas terem sido fornecidos pelos beneficiários (de apenas um ou dos dois), a regra terá de passar a ser a inversa, sob pena do negócio jurídico não ter sentido.

Assim, para além de se ter de prever este regime especial, o que se fez já nos Projectos 107/XII/1.º e 138/XII/1º, deverá ainda prever-se para a maternidade uma regra como a constante do art. 1839.º, n.º 3, do Código Civil, que determina que

---

<sup>4</sup> Resolução sobre fecundação artificial “in vivo e in vitro”, JO n.º C 96, de 17/04/1989

<sup>5</sup> Como interpreta, com crítica severa, Oliveira Ascensão, in A Lei 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, pág. 23



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*“não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”.*

Importará, assim, introduzir uma alteração ao art. 1807.º do Código Civil (impugnação da maternidade), impedindo a impugnação da maternidade nestes casos. Será uma solução similar à prevista no regime jurídico da adopção plena, no art. 1987.º, segundo o qual “depois de decretada a adopção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento”.

Quanto à paternidade, e caso não sejam do cônjuge marido os gâmetas masculinos utilizados, terá de se adaptar a norma acima referida do n.º 3 do art. 1839.º aos casos presentes, uma vez que a inseminação artificial deixa de ser feita “ao cônjuge”.

Mas, mais complexas serão as vicissitudes do período de gravidez, em que se identifica uma miríade de questões a justificar adequada ponderação. Na verdade, terá de ser regulado o direito de “arrependimento” das partes, seja na vertente negativa – desistência do projecto de procriação – seja na vertente positiva, por parte da mãe substituta - vontade de assumir a maternidade.

No primeiro caso, e referimo-nos naturalmente a hipóteses em que a implantação no útero já ocorreu, terá de ser regulado o direito da mãe substituta ou dos beneficiários de recorrer à “interrupção voluntária da gravidez”.

No caso da mãe substituta, esse direito poderá ser exercido sem necessidade de qualquer intervenção dos “pais biológicos” ou das pessoas que celebraram o acordo de maternidade de substituição, nem de qualquer dever de indemnização? E no caso de a “desistência” ser dos beneficiários, poderá essa vontade ser imposta à mãe substituta? No plano jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física da mãe substituta implicam uma resposta positiva ao segmento



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

inicial da primeira questão e uma resposta negativa à segunda questão. O carácter gratuito do negócio celebrado e a previsibilidade das respectivas vicissitudes concorrem no sentido da exclusão de qualquer pretensão indemnizatória. E se a mãe substituta recusar interromper a gravidez, a criança continuará a ser considerada filha dos beneficiários que recusaram essa qualidade enquanto ainda era possível a interrupção?

Em sentido contrário, são configuráveis casos em que a mãe substituta poderá, de algum modo, querer reclamar a maternidade. Na verdade, cumpre assinalar que actualmente, o legislador, na sequência da declaração de nulidade deste tipo de acordos, determina que é a substituta que é havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer (art. 8.º, n.º 5).

Como acima referimos, o legislador entendeu que a criança deveria ser considerada filha de quem “suportou” a gravidez - utilizando as palavras da lei -, mesmo que tenha recorrido a gâmetas dos beneficiários. Entendeu certamente o legislador que esse percurso de gravidez criava uma ligação à criança pelo menos igual à daqueles que doaram o material biológico para a procriação.

Ora, querendo ambas as partes cumprir o acordo, a regra de atribuir a parentalidade aos beneficiários será cumprida e não ocorrerão litígios que suscitem a intervenção do direito.

Mas na hipótese contrária, suscitam-se questões que deverão ser desde já resolvidas. A título exemplificativo, convoca-se a possibilidade de a mãe que “suportou a gravidez” fugir levando consigo a criança. Incurrerá na prática de um crime de “rpto de menor”? Recorde-se que poderá estar em causa uma mãe que, não só suportou a gravidez, como forneceu o óvulo, existindo assim uma ligação biológica à criança.



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

E, em sentido contrário, qual o regime aplicável ao “arrependimento” dos beneficiários? Poderá a mãe de substituição assumir a maternidade ou a criança terá o destino de qualquer outra rejeitada pelos pais, sendo encaminhada para adopção?

No que se refere ao procedimento, cumprirá ainda determinar se será de aplicar regime similar ao previsto no art. 1982.º, do CC, para a adopção plena, em que o consentimento (neste caso seria o acordo) teria de ser prestado perante entidade pública, que deve esclarecer os declarantes sobre o significado e os efeitos do acto. Em termos civilistas, afigura-se-nos ainda que o legislador terá de estabelecer um regime injuntivo, destituído de liberdade de estipulação, ou seja, eliminando qualquer poder dispositivo quanto aos direitos e deveres das partes, à semelhança da generalidade dos negócios de âmbito pessoal no direito da família.

Estas questões não são abordadas nas propostas em análise.

Os Projectos do PSD e do BE são completamente omissos (limitam-se a excepcionar da regra já estabelecida para a maternidade os casos que agora pretendem ver cobertos pela autorização, sem apontar solução) enquanto nos Projectos do PS o essencial da matéria é remetida para regulamentação em lei posterior.

Numa matéria desta sensibilidade afigura-se-nos inadequada, em termos de técnica legislativa, a remessa para lei posterior, tanto mais quanto o objecto do diferimento não são questões acessórias, mas o cerne do problema e se verifica uma situação de identidade do órgão competente para legislar.

A atribuição de um direito não regulamentado pode suscitar problemas de expectativas jurídicas, o que, pelo menos indirectamente, aumenta o potencial litigioso, nomeadamente no plano da responsabilidade civil do Estado, por omissão dos poderes públicos.

Utilizando a expressão de Oliveira Ascensão na análise que fez da lei actual (ob. Cit.,





## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

pág. 32), *“quaisquer que sejam as respostas a estas e outras questões fundamentais, é reprovável que de uma lei geral sobre esta matéria não conste transparentemente a solução”*.

Em coerência com o exposto, sugere-se que, pelo menos estas questões essenciais – regras sobre a filiação e sobre o direito de arrendimento – sejam desde já enfrentadas e dirimidas pelo legislador.

### **b) Alargamento do universo de beneficiários das técnicas de PMA**

Duas das propostas – projectos de Lei n.º 122/XII/1.ª (BE) e 137/XII/1.ª (PS) - pretendem alargar o âmbito de potenciais beneficiários da PMA o que, em consequência, implicará uma alteração do princípio da subsidiariedade que caracteriza do actual regime legal.

Sendo pública a rejeição de ambos os Projectos por votação na generalidade realizada na sessão plenária de 20-01-2012 da Assembleia da República, não se justifica uma análise mais aprofundada. Transmitem-se, por isso, breves notas muito sintéticas.

O alargamento seria efectuado, essencialmente, admitindo três novos tipos de beneficiários:

- a) Pessoas sem diagnóstico de infertilidade ou de saúde;
- b) Pessoas não casadas nem vivendo em união de facto;
- c) Casais homossexuais

Quanto ao primeiro caso – pessoas sem diagnóstico de infertilidade ou de saúde -, estabelece o art. 4.º, n.º 1 e 2, que as “técnicas de PMA são um método subsidiário,



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

e não alternativo, de procriação”, pelo que a sua utilização “só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”.

Estaria, então, em causa a substituição deste princípio de subsidiariedade por um princípio de alternatividade, permitindo o recurso a técnicas de PMA sem necessidade de um diagnóstico prévio de infertilidade ou doença.

O sentido das propostas ínsitas neste segmento dos Projectos aqui em apreciação convocam essencialmente questões de natureza ética, social e política.

Permitimo-nos apenas significar, no plano estritamente jurídico, a susceptibilidade de o alargamento previsto na alínea a), sem intervenção de uma entidade pública que sindique as motivações dos beneficiários, facilitar a viabilização de opções fundadas em critérios eugénicos, de selecção das características dos seres humanos a criar, com o que se poderia pôr em crise o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa).

Na redacção actual do n.º 1 do art. 6.º, da Lei n.º 32/2006, “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 a técnicas de PMA”.

Entendia o legislador que o recurso a técnicas de PMA se restringia a casais heterossexuais, casados ou vivendo em união de facto, que sejam inférteis ou para obstar a riscos de saúde dos progenitores ou da criança.

No Projecto n.º 127/XII/1ª da responsabilidade do BE, foi inscrita uma alteração ao



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Código de Registo Civil, acrescentando-se ao seu artigo 1.º uma norma com o seguinte teor: *“Quando, na procriação medicamente assistida, na adopção ou apadrinhamento civil, os progenitores, adoptantes ou padrinhos forem casados ou estejam em união de facto com pessoas do mesmo sexo, os assentos, averbamentos ou novos assentos de nascimento no registo civil são efectuadas de forma idêntica à prevista nas leis em vigor para casais de sexo diferente, com as devidas adaptações”*.

Na coerência do sistema, não faria sentido permitir o recurso a técnicas de PMA a casais homossexuais e não permitir o recurso à adopção. Assim, a ser aprovada aquela possibilidade, impor-se-ia a revogação do art. 3.º da lei 9/2010, de 31 de Maio, que determina: *“As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo”*.

A aprovação daquela proposta justificaria, também, que fossem revisitadas as normas do Código Civil sobre filiação, para identificar e intervir nas situações em que os conceitos de maternidade e paternidade, fundados no sexo do parente, devessem ser actualizados em função da evolução registada.

A título meramente exemplificativo refere-se a norma do n.º 1 do art. 1884.º, cujo teor se passa a transcrever: *“O pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho é obrigado, desde a data do estabelecimento de paternidade, a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, sem prejuízo das indemnizações a que por lei ela tenha direito”*.



## CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### **C) Alterações pontuais para aperfeiçoamento da lei.**

Para além dos dois temas acima abordados, os Projectos visam introduzir alterações pontuais noutros segmentos do diploma, na sequência de sugestões do CNPMA, em termos que não merecem reservas gerais.

Todavia, em relação consentimento, que consta da proposta de alteração do art. 14.º - comum aos Projectos do PSD do PS e do BE, - parecer-nos-ia mais adequado que a declaração fosse aposta no próprio documento onde constam as informações prestadas, confirmando o declarante ter tido conhecimento do teor destas.

Trata-se de garantir que o consentimento é livre e esclarecido, motivo pelo qual, à semelhança do que verifica em lugares paralelos, no direito português, estando em causa a prestação de informação sensível a uma parte cuja fragilidade se presuma, a assinatura não deve estar separada do documento que corporiza os deveres de informação.

Ainda em matéria de redacção e especificamente no que se refere ao Projecto n.º 122/XII/1ª (BE), no segmento respeitante à determinação da parentalidade no caso de inseminação com sémen de dador por mulher sem qualquer vínculo conjugal (art.º 21.º), sugere-se a substituição da expressão utilizada no n.º 6 “sem necessidade de qualquer ulterior averiguação oficiosa de parentalidade”, por uma mais assertiva, “sem possibilidade de qualquer averiguação oficiosa de parentalidade”, assim se clarificando a intenção de proibição de recurso à averiguação oficiosa.