**PATRÍCIA ALEXANDRA GONÇALVES DA SILVA
DUARTE**

**REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E
DIREITO PENAL**

*Beneficiários, sanções e as perspetivas de futuro face ao
contexto global*

Orientador: José Inácio Clímaco de Sousa e Brito

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Departamento de Direito

Lisboa

2014

**PATRÍCIA ALEXANDRA GONÇALVES DA SILVA
DUARTE**

**REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E
DIREITO PENAL**

*Beneficiários, sanções e as perspetivas de futuro face ao
contexto global*

Dissertação apresentada para a obtenção do
Grau de Mestre em Direito, no Curso de
Mestrado em Ciências Jurídico Forenses,
conferido pela Universidade Lusófona de
Humanidades e Tecnologias.

Orientador: Prof. Doutor José Inácio
Clímaco de Sousa e Brito

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Departamento de Direito

Lisboa

2014

O teste para a tolerância não é ver como lidamos com as pessoas ou os hábitos com os quais nos sentimos identificados, mas como encontramos solução para a expressão do que nos parece estranho ou diferente.

Albie Sachs

À memória de meu avô Gonçalves

Agradecimentos

Contei com a inestimável ajuda do Prof. Doutor José de Sousa e Brito, meu orientador, a quem desde já, quero deixar as minhas palavras de sincero agradecimento, por me ter sugerido o presente tema, me ter fornecido material bibliográfico, pelo acompanhamento, pelas palavras de estímulo permanente e críticas formuladas, as quais contribuíram sem dúvida, para a elaboração da presente Dissertação.

À Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias de Lisboa por ser a Faculdade que me possibilitou a elaboração e defesa da presente Dissertação e seu corpo docente que me apoiou desde início.

Às Bibliotecas das Faculdades de Direito de Lisboa e Coimbra pela infindável colaboração e pelo fornecimento de diverso material dedicado à investigação científica.

Ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e seus colaboradores pela disponibilidade em receber-me e facultar-me toda a Doutrina existente na sua Biblioteca.

À Inspeção Geral das Atividades da Saúde e ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida pelo fornecimento de informação de apoio ao presente tema.

À minha mãe pela paciência em escutar-me sempre que precisei.

À minha irmã Ana Paula Duarte pelas opiniões manifestadas, pelo apoio com o fornecimento do material logístico e que compreendeu a minha ausência temporária do escritório.

Aos meus Colegas e amigos pela disponibilidade em ouvir-me nos momentos que mais necessitei e pelas considerações que colocaram.

E, a todas as pessoas, que das mais variadas formas, colaboraram comigo e me deram incentivos até ao último minuto.

Resumo

Na presente dissertação abordaremos a evolução histórica e político legislativa da reprodução/procriação medicamente assistida e as alterações que ocorreram no casamento civil e possível alteração ao instituto da adoção, analisando para o efeito jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Para depois, após tratarmos de uma panorâmica geral da PMA. e institutos com a matéria relacionados, debruçarmo-nos no problema em especial, ou seja, nas sanções penais, de mera ordenação social e sanções acessórias em torno da violação do disposto no artigo 6.º da Lei número 31/2006 de 26/07, da responsabilidade penal médica e da legitimidade da intervenção penal e contraordenacional.

Também analisaremos, em especial, quais os beneficiários das técnicas de PMA. face ao direito comparado (abordando a este título as experiências italiana, francesa, espanhola, inglesa e californiana) descrevendo se existem sanções em caso de violação do artigo que os define, no intuito de num quadro síntese, elaborarmos uma comparação das diferentes sanções existentes ou inexistentes.

E, por último, abordaremos algumas questões atuais de direito penal internacional, diretamente relacionadas com a PMA., que surgiram da aplicação prática da própria lei, designadamente o efeito que a liberdade de circulação na Europa provoca na matéria em análise, o fenómeno crescente do «turismo reprodutivo», o fundamento arguido para a restrição, proibição e até criminalização dos beneficiários e ainda a consequente inaplicabilidade das sanções existentes.

É nossa intenção, abordar a norma constante no artigo 6.º da Lei da procriação medicamente assistida que trata dos beneficiários das técnicas de PMA., fazendo uma reflexão crítica da legislação existente recorrendo a jurisprudência nacional e mundial,

para delinear-mos por fim, se o progresso legislativo português seguiu o seu melhor percurso e o que poderíamos alterar de modo a aperfeiçoá-lo, dando para o efeito as nossas humildes conclusões e possíveis soluções.

Cumpramos advertir que estarão excluídas do âmbito da presente dissertação todas as outras normas e sanções aplicáveis na Lei da PMA., que se reportam a outras dogmáticas, não conexas com o nosso tema.

Mais do que o estrito problema jurídico, procuraremos seguir o rumo das consequências jurídicas das sanções existentes, procurando descrever a sua evolução recente para tentar, numa apreciação crítica, antecipar a sua evolução futura.

Palavras Chave: procriação medicamente assistida, beneficiários, sanções, liberdade de circulação, «turismo reprodutivo».

Summary

In this essay we will focus on the historical evolution of policy and legislative medically assisted reproduction/procreation and still the alterations occurred in the civil marriage and possible alteration in the adoption institute, including analyzing jurisprudence of the Constitutional Court related to the same.

For then and after dealing with an overview of PMA., avail ourselves in the question in special, in criminal sanctions, of mere social ordinance and additional sanctions around the violation of article 6th of the Law number 31/2006 of 26/07, the medical criminal responsibility and the legitimacy of the criminal and countermanding intervention.

We also analyze, in particular, what are the benefits of the techniques of PMA. In view of the comparative jurisprudence (focusing under this pretense the Italian, French, Spanish, English and Californian experiences) describing whether there are sanctions in case of violation of the article which defines them, with the purpose of drawing up in a synthesis, a comparison of the different existing or non-existing sanctions.

And, at last, we will focus some current questions of International Criminal Law, directly related with PMA., which arose from the practical application of the law itself, namely the effect that freedom of movement in Europe causes in the analyzing matter, the creasing phenomenon of «reproductive tourism», the ground which is argued for the restriction, prohibition and even criminalization of the beneficiaries and still the consequent inapplicability of the existing sanctions.

It's our purpose, to focus the consisting rule in the article 6th of the medically assisted procreation/reproduction which treats the beneficiaries of the techniques of PMA., making a critical reflection of the existing legislation appealing to a national and

world-wide jurisprudence, to outline, lastly, if the Portuguese legislative development has followed its best way and what we could change in order to improve, giving, for the effect our humble conclusions and possible solutions.

It should be warned that it will be excluded from the scope of this essay all the other rules and applicable sanctions on the Law of PMA., which refers to other dogmatic, ones not connected with our theme.

More than the strict juridical problem, we will try to follow the course of the juridical consequences of the existing sanctions, trying to describe the recent evolution to try, in a critical analysis, to anticipate its future one.

Key-Words: medically assisted procreation/reproduction, beneficiaries, sanctions, freedom of movement, «reproductive tourism».

Abreviaturas

art.	artigo
arts.	artigos
cfr.	conforme
pp.	páginas
p.	página
CNEV.	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPMA.	Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida
CP.	Código Penal
CPP.	Código de Processo Penal
CRP.	Constituição da República Portuguesa
DUDH.	Declaração Universal dos Direitos do Homem
p. ex.	por exemplo
ss.	seguintes
n.	número
al.	alínea
als.	alíneas
LPE.	Leis Penais Extravagantes
PMA. /	Procriação Medicamente Assistida /
RMA.	Reprodução Medicamente Assistida
CC.	Código Civil
DR.	Diário da República
ROA.	Revista do Ordem dos Advogados
Prof.	Professor
séc.	século

UE.	União Europeia
E.U.A.	Estados Unidos da América
DL.	Decreto Lei
CLPE.	Comentário das Leis Penais Extravagantes
RGCO.	Regime Geral das Contra Ordenações
SNS.	Serviço Nacional de Saúde
NHS.	National Health System
ART.	Assisted Reproduction Tecnology
HFE	Human Fertilisation and Embryology Act
TEDH.	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
LPMA.	Lei da Procriação Medicamente Assistida
UPA.	Uniform Parentage Act
IGAS	Inspeção Geral das Actividades em Saúde
DIAP.	Departamento de Investigação e Acção Penal
FAM.	Family Code
CODE	

NOTAS:

As citações em português, extraídas de textos em língua estrangeira, resultam de tradução nossa.

O quadro síntese (número 1) resulta de elaboração nossa, baseada na investigação realizada.

Todos os endereços de sítios de Internet citados na presente dissertação foram acedidos, respetivamente, nas datas assinaladas.

Índice Geral

Agradecimentos	5
Resumo	7
Abreviaturas.....	11
Introdução.....	15
Capítulo 1 – Evolução legislativa.....	19
1.1. Evolução histórica e político legislativa.....	19
1.2. Situação atual no ordenamento jurídico português.....	28
1.2.1. Noção e modalidades permitidas da PMA.	30
1.2.2. Análise do Acórdão número 101/2009 do Tribunal Constitucional.....	33
1.3. Lei número 9/2010 de 31 de Maio (alterações ao instituto do casamento civil e adoção).....	38
1.3.1. Análise do Acórdão número 121/2010 do Tribunal Constitucional.....	40
1.3.2. Análise do Projeto Lei número 278/XII e Acórdão número 176/2014 do Tribunal Constitucional.....	45
Capítulo 2 – Sanções penais e de mera ordenação social.....	50
2.1. Beneficiários da PMA. - artigo 6º da Lei número 31/2006 de 26/07	50
2.2. Enquadramento jurídico do problema, quem pode afinal ter acesso à PMA.?....	54
2.3. Sanções decorrentes da violação do artigo 6.º da Lei número 32/2006 de 26/07	57
2.3.1. Responsabilidade criminal.....	59
2.3.2. Ilícito de mera ordenação social	65
2.3.3. Sanções acessórias	68
2.4. Responsabilidade penal médica.....	69

2.5. Legitimidade da intervenção penal.....	78
Capítulo 3 – Beneficiários da PMA. face ao direito comparado.....	86
3.1. Breve enquadramento geral.....	86
3.1.1. Experiência italiana.....	87
3.1.2. Experiência francesa.....	91
3.1.3. Experiência espanhola.....	96
3.1.4. Experiência inglesa (Reino Unido).....	107
3.1.5. Experiência americana (E.U.A) – estado da Califórnia.....	112
3.2. Quadro síntese das sanções aplicáveis.....	126
Capítulo 4 – Questões de direito penal internacional relacionadas com a PMA.....	127
4.1. Breve enquadramento geral.....	127
4.2. A liberdade de circulação dos cidadãos europeus.....	129
4.3. O fenómeno do «turismo de reprodução».....	132
4.4. Qual é afinal o fundamento plausível para a proibição, sanção e eventual criminalização?.....	136
4.5. Da inaplicabilidade da proibição existente.....	139
Conclusão.....	144
Bibliografia.....	152
1. Referências Bibliográficas.....	152
2. Referências Eletrónicas.....	154
2.1 Legislação.....	154
2.2 Jurisprudência.....	158
2.3 Doutrina e outros.....	159

Introdução

O progresso da ciência e os avanços tecnológicos que se têm demonstrado ao longo dos últimos anos abriram portas, que jamais antes pensaríamos ser possível.

A medicina genética sofreu uma evolução exacerbada e a infertilidade que no passado era irremediável hoje tem solução, graças aos avanços da reprodução medicamente assistida¹.

Contudo, embora o progresso tecnológico e científico por um lado tenha características positivas, por outro, também revela aspetos negativos, que à sociedade moderna podem afetar de forma drástica e irreversível, uma vez que, o homem nem sempre utiliza os recursos que tem à sua mercê da forma mais benéfica.

E em face da sociedade do risco e os excessos inerentes a ela, verificou-se a necessidade de legislar sobre a reprodução medicamente assistida, por forma a garantir a segurança jurídica, evitando por conseguinte que, o progresso não se tornasse um risco para a própria humanidade.

Portugal adotou, há cerca de oito anos, legislação especial acerca da matéria, porém ainda na presente data, pairam dúvidas sobre se a opção político legislativa tomada, designadamente, no que toca à restrição de determinados grupos de indivíduos dos beneficiários legalmente aptos às técnicas de procriação assistida e, se o alargamento do âmbito contraordenacional e do criminalmente relevante, relativamente aos beneficiários terá ou não, sido legítimo?

É fundamental, acompanharmos a evolução desta matéria, para conseguirmos dar resposta às problemáticas que hoje voltam a ser, mais do que nunca, debatidas um pouco por todo o mundo.

¹ Ou também chamada de procriação medicamente assistida (PMA.)

Porquanto, será afinal legítimo ao Estado português restringir o acesso à PMA.?

E para fazer tal restrição, recorrer como recorreu, ao direito penal e contraordenacional sem qualquer motivo plausível?

Será correto afirmarmos que, a restrição prevista na norma relativa aos beneficiários da PMA., destina-se à proteção do instituto da família e à defesa do superior interesse da criança?

E ainda que, se na atualidade em que vivemos, perante a massificada globalização em determinadas áreas, como a da saúde, é aceitável e praticável a existência de inúmeras discrepâncias sancionatórias e até contradições entre as normas existentes que delimitam o acesso de pacientes a determinados tratamentos e práticas clínicas no âmbito da PMA.?

Estas e outras questões, são sem dúvida, a razão pela qual defendemos que é necessário debatermos esta matéria, que na atualidade tem sido alvo de tanta controvérsia, de modo a que, à semelhança de outros sistemas jurídicos estrangeiros, consigamos desenvolver sistema jurídico que represente a sociedade portuguesa atual sem quaisquer discriminações.

E para tal é necessário fazermos uma análise crítica da legislação existente e da jurisprudência nacional e mundial, para delinear-mos se o progresso legislativo português seguiu o seu melhor percurso, até porque: *“É imperioso que as novas gerações não venham um dia a considerar-se vítimas do nosso tecnologismo. E nós, teremos que assumir a grave responsabilidade de decidir que tipo de humanidade e de sociedade queremos preparar para o próximo milénio.”*²

É facto assente, em nossa modesta opinião, que a presente matéria deve abraçar a realidade social e não fazer julgamentos morais através de comandos que ditam o comportamento humano.

² Luís Archer - *O progresso da genética e o espírito eugénico*, Cadernos de bio-ética, 10 (1995), p. 81.

Optamos assim por ordenar a presente dissertação de forma lógica e cronológica, para depois numa abordagem comparativa com outros sistemas, demonstrar que possivelmente a legislação portuguesa em vigor nesta matéria não será a melhor opção face à realidade social atual, dando para o efeito, as nossas humildes opiniões e comentários que nos parecem contribuir para o enriquecer da legislação vindoura.

O tempo assim o dirá!

Abordaremos assim, no âmbito do Capítulo 1 da presente dissertação, a evolução histórica e político legislativa da matéria analisando para o efeito jurisprudência do Tribunal Constitucional existente e relacionada com a mesma; no Capítulo 2, depois de termos formalizado uma abordagem geral, trataremos do problema em especial, ou seja, das sanções penais, de mera ordenação social e sanções acessórias em torno da violação do disposto no artigo 6.º da Lei número 32/2006 de 26/07, também da responsabilidade penal médica e ainda da legitimidade da intervenção penal e contraordenacional; no Capítulo 3, abordaremos os beneficiários das técnicas de PMA. face ao direito comparado, fazendo por fim um quadro síntese das diferentes sanções existentes ou inexistentes nos países abordados; e, por último, no Capítulo 4, de algumas questões de direito penal internacional diretamente ligadas com a PMA., que implicam a necessária reflexão sobre a matéria.

Para enfim, concluirmos que afinal, se aplicamos uma determinada regra de igualdade para todos abranger, num determinado contexto e momento social, como foi a aplicação do casamento a todos segundo o princípio da igualdade, qual a razão para proibir sem motivos, o acesso de determinados grupos de pessoas que por diferente tratamento se encontram limitadas quanto à liberdade de procriar, no âmbito da reprodução medicamente assistida?

É, a nosso ver, compreensível e aceitável que se tenha intervindo legislativamente na área, para garantia da segurança jurídica, porém “*admitir tudo ou*

proibir tudo seria uma forma excepcional de intervenção do Direito – e, quando despropositada, a mais grosseira”³.

É da aplicação prática das normas e respetivas sanções que se verifica se as mesmas atingem ou não o seu objetivo e, quando se verifique que, o mesmo não é sequer atingido, a sua existência terá que necessariamente ser posta em causa.

Nesta senda, o nosso objetivo principal é contribuir para a prossecução de um regime jurídico que interligue o direito à realidade do progresso, sem no entanto, esquecer o processo natural da natureza humana.

Foram várias as dificuldades, fragilidades e dúvidas encontradas, no entanto, preferimos arriscar a abordá-las do que a mantermo-nos no silêncio, afinal é essa a natureza do homem.

Até porque, em nome dos novos seres, impõe-se a criação de um regime jurídico que encare a realidade social e não se limite a julgar comportamentos que nos possam parecer estranhos ou diferentes.

³ Guilherme de Oliveira - *Legislar sobre procriação assistida*, RLJ. 3841/2 (1994), p. 102, nota 43.

Capítulo 1 – Evolução legislativa

1.1. Evolução histórica e político legislativa

A reprodução humana é das matérias, na área da saúde, que mais tem vindo a sofrer alterações nos últimos anos.

Contudo, as modernas técnicas e acelerado avanço científico, há muito que foram alvo de vários mitos ou até mesmo lendas, porque o desejo de procriar é dos desejos mais antigos do ser humano.

É por esse motivo que já no século III, antes de Cristo, o filósofo **Aristóteles** refletia sobre a conceção humana, como refere **Agostinho Almeida Santos**⁴, afirmando que o esperma provinha do sangue e possuía a faculdade de dar vida ao embrião, o qual se formava no útero, por coagulação do sangue menstrual.

É evidente que daquele pensamento ao que é a realidade dos nossos dias, muito se alterou, por todo o mundo foram várias as tentativas, experimentações e até mesmo conflitos judiciais que ocorreram, para começarem a surgir os métodos reprodutivos tal qual os conhecemos na atualidade⁵.

Decorreram durante séculos vários estudos e experimentações e foi graças a estes, que resultou a final, já no século XX, o nascimento do primeiro bebe proveta.

A intervenção do biólogo Robert Edwards e do obstetra Patrick Steptoc revelou-se fundamental para o nascimento de Louise Brown, em Inglaterra, no Oldham General

⁴ Agostinho de Almeida Santos - *Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores, Genética e Pessoa Humana*, Coleção “Temas de Bio-Ética”, 1991, p. 31.

⁵ Entre outros, veja-se: Tiago Duarte – *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, 2003, pp. 17-23.

Hospital, em 25 de Julho de 1978 e, desde essa data, não pararam de nascer em todo o mundo mais bebés, graças às técnicas da reprodução medicamente assistida.

Portugal também não foi exceção e, em 25 de Fevereiro de 1987, nasceu Carlos Miguel, o primeiro bebé proveta, com recurso às novas técnicas.

Evidente é que, por todo o mundo, principalmente nos países mais desenvolvidos e ricos o desenvolvimento destas técnicas foi impressionante e o que há décadas parecia impossível hoje tornou-se acessível e praticável.

A reprodução humana que no passado tinha como pressuposto a atividade sexual entre o homem e a mulher, no presente perdeu por completo tal vínculo.

A infertilidade passou a não ser vista como irremediável, porquanto os progressos deram hipóteses a alguns de realizar o desejo de ter filhos nomeadamente, a quem não tinha capacidade para se reproduzir.

Embora o progresso nesta matéria tenha revelado balanço positivo para o homem, a verdade é que, nem sempre o avanço tecnológico é utilizado da melhor forma, ainda mais, quando estão em causa valores que atingem a vida humana – direito fundamental máximo – levando a que o direito tivesse de intervir e acompanhar o desenvolvimento do domínio da reprodução humana.

A intervenção do direito nesta área foi mundialmente muito discutida, porquanto as opiniões divergiam, enquanto uns por um lado defendiam total liberdade, outros pelo contrário, encontrando-se em maioria, defendiam a intervenção legislativa urgente, por consistir na única forma de se alcançar a segurança jurídica⁶.

Luís Archer⁷, compartilhando da ideia da necessidade da intervenção legislativa, esclarecia que: *“No passado, a medicina era fundamentalmente uma arte e a ética médica preocupava-se sobretudo com a relação médico/doente e com as relações profissionais dos médicos. As respectivas normas de conduta podiam ser*

⁶ Vide: Marta Costa - anotação ao art. 1.º In: Paula Martinho da Silva, Marta Costa - *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, 2011, 1ª ed., Coimbra Editora, pp. 9-10.

⁷ Vide: Luís Archer – *A dimensão social*. In: Luis Archer; Jorge Bisciais; Walter Osswald, coord. Bioética. Lisboa: Verbo, 1996, pp. 24-25.

estabelecidas exclusivamente pela classe médica” e, que: “(...) a partir da segunda metade do séc. XX, tornou-se uma tecnociência complexamente equipada e associada a outras tecnologias, nomeadamente biológicas e cibernéticas” concluindo, entre o mais, que: “(...) é certo que se deve defender o direito à liberdade de investigação, não é menos certo que esse direito não é absoluto e tem de ser considerado em articulação com o bem público e a vontade de uma sociedade livre, sobretudo quando essa investigação se realiza nos próprios seres humanos”.

A intervenção do direito veio a verificar-se mas não foi serena.

Vejamos, foram necessários alguns anos de análise sobre a matéria para a prossecução de um diploma legal amplo que abordasse e delimitasse todas as questões inerentes à reprodução medicamente assistida.

Pese embora tal lacuna legislativa⁸, já o Código Penal originário⁹, aprovado pelo Decreto Lei número 400/82 de 23 de Setembro, contemplava o crime de inseminação artificial¹⁰, no seu artigo 214.º, sob a epígrafe “*Inseminação artificial*”, integrado na secção dos “*crimes sexuais*”, do capítulo dos “*crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*”, do título dos “*crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*”, prevendo no seu número 1, que: “*Quem praticar inseminação artificial em mulher, sem o seu consentimento, será punido com prisão de 1 a 5 anos.*”.

⁸ O que não significava um vácuo no direito português, pois em determinadas questões, era possível recorrer à técnica de analogia para a resolução das mesmas, *cf.* afirmava Guilherme de Oliveira citado por Marta Costa - anotação ao art. 1.º *In*: Paula Martinho da Silva, Marta Costa, - *A Lei da ...*, cit. [n. 6], p. 13.

⁹ Na elaboração deste código, o legislador baseou-se essencialmente nos projetos de código penal elaborados em 1963 (Parte Geral) e em 1966 (Parte Especial) pelo Professor Eduardo Correia, para tal comissionado pelo então Ministro da Justiça João de Matos Antunes Varela, *vide*: Manuel Lopes Maia Gonçalves - *Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 2007, 18ª ed., Almedina, p. 29.

¹⁰ Que por sua vez, correspondia ao art. 257º do Projeto de Parte Especial do Código Penal de 1966, discutido em 13 de Maio de 1966, na 12ª Sessão da Comissão Revisora, *cf.* resulta do Ponto 1., anotação ao art. 168.º, Manuel Lopes Maia Gonçalves - *Código Penal ...*, cit. [n. 9], p. 640.

Verificamos logo à partida que, a sanção aplicável sofreu uma considerável elevação, porquanto o artigo 256.º do projeto de Código de 1966 contemplava sanção inferior¹¹.

E, também o Código Civil originário¹², já fazia referência no seu artigo 1799.º que a inseminação artificial não podia ser invocada, nos casos de estabelecimento de paternidade face a quem tinha doado o esperma e, na impugnação de paternidade presumida na lei. Com a reforma de 1977¹³, também veio o artigo 1801.º a estabelecer que nas ações relativas à filiação, seriam admitidos como meios de prova, exames de sangue e todos os métodos cientificamente comprovados e, o número 3 do artigo 1839.º veio consagrar também que, não seria permitida a impugnação da paternidade com fundamento na inseminação artificial do cônjuge que nela consentiu.

Ainda, no nosso ordenamento jurídico existiam diplomas avulsos, que pese embora, não regulassem de forma plena a RMA./PMA. estavam relacionados implicitamente com a matéria¹⁴.

Foi então, a partir da Recomendação número 1046¹⁵, emanada em 24 de Setembro de 1986, pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que teve como base o uso de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêuticos,

¹¹ Porque previa a punição de todo aquele que praticasse inseminação artificial em mulher, sem o seu consentimento ou com o seu consentimento, mas obtido com violência ou grave ameaça, ou em mulher inimputável, com pena de prisão até três anos e prisão até dois anos para quem praticasse inseminação artificial em mulher casada com o seu consentimento, mas sem o consentimento do cônjuge, incluindo-se aqui até se a mulher praticasse em si mesma a inseminação.

¹² Código ainda vigente, cuja revisão foi presidida pelo Professor João de Matos Antunes Varela. Foi aprovado a 25/11/1966 e entrou em vigor a 01/06/1967, revogando o primeiro Código Civil elaborado pelo Visconde de Seabra que entrara em vigor em Portugal em 1867. É frequentemente conhecido por "Código de Varela" por oposição ao "Código de Seabra" anterior. Disponível na Internet: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1701&artigo_id=&nid=775&pagina=18&abela=lei_velhas&nversao=1 (acedido a 18/05/2013)

¹³ Correspondente à 7ª versão aprovada pelo DL. n.º 496/77, de 25/11.

¹⁴ Designadamente a Lei número 3/84, de 24 de Março sobre a educação sexual e planeamento sexual, o DL. número 319/86 de 25 de Setembro que estabeleceu normas relativas à disciplina e atividade do banco de esperma e, a Lei número 12/93 de 22 de Abril sobre a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, vide Tiago Duarte – *In Vitro* ..., cit. [n. 5], p. 25.

¹⁵ Vide: Conselho da Europa «*Recommendation 1046 (1986) on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes*», disponível na Internet: <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta86/EREC1046.htm> (acedido a 1 de Maio de 2013).

científicos, industriais e comerciais, que os Estados Membros passaram a adotar rapidamente diplomas legislativos acerca da matéria.

Porquanto, da Recomendação supra identificada, resultaram um conjunto de medidas limitativas que deveriam ser adotadas, designadamente: a limitação do uso de embriões humanos, fetos, materiais e tecidos; a proibição da criação de embriões humanos por fertilização «*in vitro*» para fins de pesquisa durante a sua vida ou após a morte; a proibição de qualquer coisa que possa ser considerada como uma utilização indesejável ou desvio das técnicas incluindo: criação de seres humanos idênticos por clonagem ou qualquer outro método, seja para fins de seleção de raça ou não, implantação de um embrião no útero humano de outro animal ou o inverso, fusão de gâmetas humanos com os de um outro animal, criação de embriões a partir do esperma de diferentes indivíduos, fusão de embriões ou qualquer outra operação que possa produzir quimeras, etogênese, ou a produção de um ser fora do útero de uma fêmea, isto é, num laboratório individual humano e autónomo, criação de filhos de pessoas do mesmo sexo¹⁶, escolha de sexo por manipulação genética para fins não terapêuticos, criação de gêmeos idênticos, investigação em embriões humanos viáveis, experimentação em embriões humanos vivos, viáveis ou não, manutenção de embriões «*in vitro*» para além do décimo quarto dia após a fertilização; e ainda prevendo que os Estados deveriam exigir o cumprimento das referidas limitações, inclusivamente estabelecendo sanções adequadas para garantir a aplicação das regras estabelecidas.

Foi a partir da referida Recomendação, que de um modo geral, por toda a Europa foram adotados regimes jurídicos, que muito embora divergentes entre si¹⁷, a verdade é que, os Estados Membros uns mais cedo, outros mais tarde, acabaram por aceitar a necessidade de legislar sobre o assunto.

¹⁶ De realçar especialmente esta, pois verificamos que apenas foi sugerido, que era passível de sanção a criação de filhos de pessoas do mesmo sexo.

¹⁷ Vide: Conselho da Europa «*Medically Assisted Procreation and the Protection of the human embryo comparative study on the situation in the 39 states*», disponível na Internet: http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/default_en.asp (acedido a 4 de Maio de 2013).

Pelo que, apesar das várias polémicas e discussões em torno da matéria, foram de um modo geral, criadas legislações internas de cada Estado Membro, impondo limites às práticas da RMA./PMA.

Portugal também optou por intervir legislativamente, sendo para o efeito criada em 1986 a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, presidida pelo Prof. Doutor Francisco Pereira Coelho¹⁸, a qual veio a propor nesse mesmo ano, ao Ministério da Justiça as técnicas de procriação medicamente assistida, que deveriam ser permitidas e o regime das autorizações necessárias.

A proposta da Comissão veio a dar origem ao Decreto-Lei número 319/86 de 25 de Setembro, o qual possuía carácter meramente provisório e restritivo¹⁹ e que nunca veio a ser revogado de forma expressa.

O citado Decreto-Lei, foi o primeiro diploma específico a vigorar em Portugal quanto a esta matéria, que contendo três artigos, consagrou que seria permitido o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida básicas geralmente aceites, designadamente, inseminação artificial, quer a chamada inseminação artificial homóloga, quer a inseminação com esperma de um dador.

E veio a consagrar uma destrição fundamental, quando estivessem em causa a inseminação heteróloga e a fertilização «*in vitro*» tendo em conta os problemas técnico e ético jurídicos delicados envolvidos, apenas era autorizada a recolha, manipulação, conservação de esperma e quaisquer outros atos, exigidos pelas técnicas, sob a responsabilidade e a direta vigilância de um médico, em organismos públicos ou privados, que tivessem sido expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde, se estivessem em causa técnicas de procriação artificial homóloga com sémen fresco, já não era necessária tal autorização.

¹⁸ Responsável pela elaboração de um anteprojeto de lei relativo à procriação assistida.

¹⁹ *Cfr.* resulta do disposto no art. 2.º e n. 2 do art. 3.º do Decreto Lei n. 319/86 de 25/09, disponível na Internet: http://www.cnpma.org.pt/legislacao_contexto.aspx (acedido a 5 de Maio de 2013).

Assim constatamos que já o diploma em causa privilegiava a procriação artificial homóloga, ou seja, preferia-se a procriação na qual existisse uma relação biológica entre os beneficiários e o nascituro.

Passados vários anos, nos quais, a matéria continuava a ser alvo de debate, verificou-se em 1995, resultante de revisão do Código Penal levada a cabo pelo Decreto-Lei número 48/95 de 15 de Março, cuja redação continua vigente, a alteração do artigo 168^{o20}, sob a epígrafe “*procriação artificial não consentida*”, inserida na secção dos *crimes contra a liberdade sexual*, do capítulo dos *crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, do título dos *crimes contra as pessoas*, passando o mesmo a ter seguinte redação: “*Quem praticar ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.*”.

Ora, resulta desta alteração, o manifesto agravamento da sanção aplicável e a adição do facto de que poderia ser qualquer ato de procriação, ou seja, não só a inseminação artificial.

E também, da letra da lei verificamos que o legislador não formulou qualquer objecção ao ato de procriação artificial, nomeadamente não fez referência a se a inseminação é realizada dentro ou fora do matrimónio ou até se para a inseminação é utilizado sémen do marido/companheiro ou sémen de dador, considerou sim penalmente relevante, a ausência do consentimento na mulher a ser inseminada, ou seja, protegeu a liberdade de escolha da mulher em querer ou não ser mãe.

Logo é essencial para a prática de inseminação artificial, o consentimento da mulher²¹.

Em 1997, veio a ser alterada a Constituição da República Portuguesa e foi aditada a alínea e) do n.º 2 do art. 67^{o22}, passando assim a estar incumbido ao Estado, a regulamentação da procriação medicamente assistida salvaguardando a dignidade da pessoa humana.

²⁰ Correspondente ao art. n.º 214.º, da versão originária do Código Penal.

²¹ Vide: Ana Paula Guimarães – *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Editora, 1990, p. 31.

²² Através da Lei Constitucional n.º 1/97.

Houve assim o reconhecimento *expressis verbis* da liberdade de procriação, como liberdade negativa sem interferência do Estado²³.

A partir da alteração da Constituição da República Portuguesa e verificando-se que o Diploma sobre a matéria em vigor, Decreto-Lei número 319/86 de 25 de Setembro, possuía carácter provisório e restritivo, como supra já referimos, foram várias as tentativas de regular a procriação medicamente assistida, porém a maior parte fracassou.

Assim, neste sentido ainda em 1997 foi apresentada no Parlamento, uma proposta de lei²⁴, por vários partidos políticos, que mais tarde em 1999, veio a ser convertida em Decreto da Assembleia²⁵, que tinha como principal fundamento regular de forma mais ampla a procriação medicamente assistida.

Contudo, o referido diploma foi vetado pelo Presidente da República²⁶, por este considerar que ainda não havia amadurecimento suficiente na matéria e ainda por não haver consenso sobre matérias como a fecundação «*in vitro*», a utilização de técnicas de diagnóstico pré-implantação, a investigação em embriões e o direito à privacidade²⁷.

O Presidente da República justificou o veto por considerar que ainda não existia necessidade de um diploma com aquela natureza na sociedade em que se vivia. Em torno da discussão sobre a necessidade de legislar, deparou-se com defensores de ideias contrárias: os que apoiavam a total liberdade na prática científica (v.g. os investigadores) que, não acreditavam na necessidade de legislar e, no outro extremo, os que defendiam a urgência e necessidade de legislar.

²³ Vide sobre esta matéria o ponto VII., B. Anotações do artigo 67.º - J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 1.º a 107.º, vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra Editora 2007, p. 859.

²⁴ Proposta de Lei n.º 135/VII, in D.R., n.º 69, II Série – A, de 1 de Agosto de 1997.

²⁵ Decreto da Assembleia n.º 457VII, de 16-07-1999, disponível na Internet: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=5012> (acedido a 5 de Maio de 2013), que foi aprovado com seguintes votos: maioria a favor PS. e CDS-PP, contra do PCP e de Os Verdes e abstenção do PSD.

²⁶ Veto do Presidente da República, de 03-08-1999, disponível na Internet: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=5012> (acedido a 5 de Maio de 2013)

²⁷ O CNECV emitiu em 29 de Julho de 1997, o Parecer 23/CNECV/97 relativo àquela proposta de lei, considerando fundamental a existência de disposições reguladoras da PMA. disponível na Internet: <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?p=4> (acedido a 5 de Maio de 2013)

Os primeiros (nos quais, o Presidente da República se revia) invocavam argumentos como falta de amadurecimento da matéria, inutilidade de qualquer lei pela sua quase imediata desatualização, inconveniência de criação de um estatuto especial para uma certa categoria de filhos, suscetível de ser alvo de discriminações e, a inexistência de consenso quanto aos assuntos a disciplinar.

Os apologistas da necessidade de legislar fundamentavam-se em argumentos como a segurança jurídica, o respeito pela ética e pelos direitos humanos.

Em 2005, vieram a ser apresentados mais quatro Projetos Lei²⁸ sobre a matéria, os quais foram postos a discussão, sendo de realçar principalmente, que entre os mesmos existia muita divergência, quanto a quem poderia ter acesso às técnicas e ainda quanto às sanções que lhes seriam aplicáveis.

Continuava assim, a inexistir na ordem jurídica penal portuguesa, diploma que regulasse objetivamente a matéria.

Efetivamente, o acesso às técnicas da PMA., só passaram a vigorar definitiva e amplamente em Lei no nosso ordenamento jurídico em 2006, porque até àquela data era o Decreto-Lei número 318/86 de 25 de Setembro, que se mantinha em vigor.

Assim foi a Lei número 32/2006 de 26 de Julho, com cerca de quarenta e oito artigos, que veio regulamentar muitas das questões controversas que se vinham a discutir e que se encontravam sem resposta.

²⁸ *Vide:* Projeto Lei n.º 141/X de Julho de 2005 da iniciativa do Bloco de Esquerda, Projeto Lei n.º 151/X de Setembro de 2005 da iniciativa do PS., Projeto de Lei n.º 172/X de Outubro de 2005 da iniciativa do PCP. e o Projeto Lei n.º 176/X também de Outubro de 2005 da iniciativa do PSD, disponível na Internet: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21047> (acedido a 5 de Maio de 2013)

1.2. Situação atual no ordenamento jurídico português

A Lei número 32/2006 de 26 de Julho²⁹ regula amplamente a Reprodução Medicamente Assistida, porquanto foi a mesma que, veio estipular o conjunto de técnicas que podiam ser utilizadas, no que é que consistiam, seus beneficiários, domínios adjacentes (como por exemplo o diagnóstico genético pré implantação), quais as técnicas proibidas, seus efeitos e sanções, representando em termos gerais, os alegados valores dominantes da sociedade portuguesa.

Este diploma, por sua vez, veio a ser alterado pela Lei número 59/2007 de 4 de Setembro³⁰ relevante a nível das contraordenações e, regulamentada pelo Decreto Regulamentar número 5/2008 de 11 de Fevereiro³¹ que se refere a aspetos clínicos, designadamente os Centros Autorizados. O referido Decreto Regulamentar ainda veio a ser alterado pelo Decreto Regulamentar número 1/2010 de 26 de Abril, também este relevante em termos de aspetos clínicos.

Ressalta concretamente no final da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho a sua dimensão jurídico criminal, pois a mesma, encarrega-se de criar vários novos ilícitos típicos³², aos quais correspondem sanções criminais, desde penas de prisão, penas de multa e até sanções acessórias, estas destinadas a complementar as sanções principais³³.

²⁹ Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, publicada no *Diário da República*, 1ª série, n.º 143, pp. 5245-5250.

³⁰ Que aditou o artigo 43º-A sob a epígrafe “*Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas*” estipulando: “*As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.*”

³¹ Diploma que está disponível, assim como a restante legislação em torno da PMA., na Internet: http://www.cnpma.org.pt/legislacao_contexto.aspx. (acedido a 12 de Maio de 2013)

³² Vide: artigos 34º e seguintes da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

³³ Vide: artigo 45º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

O legislador entendeu que a tipificação já existente no Código Penal³⁴, não seria suficiente para contemplar as novas questões em torno da medicina e bioética em matéria reprodutiva.

Ainda, para além das novas sanções criminais, surgiram novos ilícitos de mera ordenação social³⁵ previstos para condutas menos gravosas, mesmo que se praticados a título negligente³⁶.

Porém, embora se tenha legislado sobre a matéria, a discussão em torno da PMA. continua a ser tema atual.

A controvérsia em torno da reprodução volta a ser debatida, o que é compreensível uma vez que, o processo legislativo não foi pacífico, o conceito de família atual não é o que era no passado e da globalização emergiu fenómeno novo, que põe em risco os novos seres, que com o recurso à reprodução medicamente assistida forem concebidos.

Tendo sido esta Lei para muitos uma conquista, a verdade é que Portugal foi um dos últimos países a legislar sobre a PMA./RMA. (tendo como referência a Europa³⁷).

Atualmente já não se coloca o problema da necessidade da segurança jurídica, como alguns evidenciavam no passado. Mas será que a legislação vigente serve a sociedade em que atualmente vivemos?

Esta e outras perguntas que se têm vindo a levantar, são a base motivadora para nos voltarmos a debruçar sobre Diploma, que deverá abranger a realidade atual da sociedade portuguesa inserida num contexto global.

³⁴ Vide: artigo 168.º do Código Penal.

³⁵ Vide: n.º 1 do artigo 44.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

³⁶ Vide: n.º 2 do artigo 44.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

³⁷ Veja-se: a lei sueca *Act on Insemination* de 1985, a lei espanhola *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* de 1988 ou até mesmo as leis bioéticas francesas de 1994, vide Marta Costa - anotação ao art. 1.º In: Paula Martinho da Silva, Marta Costa - *A Lei ...*, cit. [n. 6], p. 11.

1.2.1. Noção e modalidades permitidas da PMA.

A RMA (reprodução medicamente assistida) ou também chamada de PMA. (procriação medicamente assistida) traduz-se no conjunto de técnicas artificiais ou biomédicas tendentes a substituir ou alterar o modo natural da procriação.

Para **Ana Paula Guimarães**³⁸ a PMA. consiste no: “(...) encontro dos gâmetas masculinos com os femininos no processo de transmissão de vida, através do qual se renova a espécie humana, pode ocorrer em circunstâncias diferentes das «normais», ou seja, fora da relação sexual física entre o homem e mulher, no período fértil desta.”

Para outros autores, entre eles **Castro Mendes e Teixeira de Sousa**, consiste numa expressão para agrupar o conjunto de técnicas destinadas à formação de embrião humano sem que para tal esteja inerente o ato sexual³⁹.

No Ato Uniforme de Filiação Norte Americano⁴⁰, a RMA. é definida como o «método de causar gravidez sem ser através do coito».

No âmbito destas técnicas, há que diferenciar a procriação sexuada da procriação assexuada. A procriação sexuada que falaremos adiante, pressupõe o recurso a um componente genético de sexo masculino e um componente de sexo feminino, já a procriação assexuada só necessita de um componente genético de um sexo, masculino ou feminino⁴¹.

O regime jurídico português da PMA. pressupõe que as técnicas de procriação são atos médicos⁴² que somente podem ocorrer mediante diagnóstico de infertilidade ou

³⁸ Vide: Ana Paula Guimarães – *Alguns Problemas ...*, cit [n. 21], p. 18.

³⁹ Vide: Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *Direito da Família*; Lisboa, AAFDL, 1990/1991, p. 235.

⁴⁰ Vide: art. 1, secção 104, n.º 2 do Acto «Assisted reproduction means a method causing pregnancy other than sexual intercourse» Disponível na Internet: <http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Parentage%20Act> (acedido a 19/05/2013).

⁴¹ Destacando-se a este título, a clonagem humana.

⁴² Cfr. art. 11.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças graves de origem genética, infecciosa ou outras.

Pelo que a infertilidade para o legislador português trata-se de doença passível de ser tratada pelo recurso a tais técnicas.

Sendo a PMA. um conjunto de técnicas, seria de se supor que as mesmas, viessem devidamente identificadas nos vários diplomas existentes, porém tal na generalidade não sucede. Aliás a generalidade das leis europeias, diferentemente do que sucede em Portugal, não descreve as técnicas que regula, tendo em conta o acelerado avanço científico⁴³.

A atual legislação sobre PMA. no que toca à menção das técnicas autorizadas é algo diferente das restantes leis europeias atinentes à mesma matéria.

Desde logo, porque no artigo 2.º da referida Lei, estão elencadas as técnicas de PMA. que disciplina, designadamente: a *inseminação artificial*, a *fertilização «in vitro»* a *injeção intracitoplasmática de espermatozoides*, a *transferência de embriões, gâmetas ou zigotos*, o *diagnóstico genético pré implantação* e por fim, *outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária ou subsidiárias*.

Podendo ser descritas, tal como refere **Marta Costa**⁴⁴, do seguinte modo:

“a) inseminação artificial: técnica que consiste na introdução artificial, através do cateter apropriado, de esperma no organismo feminino, no endocolo, no interior do útero ou na própria cavidade peritoneal.

Neste procedimento pode ser utilizado o esperma proveniente do cônjuge ou do convivente, ou ainda de um terceiro dador, sendo o sémen inseminado depois de diversas preparações laboratoriais ou logo após a respetiva colheita (a fresco).

Ou seja, apos determinar o momento de ovulação da mulher (ovulação que pode ser natural ou induzida), a mulher é inseminada com esperma.

O êxito desta técnica depende de uma prévia estimulação hormonal, mediante citrato de clomifeno ou gonadotrofinas, a operar no corpo da mulher, para que a produção de ovócitos seja maior naquele ciclo menstrual.

⁴³ Veja-se o exemplo espanhol, tal sucedia na anterior lei espanhola (Lei n.º 35/1988 de 22 de Novembro) por contraposição à atual Lei n.º 14/2006 de 26 de Maio.

⁴⁴ Vide: Marta Costa - anotação ao art. 2.º In: Paula Martinho da Silva, Marta Costa - *A Lei da ...*, cit. [n. 6], pp. 14-16.

Os espermatozoides são recolhidos e sujeitos a um tratamento laboratorial, sendo depois transferidos para o corpo da mulher.

Consoante a concreta parte do corpo para onde se dá a transferência poderemos ter uma inseminação intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal ou intrafalopiana.

Esta técnica apenas permite superar os problemas de infertilidade mais simples.

b) fertilização in vitro: tal como na inseminação artificial, através desta técnica procede-se à recolha e tratamento dos espermatozoides; no entanto, nesta, o processo de fertilização não ocorre no interior do corpo da mulher, mas dentro de um tubo de ensaio.

A mulher é submetida a um tratamento de estimulação hormonal, sendo-lhe estriados, posteriormente, uma serie de ovócitos. Os folículos ováricos da mulher são aspirados por via endovaginal, preparados em laboratório e seleccionados, rejeitando os imaturos ou anómalos, sendo os restantes fecundados em laboratório. Os embriões assim obtidos são cultivados num recipiente, sob a camada de células endometriais estriadas do aparelho reprodutor feminino, até atingirem a fase do blastócito, momento em que são transferidos para o corpo materno.

A mulher a quem são extraídos os ovócitos pode ser a mesma que levará a cabo a gestação de embrião ou então podem ser mulheres distintas.

c) injeção intracitoplasmática de espermatozoides: trata-se de uma técnica que se autonomizou da fertilização in vitro, sendo, no entanto, uma modalidade desta. A particularidade desta técnica reside no facto de o próprio acto de fecundação ser manipulado, pois o espermatozoide é directamente injectado no ovócito.

d) transferência de embriões, gâmetas ou zigotos: nesta técnica que se baseia na transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, a fecundação já não ocorre em ambiente laboratorial, mas sim no corpo (trompas de Falópio) da mulher gestante, devendo, após a transferência, o processo de fecundação ocorrer de forma natural.

e) diagnóstico genético pré-implantação: técnica que permite detectar, antes da transferência uterina, os embriões que não estão em condições de se desenvolverem com sucesso, não devendo ser transplantados, de forma a evitar uma gravidez que não chegará a bom termo ou que originará um embrião portador de graves anomalias cromossómicas ou de doenças genéticas.

f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias: o legislador português optou por utilizar uma expressão aberta e evolutiva, dependendo o seu significado, em concreto, do estado da ciência medica contemporânea. A consagração desta expressão indeterminada compreende-se bem perante a anterior escolha de elencar as técnicas legisladas.”

A posição adotada pelo legislador português neste âmbito, poderá a nosso ver, salvo sempre melhor opinião, não ter sido a mais correta, uma vez que, tratando-se de

técnicas em constante avanço científico, rapidamente podem ficar desadequadas ou até mesmo, surgir novas técnicas ainda não conhecidas.

E, se novas técnicas surgissem, ficaríamos na dúvida, se as mesmas estariam incluídas e se poderiam ou não ser disciplinadas por esta Lei, porque pese embora a alínea f) do artigo 2º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho estabeleça que a mesma regula “*outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias*”, tratando-se de conceito indeterminado, ao contrário do que estabelecem as restantes alíneas, suscitar-se-iam sempre inúmeras dúvidas.

É por se tratar de matéria controversa, que a Lei número 32/2006 de 26 de Julho, foi alvo de análise por parte do Tribunal Constitucional português.

Logo é de dar especial atenção à matéria abordada que já foi alvo de análise, que aqui nos interessa em especial, porque afinal é da jurisprudência que muitas das vezes, se obtêm respostas para os problemas jurídicos mais discutidos.

1.2.2. Análise do Acórdão número 101/2009 do Tribunal Constitucional

Cerca de trinta e um deputados vieram requerer à Assembleia da República a declaração com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da Lei número 32/2006 de 26 de Julho⁴⁵, com fundamento na inconstitucionalidade formal e violação da Lei Orgânica do Referendo e ainda na inconstitucionalidade material de diversas normas, entre elas, o número 2 do artigo 6º, interessando-nos especialmente a análise desta.

⁴⁵ Com origem no Decreto da Assembleia da República n.º 64/X.

No âmbito do acórdão proferido⁴⁶, foi discutida a norma constante no número 2⁴⁷ do artigo 6.º da citada Lei, por não ser imposto limite máximo de idade para recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida, porém nunca até à data, foi discutida a norma constante do número 1 do referido artigo⁴⁸ e, as sanções ao artigo inerentes, constantes no artigo 35.º⁴⁹, alínea c) do n.º 1⁵⁰ e n.º 2⁵¹ do artigo 44.º e ainda do artigo 45.º⁵².

Os Recorrentes basearam a sua fundamentação, no facto de que o artigo 6.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho atenta contra os artigos 25.º, 26.º, 64.º, 67.º, n.º 2, alínea e), 68.º, e 69.º da CRP., bem como contra os artigos 1.º e 2.º da Convenção de Oviedo.

Alegaram os mesmos, que a PMA. deveria ser dirigida para a proteção da família, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana, tendo em conta a inviolabilidade da vida e integridade humanas e a identidade pessoal, ou seja, a norma não impondo um limite máximo de idade para recorrer às técnicas de PMA. possibilita que uma mulher em idade avançada possa ter um filho.

E fundamentaram os Recorrentes tal alegação, com base de que praticamente todas as leis da Europa ocidental sobre esta matéria estabeleceram limites de idade, sendo que mesmo as mais liberais, delimitaram o acesso até à idade fértil da mulher.

⁴⁶ Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html> (acedido em 20/05/2013)

⁴⁷ Que refere: “2- As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.”

⁴⁸ Que refere: “1- 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.”

⁴⁹ Que refere: “Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.º 2 do art. 6.º é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.”

⁵⁰ Que refere: “c) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem os requisitos previstos no art. 6.º;”

⁵¹ Que refere: “2- A negligência é punível, reduzindo-se para metade os montantes máximos previstos no número anterior.”

⁵² Que refere: “A quem for condenado por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo pode o tribunal aplicar as seguintes sanções acessórias: a) Injunção judiciária; b) Interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; c) Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; d) Encerramento temporário de estabelecimento; e) Cessação da autorização de funcionamento; f) Publicidade da decisão condenatória.”

Entenderam que à semelhança do que se encontra previsto no instituto da adoção⁵³: “(...) *as relações a estabelecer entre os beneficiários da PMA. e a criança, deverão ser equivalentes às da filiação natural, em homenagem ao superior interesse da criança, que não pode ser afastado em virtude de um desejo pessoal de maternidade a todo o custo.*”

Apontando ainda que a citada norma prevê um requisito etário quanto à idade mínima, mas já não, quanto à idade máxima.

Em resposta, vieram os Meritíssimos Juizes Conselheiros referir que atualmente a maternidade surge mais tarde, ou seja, em idade mais tardia, devido a vários fatores sociológicos e à própria evolução da biomedicina, assim possibilitando mulheres em idades avançadas, que em circunstâncias normais decorrentes da idade não estariam aptas a procriar, o possam fazer através da PMA.

E, que o recurso à PMA. em idade avançada comporta riscos tanto para a futura mãe como para a criança que venha a nascer, o que coloca a questão de saber se deverá estar estabelecido um limite legal máximo de idade para a utilização da PMA.

Da análise de direito comparado realizada no douto acórdão, verificamos que, em vários ordenamentos, se optou por incluir um limite de idade para os beneficiários de PMA., como sucede, designadamente: na Áustria (40 anos), no Luxemburgo (40 anos), na Bélgica (42 anos), na Eslovénia (43 anos), na Dinamarca (45 anos); porém noutros países, como a Itália e França é estabelecido requisito subjetivo, o de que, ambos os membros do casal estejam ainda numa «idade potencialmente fértil⁵⁴» ou que ambos os membros do casal estejam «em idade de procriar⁵⁵».

Espanha e Inglaterra pelo contrário, entenderam que não se devia fixar idade máxima para o recurso à PMA. e basearam suas legislações no sentido de defenderem

⁵³ Vide: artigos n.º 1974.º, n.º 1, e 1979.º, n.º 3, do CC.

⁵⁴ Vide: n.º 1 do art. 5.º da Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Disponível na Internet: <http://www.trovanorme.salute.gov.it/dettaglioAtto?id=4538&articolo=5> (acedido em 25-05-2013)

⁵⁵ Vide: art. L-2141-2 do Code de la Santé Publique. Disponível na Internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687420&dateTexte=20110311> (acedido em 25-05-2013)

mais a pessoa a nascer. E assim, neste sentido, no ordenamento espanhol⁵⁶ foi estabelecido que «as técnicas de procriação assistida só se realizarão quando haja possibilidades razoáveis de êxito e não impliquem risco grave para a saúde, física ou psíquica, da mulher ou da possível descendência (...)». O ordenamento britânico⁵⁷ foi mais longe, não só defendendo os interesses da pessoa a nascer como o seu integral desenvolvimento, estabelecendo o «bem-estar da criança que possa vir a nascer».

Em Portugal, pese embora, não se faça expressamente menção do limite máximo de faixa etária, foi entendido que a limitação não envolve apenas o direito à integridade física e moral, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o dever que os pais têm de educar e manter os filhos, mas ainda, o direito das crianças e jovens às condições necessárias a um desenvolvimento integral, num ambiente familiar normal, exigindo estes direitos e deveres uma relação efetiva dos pais com a criança a nascer ao longo do seu crescimento educacional e da formação da sua personalidade, porquanto a Constituição da República Portuguesa exige que se dê proteção aos direitos do nascituro, de modo a que o superior interesse da criança seja garantido.

Essa proteção está no entender do Tribunal Constitucional, consignada através do disposto no artigo 3.º da Lei número 32/2006 de 26 de Julho, referindo que “(...) *as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana (...)*”.

E está implícito no corpo do artigo 4.º da mesma Lei, porquanto no ordenamento jurídico português as técnicas de PMA. são um método subsidiário e não alternativo de procriação, só poderão ser utilizadas mediante um prévio diagnóstico de infertilidade, que manifestamente tem implícita: “*a ideia de que a mulher beneficiária se encontra em idade em que normalmente poderia procriar se não existisse um factor inibitório de natureza clínica que tenha afectado um dos membros do casal*”.

E, o mesmo se verifica no número 2 do artigo 4.º da referida Lei, porque está implícito que a mulher se deve encontrar em idade fértil e que o recurso à PMA. se

⁵⁶ Vide: n.º 1 do art. 3.º da Ley 14/2006 de 26 de Mayo. Disponível na Internet: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292 (acedido em 25-05-2013)

⁵⁷ Vide: secção 13, § 5, do Human Fertilisation and Embriology Act de 1990. Disponível na Internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/13> (acedido em 25-05-2013)

destina apenas a evitar o risco de transmissão de doença ou do tratamento de doença grave de terceiro.

Assim o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido de que, embora não tenha o ordenamento jurídico português fixado expressamente um limite etário máximo para os beneficiários da PMA., aproximou-se dos critérios estabelecidos nos ordenamentos jurídicos italiano e francês, porque estabeleceu condições de admissibilidade restritivas à ordem natural das coisas.

Porque o regime se encontra protegido por outras cláusulas de salvaguarda⁵⁸, que impõem a decisão médica avaliando riscos e benefícios, perspectivas de êxito, devendo ser tida em conta, a subsidiariedade das técnicas de PMA. relativamente a outros tratamentos e, ainda devendo os beneficiários para o efeito prestar o seu consentimento livre e esclarecido, sobre todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA.

Assim e em face do supra exposto, bem consideraram em nosso entender, os Meritíssimos Juizes Conselheiros do Tribunal Constitucional que o regime legal atual relativo à falta de menção do limite máximo de idade do beneficiário da PMA., constante do número 2 do artigo 6.º da Lei número 32/2006 de 26 de Julho, não ofende quaisquer valores constitucionalmente tutelados e, por conseguinte, não declarar a inconstitucionalidade do mesmo, porque afinal existem outras cláusulas de salvaguarda que permitem avaliar a fertilidade da mulher.

⁵⁸ Designadamente, o disposto nos artigos 11.º/1, 12.º, alínea c), e 14.º/2, da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

1.3. Lei número 9/2010 de 31 de Maio (alterações ao instituto do casamento civil e adoção)

A Lei número 9/2010 de 31 de Maio⁵⁹ veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, dando assim a sociedade portuguesa, mais um passo em direção à plena democracia e liberdade.

A citada Lei⁶⁰, veio pôr fim a uma velha discriminação, cujo debate já era longo e aprofundado na sociedade portuguesa.

Discriminação que, sem dúvida era causadora de exclusão e sofrimento para muitas pessoas e que, com a evolução da consciência social, torna-se hoje desnecessária e verdadeiramente inaceitável.

Trata-se implicitamente de movimento legislativo que, desde algum tempo a esta parte, vem procedendo a uma reavaliação do nosso ordenamento jurídico, no sentido de combater situações de discriminação e desigualdade social.

Devem sublinhar-se determinados exemplos a nível nacional, designadamente: a descriminalização da homossexualidade em 1982, a extensão aos casais homossexuais do regime jurídico das uniões de facto em 2001, a proibição de qualquer discriminação em razão da orientação sexual introduzida pela revisão constitucional de 2004; e a nível europeu a Recomendação CM/Rec (2010)5⁶¹ do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género.

⁵⁹ Lei n.º 9/2010 de 31/05, publicada no *Diário da República*, 1ª série, n.º 105, p. 1853.

⁶⁰ Que resultou do Decreto n.º 9/XI da Assembleia da República resultante da aprovação da Proposta de Lei n.º 7/XI, cujo processo legislativo está disponível na Internet: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=35004> (acedido em 25-05-2013)

⁶¹ Disponível na Internet: http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Documents/RecCM2010_5_EN.asp (acedido em 26-05-2013)

Casos idênticos verificaram-se na Espanha, Holanda, Bélgica, Suécia, Noruega, África do Sul, Canadá, para além de alguns Estados, dos Estados Unidos da América, destacando-se a Califórnia, que confirmam, que esta alteração em nada contribui para a diminuição do valor social da família, pelo contrário, ao eliminar uma restrição valoriza e promove o acesso ao casamento civil e à constituição de família na sua diversidade.

Estabelece assim, o atual artigo 1577.º do CC, que: *“Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”*

Contudo na referida Lei, foi incluída salvaguarda legal quanto ao regime da adoção, impedindo o acesso por pessoas casadas do mesmo sexo à mesma⁶².

Justifica-se o legislador que, enquanto no casamento civil entre pessoas do mesmo sexo estamos perante a opção livre de duas pessoas, em razão da sua também livre orientação sexual, na adoção estão envolvidos os interesses de um terceiro (uma criança à guarda do Estado).

E assim, tendo em conta o superior interesse da criança, cabe ao legislador adotar medidas que salvaguardem esse interesse.

Salvo melhor opinião, estamos em crer que, tal justificação não é razão suficiente e devidamente esclarecedora porquanto, pese embora se tenha restringido o acesso a pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo, sempre a adoção é admissível a pessoas singulares⁶³.

Ora, coloca-se aqui o problema de saber se o superior interesse da criança é mais salvaguardado, em caso de adoção por pessoa singular que até por ventura poderá ter uma orientação sexual «diferente» ou, em caso de adoção por um casal composto por duas pessoas do mesmo sexo.

⁶² Referindo: *“1-As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.”*

⁶³ Vide: n.º 2 do art. 1979º e n.º 1 do art. 1992º do CC.

Consideramos que, se à pessoa singular é permitida a adoção, também a um casal composto por pessoas do mesmo sexo deveria ser permitida, uma vez que, se uma pessoa só é considerada apta pelo legislador a adotar uma criança, muito mais o é, um casal que possui uma estrutura familiar composta por dois membros.

Não será que o legislador ao não encarar a realidade social atual acaba por prejudicar a final quem mais queria proteger, a criança.

E, por se tratar de matéria muito discutida, também a mesma passou pelo crivo do Tribunal Constitucional.

1.3.1. Análise do Acórdão número 121/2010 do Tribunal Constitucional

O Presidente da República requereu em processo de fiscalização preventiva a apreciação da constitucionalidade das normas que permitiram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

E, em resposta, vieram os Meritíssimos Juizes Conselheiros do Tribunal Constitucional enunciar que as questões dos modos, âmbito de proteção, reconhecimento e legitimação das situações de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo irromperam de forma crescente, nas últimas décadas, no ordenamento jurídico português como noutros países da União Europeia.

Partindo de algumas das experiências comentadas, verificamos que foi a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa a pioneira na defesa da situação jurídica dos homossexuais. Porquanto foi esta, através de Resolução⁶⁴ que convidou a Organização Mundial de Saúde a suprimir do seu catálogo de doenças, a

⁶⁴ *Vide:* Resolução 756 (1981), de 1 de Outubro de 1981. Disponível na Internet: <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=16167&lang=EN> (acedido em 01/06/2013)

homossexualidade. Esta resolução deu início a uma série de alterações legislativas nos vários Estados Membros.

Através de Recomendação⁶⁵ instruiu os Estados Membros onde os atos homossexuais eram passíveis de perseguição penal a abolirem essas leis e práticas e, a aplicar um conjunto de medidas, destinadas a impedir discriminações.

E também emitiu duas outras Recomendações⁶⁶ importantes em termos de união entre pessoas do mesmo sexo e, ainda Resolução⁶⁷, que convida os Estados Membros a combater todas as formas de discriminação fundadas no género ou na orientação sexual e, nesse contexto, a aprovar legislação que admitisse o reconhecimento legal de uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de Abril de 1950⁶⁸, refere no seu artigo 12º que: *“A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”* e o artigo 14º, em matéria de igualdade, estabelece que: *“O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”*.

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em 2002⁶⁹, não manteve a diferença de sexo biológico para definir o casamento, afirmando que:

“Reexaminando a situação em 2002, o Tribunal fez notar que no artigo 12.º se encontra garantido o direito fundamental, para um homem e uma mulher, de casar

⁶⁵ Vide: Recomendação 924 (1981). Disponível na Internet: <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=14958&lang=EN> (acedido em 01/06/2013)

⁶⁶ Vide: Recomendação 1470 (2000), de 30 de Junho, disponível na Internet : <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=16822&lang=EN> (acedido em 01/06/2013) e, a Recomendação 1474 (2000), de 26 de Setembro, disponível na Internet : <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=16829&lang=EN> (acedido em 01/06/2013)

⁶⁷ Vide: Resolução 1547 (2007), de 18 de Abril. Disponível na Internet: <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17531&lang=EN> (acedido em 01/06/2013)

⁶⁸ Disponível na Internet: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> (acedido em 01/06/2013)

⁶⁹ Vide: Caso Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de Julho de 2002.

*e de fundar uma família. Todavia, o segundo aspecto não é uma condição do primeiro, e a incapacidade de um casal conceber ou criar uma criança não seria em si suficiente para o privar do direito visado pela primeira parte da disposição em causa*⁷⁰ e ainda que: “*desde a adopção da Convenção, a instituição do casamento foi profundamente afectada pela evolução da sociedade, e os progressos da medicina e da ciência levaram a mudanças radicais no domínio da transexualidade. (...) Outros factores devem ser tidos em conta: o reconhecimento pela comunidade médica e as autoridades sanitárias nos Estados contratantes do estado médico de perturbação da identidade sexual, a disponibilização de tratamentos, incluindo intervenções cirúrgicas, destinadas a permitir à pessoa em causa de se aproximar tanto quanto possível do sexo a que sentem pertencer, a adopção por esta do papel social do seu novo sexo. O Tribunal nota igualmente que o texto do artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia adoptada recentemente se afasta – e isso não pode deixar de ter sido deliberado – do texto do artigo 12.º da Convenção, na medida em que exclui a referência ao homem e à mulher*”⁷¹.

Foram assim diversos os países da Europa a adotar medidas para o reconhecimento e tutela das uniões entre pessoas do mesmo sexo, sendo que em alguns deles, foi aprovada a figura da união civil⁷² e noutros, foi redefinido o conceito de casamento⁷³.

Nos outros ordenamentos jurídicos o impulso para a institucionalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo, foi protagonizado por decisões judiciais, nomeadamente nos Estados Unidos da América, Canadá e África do Sul.

Em Portugal as uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo estão reconhecidas, desde a publicação da Lei número 7/2001 de 11 de Maio, cujo fim foi a equiparação da união de fato homossexual à união de fato heterossexual.

A citada lei, veio a atribuir às pessoas em união de facto, independentemente da identidade ou diversidade de sexo, direitos no que respeita à casa de morada comum,

⁷⁰ Cfr. § 98.

⁷¹ Cfr. § 100.

⁷² Designadamente: Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suécia (1994), Islândia (1996), França (1999), Finlândia (2001), Alemanha (2001), Reino Unido (2004) e Suíça (2007).

⁷³ Designadamente: Holanda (2001), Bélgica (2003), Espanha (2005) e sendo que em 2009 a Noruega e a Suécia cujo direito reconhecia a união civil registada, passaram a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

relações laborais no sector público e privado, imposto sobre o rendimento, segurança social, proteção em caso de acidente de trabalho e pensões por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País.

Existem porém diferenças que se devem assinalar em duas situações específicas, no âmbito do regime legal da adoção e também no âmbito do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, em que os membros da união de facto entre pessoas do mesmo sexo ficaram excluídos.

É evidenciado no acórdão aqui em análise, que a Constituição da República Portuguesa representou o casamento entre duas pessoas de sexo diferente, porém não proibiu a evolução do instituto, aliás o problema era político juridicamente desconhecido naquele contexto e momento.

No domínio do casamento e da família a realidade social está em assinalável e constante mudança e sobre ele só poderá haver uma sociedade aberta e plural.

A CRP. não define o perfil dos elementos constitutivos do casamento no número 1⁷⁴ do artigo 36º, aliás incumbe no número 2⁷⁵, o legislador de manter a conexão entre o direito e a realidade social.

O coletivo de Juízes Conselheiros menciona que o conceito de casamento é aberto, admitindo assim, diversas conformações legislativas e conceções políticas, éticas ou sociais. Contudo isto não significa que o casamento seja conceito que possa ser livremente estabelecido pelo legislador, porque há que salvaguardar o seu núcleo essencial, contemplando designadamente o estabelecimento de uma relação de comunhão de vida entre duas pessoas.

O núcleo essencial está salvaguardado mesmo perante o abandono da regra dos diferentes sexos, porquanto a regra da comunhão de vida entre duas pessoas é o

⁷⁴ Que dispõe: “1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”

⁷⁵ Que dispõe: “ 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.”

elemento estruturante ao casamento, apenas é imprescindível a diversidade dos sexos, na geração de filhos biologicamente comuns, porém esta finalidade, não está constitucionalmente nem legalmente adstrita ao casamento.

A Constituição desvinculou a constituição da família do casamento, assim quem casa não tem obrigatoriamente de constituir família e vice-versa, ou seja, o conceito de família que é acolhido é um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais.

Não está definido na Constituição o que é a família, verificando-se assim que é dada proteção aos vários modelos de família que existem na nossa realidade social⁷⁶, porquanto família: “(...) *não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento.*”

Assim, o casamento entre pessoas do mesmo sexo só vem proteger a realização interpessoal, defender a coabitação, mútua assistência e contribuir para as necessidades comuns em que a família consiste.

Refere o acórdão e bem a nosso ver, que o regime do casamento entre pessoas do mesmo sexo, não colide com os deveres de proteção da sociedade e do estado em relação à família e, que a atribuição do direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo não afeta a liberdade de contrair casamento por pessoas de sexo diferente, nem altera os deveres e direitos que para estas daí resultam e a representação ou imagem que elas ou a comunidade possam atribuir ao seu estado matrimonial.

Concluíram assim, os Meritíssimos Juizes do Tribunal Constitucional, pela improcedência das dúvidas de constitucionalidade que justificaram o pedido de fiscalização preventiva de inconstitucionalidade.

⁷⁶ Vide: Acórdão n.º 651/09 de 27 de Julho de 2009 do Tribunal Constitucional, disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090651.html> (acedido em 01/06/2013)

Nestes moldes, foi a polémica em torno da matéria superada, se bem que para muitos, continua a ser uma opção legislativa duvidosa.

1.3.2. Análise do Projeto Lei número 278/XII e Acórdão número 176/2014 do Tribunal Constitucional

Volvidos quatro anos, desde a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, encontra-se em debate na Assembleia da República, através do projeto lei número 278/XII⁷⁷, a possibilidade da coadoção pelo cônjuge ou unido de fato do mesmo sexo. Projeto este, que já foi aprovado na reunião plenária de 17 de Maio de 2013 e já passou pela comissão de especialidade, foi proposto a referendo e este, a pedido do Presidente da República, foi alvo de apreciação por parte do Tribunal Constitucional.

Tal como resulta da exposição de motivos do referido projeto lei, nos últimos anos, tem ocorrido o aumento do número de casais do mesmo sexo, casados ou unidos de fato, que constituem família e cujos filhos biológicos, não dispõem de proteção jurídica adequada.

Referem os autores do mesmo, que é com vista a dar segurança a situações já existentes, ou seja, realidades familiares atuais que o projeto lei foi criado, e não para visitar temas como o alargamento da adoção a todas as pessoas.

⁷⁷ Vide: atividade parlamentar e processo legislativo, disponível na Internet: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37202> (acedido em 01/06/2013, em 09/02/2014 e em 04/05/2014)

É importante voltar a referir que, em Portugal a adoção singular é permitida, independentemente da orientação sexual, porém a adoção por casais do mesmo sexo é proibida⁷⁸.

Se no âmbito da adoção singular a orientação sexual não é tida como requisito legal, qual a razão de no âmbito da adoção por casais do mesmo sexo se tratar de uma característica que leva à proibição de acesso, não compreendemos em nossa humilde opinião onde se funda tal diferença de tratamento.

Insistem os autores que o Projeto Lei trata de dar solução a casos reais já consumados e não de ditar regras para o futuro ou abrir premissas e fazem algumas interrogações manifestamente interessantes: *“como vai ser educada uma criança por um homem gay? Num casal de pessoas do mesmo sexo, quem faz “de pai” e “de mãe”? Como é que uma criança reage se o pai ou a mãe for transexual? Como podem duas mulheres lésbicas criar bem um rapaz?”*⁷⁹.

Estas e outras questões, noutros ordenamentos jurídicos, já há muito que foram discutidas e nada existe cientificamente provado, que possa aferir que as crianças educadas e inseridas numa família cujo casal é constituído por pessoas do mesmo sexo, tenha desenvolvimento educacional, social e comportamental distinto das crianças que integram as famílias compostas por casais de sexo diferente.

E apelam os autores do projeto a que: *“Faça-se um teste à coerência do nosso sistema jurídico à luz do princípio da justiça e das realidades familiares já existentes (...) O projeto que apresentamos faz apenas isto: introduz coerência valorativa no sistema jurídico português, reconhecendo as famílias diversas com crianças cujos interesses superiores não estão acautelados; permite a co-adoção por parte do cônjuge*

⁷⁸ Cfr. resulta do disposto no artigo 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio e pelo artigo 7º da lei 7/2001, de 11 de Maio

⁷⁹ Vide: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37202> (acedido em 04/05/2014)

ou unido de facto do pai ou mãe da criança, desde que não exista outra parentalidade anteriormente estabelecida.”⁸⁰

No seguimento da resolução número 6-A/2014 da Assembleia da República, foi proposto ao Presidente da República a realização de um referendo acerca do citado Projeto Lei, para que os cidadãos portugueses se viessem a pronunciar acerca das seguintes perguntas: “1-«Concorda que o cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo possa adotar o filho do seu cônjuge ou unido de facto?» 2-«Concorda com a adoção por casais, casados ou unidos de facto, do mesmo sexo?»”⁸¹

Contudo, o Presidente da República duvidando da constitucionalidade e legalidade de tal proposta de referendo requereu a fiscalização preventiva da mesma ao Tribunal Constitucional, tendo o citado Tribunal para o efeito, proferido o acórdão número 176/2014, no qual veio a ser decidido que:

“a) (...) a Proposta de realização do referendo sobre a possibilidade de coadoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e sobre a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, casados ou unidos de facto, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 6-A/2014, de 17 de janeiro, não respeita os requisitos exigidos pelos artigos 115.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa e 7.º, n.º 2 da Lei Orgânica do Regime do Referendo.

b) (...) que a mesma Proposta não respeita o requisito exigido pelos artigos 115.º, n.º 12, e 223.º, n.º 1, alínea f), da Constituição da República Portuguesa e 37.º, n.º 3, da Lei Orgânica do Regime do Referendo.

*c) Consequentemente, ter por não verificada a constitucionalidade e a legalidade do referendo proposto na mencionada Resolução (...)”*⁸².

E para proferir tal decisão, baseou-se aquele Tribunal, entre outros, no ponto 15.3, pronunciando-se acerca da possibilidade da adoção do filho de cônjuge ou unido

⁸⁰ Vide: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37202> (acedido em 04/05/2014)

⁸¹ Vide: Diário da República, 1.ª Série – n.º 13 – 20 Janeiro de 2014.

⁸² Vide: Diário da República, 1.ª Série – n.º 44 – 4 Março de 2014.

de facto do mesmo sexo, evidenciando aspetos que ao nosso tema de dissertação tem especial relevância, designadamente que:

“(...) Trata-se, pois, de estabelecer um laço jurídico entre duas pessoas que têm vínculos jurídicos pré-existentes com uma terceira, i.e. de reconhecer efeitos jurídicos ao lado remanescente desta relação triangular – ao vínculo entre a criança e o outro membro do casal.

*Para além do enquadramento familiar jurídico, várias podem ser as situações em que uma criança se pode encontrar já de facto integrada no seio de uma família composta por um casal de pessoas do mesmo sexo: a viuvez de um dos cônjuges e posterior casamento ou união de facto com pessoa do mesmo sexo; **o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida por um dos membros do casal, independentemente da forma como a mesma foi alcançada,** ou a doação singular prevista no n.º 2 do artigo 1797.º do CC. (sublinhado e negrito nosso)*

*Nestes casos, independentemente das demais questões que se possam colocar, como o direito à identidade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade, a adoção visa o reconhecimento de efeitos jurídicos a uma relação que se foi estabelecendo de facto e que une diretamente a criança e o aspirante a adotante. Nas situações de famílias que já existem, poderá discutir-se na consulta referendária se a adoção pelo cônjuge ou unido de facto **compromete ou não o superior interesse da criança** (...) No caso Gas e Dubois vs. França (Acórdão de 21 de agosto de 2010), **considerou que a comunidade de vida estabelecida entre duas mulheres e o filho biológico de uma delas, concebido por recurso aos métodos de procriação médica assistida constituía “vida familiar” para os efeitos do artigo 8.º da CEDH, tendo em conta a relação estável que se havia formado entre os três com o decurso do tempo;** e no caso X e outros vs. Áustria (Acórdão de 19 de fevereiro de 2013), considerou que a negação do vínculo jurídico da adoção de filho de unido de facto do mesmo sexo afetava não só o candidato a adotante, mas ainda a criança, que, por força da simples orientação sexual da mãe e unida de facto, ficava privada de ver a sua ligação efetiva e afetiva com esta última reconhecida juridicamente, o que não acontece com um casal de sexo diferente.”⁸³*

É patente ao longo do acórdão o recurso ao princípio do superior interesse da criança e ao vínculo afetivo que esta já possa ter com o adotante no seu seio familiar.

⁸³ Vide: Diário da República, 1.ª Série – n.º 44 – 4 Março de 2014, p. 1710-1711.

Pelo que, por mais controverso que possa parecer, aos olhos dos mais conservadores, é a criança que neste caso é a principal interessada em ver a sua relação familiar juridicamente existente, porquanto para ela a sua família é aquela com quem ela criou laços de afetividade e, não aquelas pessoas, com quem tem uma ligação biológica.

O supra citado projeto lei tem também sido alvo de discussão pública⁸⁴ acesa e não pacífica.

O que resultará desta discussão só o futuro poderá responder, contudo é evidente que cada vez mais, a orientação sexual deixou de ser não só uma opção individual para se tornar característica, alvo de discussão coletiva, principalmente por o acesso a determinados direitos estar vedado a determinadas pessoas em função dessa característica, violando verdadeiramente a autonomia da vontade e o direito à igualdade.

Felizmente, a nosso ver, deixou-se de simplesmente negar, proibir e repudiar aquilo que nos era estranho ou diferente, para passar a discutir e talvez até mesmo aceitar essa realidade social.

Estamos cientes que o presente tema envolve uma complexa reflexão jurídica e que contém aspetos de fundo distintos do tema da presente dissertação; pelo que, tendo em conta a complexidade de cada aspeto inerente na correspondente área jurídica e o fator tempo, limitamo-nos a aferir em especial e de forma mais abrangente ao artigo 6.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida e correspondente perspectiva jurídico penal e de mera ordenação social.

⁸⁴ Refira-se a esse título o programa “Pós e Contrás” da RTP1, debate em direto do dia 27-05-2013, em que a favor, presidiu Dra. Isabel Moreira e contra, o Exmo. Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados Dr. Marinho Pinto.

Capítulo 2 – Sanções penais e de mera ordenação social

2.1. Beneficiários da PMA. - artigo 6º da Lei número 31/2006 de 26/07

O artigo 6.º da Lei número 32/2006 de 26 de Julho⁸⁵ vem dispor que beneficiários são: *“1 - 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. 2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.”*

Este artigo, veio delimitar o acesso às técnicas da procriação medicamente assistida, exigindo não só, que as referidas técnicas sejam método subsidiário e não alternativo, só podendo verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou, em caso de, tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras⁸⁶, mas também, prevendo um conjunto de características individuais necessárias relativas aos beneficiários designadamente, respeitantes ao estado civil, orientação sexual, idade e, ainda que, não se encontrem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica.

Ora, tal delimitação restringe em muito, o acesso às técnicas da PMA. retirando a possibilidade de acesso a uma série de beneficiários designadamente, as mulheres e homens celibatários, casais homossexuais, menores entre os dezasseis e dezoito anos,

⁸⁵ Diploma integral que se encontra disponível na Internet: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=lei_velhas&nversao=1 (acedido em 02/06/2013)

⁸⁶ Vide: art. 4.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

casais cujo diagnóstico não seja infertilidade e mesmo assim não consigam procriar, casais unidos de fato à menos de dois anos, entre outros.

Sendo que relativamente aos primeiros – mulheres e homens celibatários – se suscitam problemas controversos, dado que a sua legitimidade noutros ordenamentos jurídicos é incontestável⁸⁷.

E também porque a opção legislativa portuguesa assumida no âmbito do n.º 3 do artigo 22º da Lei da PMA., foi a de admitir a possibilidade de transferência de embrião mesmo após o falecimento do pai, ou seja, acabando no fundo por consubstanciar a possibilidade da monoparentalidade, o que manifestamente não se compreende, uma vez que, o espírito da lei vai no sentido da inadmissibilidade da monoparentalidade.

Afinal o velho argumento de que a criança tem necessidade de ter um pai e uma mãe só é considerado em determinadas situações.

Porquê a diferença de tratamento da monoparentalidade, no âmbito da inseminação com vista à formação de novo embrião e com vista à transferência de embrião já criado (inseminação póstuma) se o que está em causa é o superior interesse da criança?

Vejamos, se a monoparentalidade fosse uma condição prejudicial à criança, assumiriam os referidos casos a mesma solução negativa, porém tal não se verifica.

Para **Vera Lúcia Raposo**⁸⁸ o entendimento é o de que: *“(…) se este motivo é assim tão relevante, não se compreende como vem depois o legislador (pelo menos o legislador português – art. 22.º/3 da Lei n.º 32/2006) permitir a transferência post-mortem de embriões. Embora estas duas ocorrências – inseminação com vista à formação de um novo embrião, por um lado; transferência de embriões já criados, por*

⁸⁷ Veja-se, por exemplo, na vizinha Espanha (n.º 1 do artigo 6º da Lei n.º 14/2006 de 26 de Maio).

⁸⁸ Vera Lúcia Raposo – *EM NOME DO PAI (... DA MÃE, DOS DOIS PAIS, E DA DUAS MÃES)* in *Lex Medicinæ* Revista Portuguesa de Direito da Saúde, publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 4, n.º 7, 2007, p. 41

outro lado – apresentem rasgos diferentes, se a monoparentalidade fosse uma condição assim tão perniciosa, partilhariam a mesma solução negativa.”

Tal como já referimos, o regime do casamento civil em Portugal, sofreu alterações significativas⁸⁹, permitindo nomeadamente o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e vedando o acesso das mesmas à adoção⁹⁰.

Sucedem que, tais alterações em nada vieram alterar a Lei da PMA., compreendendo-se que tal se prende com o facto de que no momento da feitura da lei o legislador previu a realidade dos unidos de facto, pese embora não o tenha feito, quanto ao casamento, uma vez que, na altura em que esta lei foi aprovada não havia ainda a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Verificamos que porventura o legislador caiu no «esquecimento»⁹¹ de abranger a Lei da PMA.

Embora o conceito de família tenha sido alargado, pela inclusão do novo conceito de casamento civil, o legislador ainda não harmonizou as opções legislativas às chamadas «novas famílias»⁹².

A delimitação dos beneficiários da PMA. veda o acesso a inúmeras pessoas, que mesmo não sendo inférteis ou padecendo de doença pretendem recorrer às técnicas da PMA. que por razões dignas de respeito a reprodução natural não constitui um meio aceitável às mesmas.

Qualquer pessoa naturalmente sente o desejo de ter um ser biologicamente seu, ser mãe ou pai, decorre da sua própria natureza.

⁸⁹ Cfr. Lei n.º 9/2010 de 31/05, disponível na Internet: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis (acedido em 02/06/2013)

⁹⁰ Sendo que os unidos de facto do mesmo sexo já estavam vedados pela Lei n.º 7/2001 de 11/05, disponível na Internet: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis (acedido em 02/06/2013)

⁹¹ Dizemos que se trata de esquecimento, porquanto é visível que não se trata de opção legislativa, porque se de tal se tratasse, teria sido referido no preâmbulo da citada lei e tal não sucedeu, neste sentido, veio a CNPMA. emitir em 18/06/2010 declaração interpretativa, a qual está disponível na Internet: http://www.cnpma.org.pt/profissionais_pareceres.aspx (acedido em 02/06/2013)

⁹² As que são compostas por várias mães ou pais, por um dos progenitores veja-se sobre este tema, J. Garris in *L'Embryon Humain: la Pratique Médicale en Belgique*, Yvon Englert, Van Orshoven (edit.), *L'Embryon Humain in Vitro*, De Book Université, Paris, Bruxells, 2000, p. 46.

Sucedo que o Estado não só restringe o acesso à PMA. como a proíbe, extravasando assim, a razoabilidade da solução defendida.

Sempre que estão em causa disposições que afetam de forma gravosa planos de vida individuais, de cada individuo enquanto ser de direitos, é necessário que as mesmas sejam justificadas, fundamentadas com motivos de interesse superiores, para não se cair no eticamente censurável⁹³.

Verificamos que o acesso não é limitado somente nos casos em que os meios são fornecidos e subsidiados pelo Estado, proíbe-se e sanciona-se (o que manifestamente cabe ao direito penal) o acesso a todos aqueles que não sejam casados ou unidos de fato de sexo diferente, mesmo se estes pretendam aceder às técnicas da PMA. com recursos próprios, em Clinicas Privadas.

Richard F. Storrow⁹⁴ refere que: *“In an area as sensitive as human reproduction, it is not enough for restrictive legislation to satisfy the standard of rationality. More is required, lest pure majoritarian will succeed in suffocating other, though perhaps less popular, sentiments on family life.”*⁹⁵

Refira-se que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida já em 2012⁹⁶, referiu entre o mais, que: *“(…) quando o Estado proíbe e sanciona mesmo quando o acesso é alcançável através de meios próprios e em estabelecimentos privados. Aí se o Estado proíbe, sanciona, eventualmente criminaliza, é porque considera a situação errada, danosa, eticamente inadmissível, mas, no mínimo, deve dizer porquê e as razões invocadas devem ser sustentáveis e ponderosas.”* e que: *“Não o fazendo, isto é, se a proibição puder ser percecionada como gratuita, arbitrária ou,*

⁹³ Veja-se neste sentido, Parecer n.º 63 do CNECV., acerca da Procriação Medicamente Assistida (Março de 2012), disponível na Internet: <http://www.cnecv.pt/pareceres.php> (acedido em 08/06/2013)

⁹⁴ *In Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel*, Reproductive Biomedicine Online (2011) 23, p. 544.

⁹⁵ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: *«Numa área tão sensível como a reprodução humana, não é suficiente para uma legislação restritiva satisfazer o padrão de racionalidade. Mais é necessário, para que a maioria pura tenha sucesso em sufocar o outro, embora talvez menos popular, sentimentos sobre a vida familiar.»*

⁹⁶ Através do Parecer n.º 63 do CNECV., acerca da Procriação Medicamente Assistida (Março de 2012), disponível na Internet: <http://www.cnecv.pt/pareceres.php> (acedido em 08/06/2013)

no mínimo, não fundamentada, o Estado incorre numa desconsideração eticamente censurável da autonomia das pessoas, tanto mais condenável quando da exclusão resultar um efeito discriminatório.”

Assim parece-nos evidente que até à presente data não foi arguida qualquer justificação ponderosa para a exclusão e proibição do acesso de pessoas que não representem casais heterossexuais unidos pelo casamento ou casais unidos de facto heterossexuais com pelo menos dois anos de duração.

É manifesta a distinção existente no tratamento dos grupos formados pela norma prevista no art. 6.º da LPMA. que acaba, por entre eles, criar uma distinção social que desfavorece determinados sujeitos, em face de características pessoais, implicando diferente tratamento no acesso à liberdade de procriação.

E pior, para tanto, utilizando expressão manifestamente discriminatória – “*de sexo diferente*”.

2.2. Enquadramento jurídico do problema, quem pode afinal ter acesso à PMA.?

A restrição do acesso à PMA. só se torna um problema jurídico, se concluirmos legalmente, que o acesso deve ser garantido a qualquer pessoa, que aliás é o nosso entendimento.

O recurso às técnicas da procriação medicamente assistida consubstancia-se num direito fundamental⁹⁷, na sua vertente positiva de direito à reprodução (distinta da

⁹⁷ Neste sentido vão, entre outros, os autores Javier Gafo, Yolanda Gomes Sanchez, Luis Zarraluqui, *cfr.* refere Vera Lúcia Raposo – *EM NOME DO PAI ...*, cit. [n. 88], p. 38.

negativa - o direito à não reprodução) e como tal, determinante para que uma pessoa atinja sua realização.

A multiplicação da espécie assume uma importância vital para a comunidade humana no seu todo, paralela à importância que a propagação do património genético assume para cada um de nós, não apenas no estrito plano biológico mas também nos planos social, emocional e inclusive patrimonial.

Já em 1942, o «Supreme Court» referia que a reprodução/procriação correspondia a: *“one of the civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence of the species”*⁹⁸.

Pese embora, o direito de reprodução não seja um direito fundamental de cariz absoluto (que nenhum é perante um conflito de direitos), muitas das vezes, cedendo perante outros direitos fundamentais com valor considerado superior, este implica o direito de «todos» a ter filhos, seja por reprodução natural, seja pela procriação medicamente assistida conjugado claro com os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático, garantido pela autonomia da pessoa e seus limites.

Assim apesar do direito de reprodução não constar expressamente nos vários textos constitucionais, incluindo o português, o mesmo está reconhecido, designadamente pelo direito de constituir família⁹⁹, direito ao desenvolvimento da personalidade e reserva da vida privada e familiar¹⁰⁰, direito à saúde¹⁰¹, direito à igualdade¹⁰², surgindo inerente a outros direitos fundamentais que estão interligados nos seus conteúdos materiais.

⁹⁸ Case Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942) Disponível na Internet: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/case.html> (acedido em 08/06/2013)

⁹⁹ Vide: n.º 1 do artigo 36.º da CRP.

¹⁰⁰ Vide: n.º 1 do artigo 26.º da CRP.

¹⁰¹ Vide: artigo 64.º da CRP.

¹⁰² Vide: artigo 13.º da CRP.

Apenas são admitidos como beneficiários por Lei (32/2006 de 26 de Julho), os casais heterossexuais¹⁰³ ou os unidos de fato, de sexo diferente, em que a união esteja reconhecida e estável há pelo menos dois anos.

Contudo, este não é o único modelo legítimo de família ou sequer o preferível.

O modelo tradicional de família nem sequer é perfilhado pela própria Constituição embora seja associado à maternidade e paternidade.

O conceito de família tradicional resultou nitidamente da doutrina cristã, que desde sempre, foi firme defensora do vínculo entre o matrimónio e a reprodução, por considerar que, esta constitui um fim daquele.

Ao longo dos anos a família sempre foi considerada como o núcleo da sociedade e, no pressuposto de tal conceito, sempre esteve inerente o casamento católico formado por homem e mulher de sexo diferente, em que o principal objetivo, era e é, a reprodução.

Pelo que, o legislador optou por restringir o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida a famílias com esta configuração.

Sucedo que na atualidade, a família que antes possuía determinada configuração, hoje raramente é assim assumida, são muitos mais os casos da monoparentalidade que os casos de biparentalidade, consistindo esta, na família tida como «normal», para a sociedade em geral.

Como refere **Marize Cunha de Souza**¹⁰⁴ “(...) *pai pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo ou da existência de vínculo de consanguinidade, que demonstre autoridade para o filho, eis que este é o signo da figura paterna, a lei, o limite. Igualmente, mãe será aquela pessoa que desempenhar a função que cabe a tal*

¹⁰³ O que se entende pelos casais resultantes do matrimónio entre o homem e a mulher.

¹⁰⁴ Juíza de Direito na 2.^a Vara de Família na Ilha do Governador – RJ. (Brasil) *In Os Casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a utilização do Gametas de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida – Revista da EMERJ*, v. 13, n.º 52, 2010, p. 149.

figura, chamada de maternagem, mais ligada a parte afetiva, emocional, psicológica, aos cuidados com o filho.”

Acompanhamos esta configuração de família pois que, a ligação desenvolvida com a criança é manifestamente superior a qualquer vínculo biológico.

Tendo em conta que, a sociedade portuguesa atravessa uma profunda transformação do modelo de família, não podemos logo à partida, sem mais, defender o modelo tradicional por ser o que sempre existiu, há sim que refletir sobre quem a criança se identifica como figura materna e paterna.

2.3. Sanções decorrentes da violação do artigo 6.º da Lei número 32/2006 de 26/07

Para restringir o acesso às técnicas de PMA., o legislador não só elencou expressamente o conceito de família que pretendia ver como beneficiário, como proibiu e sancionou quem não integrasse tal grupo, mediante a enunciação de sanções.

Aliás, de uma Lei com cerca de quarenta e oito artigos, foram expressamente previstos doze novos crimes, quatro contra ordenações e seis sanções acessórias, aplicáveis a quem for condenado por qualquer dos crimes ou contra ordenações ali previstas.

Para além de que, estende às intervenções e tratamentos feitos através das técnicas da procriação medicamente assistida por médico ou outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável, o estabelecido no artigo 150.º do

Código Penal¹⁰⁵, porque atentam sempre contra a liberdade de dispor do corpo e da própria vida quanto praticadas sem o consentimento da pessoa.

Específica também que: “*As intervenções e os tratamentos no âmbito da PMA feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constituem ofensas à integridade física, puníveis nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal*”¹⁰⁶.

E, ainda determina que, as pessoas coletivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais pelos crimes previstos¹⁰⁷ e que poderão ser aplicáveis penas acessórias¹⁰⁸.

Nestes termos, a violação do disposto no n.º 1 do artigo 6.º da citada Lei, constitui contra ordenação (alínea c) do n.º 1 do artigo 44.º), punível mesmo a título negligente (n.º 2 do artigo 44.º), com possível aplicação de sanção acessória (artigo 45.º) e, a violação do disposto no n.º 2 do mesmo artigo, constitui crime (artigo 35.º) e contra ordenação (alínea c) do n.º 1 do artigo 44.º), punível mesmo a título negligente (n.º 2 do artigo 44.º), com possível aplicação de sanção acessória (artigo 45.º), verificando-se no caso de pessoas singulares ou coletivas.

Ana Vitorino e Luísa Sobral¹⁰⁹ referem que:

“O legislador previu novos ilícitos criminais para além dos tipos legais já previstos no CP. por entender que, em matéria reprodutiva, se impõe uma maior e específica tutela penal em face dos constantes desafios e avanços da medicina e da bioética” e ainda: “A criminalização não decorre automaticamente da necessidade de tutela do bem jurídico. A protecção penal é utilizada como ultima ratio. A intervenção legislativa, apenas reconduz ao direito penal a conduta que lesa o ético-social, ou perturba a paz social e jurídica e, ainda assim, o punir ou não punir depende de uma margem de livre apreciação e das políticas legislativas.

¹⁰⁵ Cfr. dispõe o n.º 1 do artigo 41.º da Lei n.º 32/2006 de 27 de Julho.

¹⁰⁶ Cfr. dispõe o n.º 2 do artigo 41.º da Lei n.º 32/2006 de 27 de Julho.

¹⁰⁷ Disposição que foi aditada pela Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro.

¹⁰⁸ Cfr. dispõe o artigo 45.º da Lei n.º 32/2006 de 27 de Julho.

¹⁰⁹ Vide: anotação 17 ao artigo 2.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho - Paulo Pinto de Albuquerque /José Branco (Org.) in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. 2, Universidade Católica Editora, 2011, p. 564.

Acréscimo que não há obrigatoriedade constitucional da tutela penal sempre que esteja em causa um bem jurídico constitucionalmente protegido. Os limites são, sim impostos pela adequação e proporcionalidade entre o princípio violado, a conduta e a resposta legal (...)”

Vejamos,

2.3.1. Responsabilidade criminal

Conforme refere o artigo 35.º da Lei número 32/2006, de 26 de Julho, sob a epígrafe “*Beneficiários*”, inserido na Secção I *Responsabilidade Criminal* do Capítulo VII *Sanções*, é punido com pena de prisão de dois a oito anos, quem aplicar técnicas de procriação medicamente assistida, com violação do disposto no número 2 do artigo 6.º da referida Lei¹¹⁰.

Sendo o crime previsto, aplicável a pessoas coletivas e entidades equiparadas, por força do disposto no artigo 43.º- A, na redação aditada pela Lei número 59/2007 de 4 de Setembro¹¹¹.

Verificamos que são fontes da norma “*os arts. 1.º, 24.º, 25.º, n.º 1, 67º, n.ºs 1 e 2, als. d), e), 68.º, n.ºs 1 e 2, 69º, n.º 1 e 71.º da CRP e arts. 1.º, 5.º, 6.º e 7.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (...) o Estatuto Disciplinar dos Médicos: Decreto-Lei n.º 217/94 de 20.08 (art. 2.º); o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008) (arts. 1.º, 2.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 10º, 34.º, 39.º, n.º 1, 45.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, 48.º e 65.º); a Lei n.º 120/99, de 11.08, que prevê as Garantias do Direito à Saúde Reprodutiva; o Decreto-Lei n.º 259/2000 de 17.10, que*

¹¹⁰ O qual dispõe: “*As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito e inabilitado por anomalia psíquica.*”

¹¹¹ Lei que entrou em vigor em 15 de Setembro de 2007.

fixa as condições de promoção da educação sexual e de acesso dos jovens a cuidados de saúde no âmbito da sexualidade e do planeamento”¹¹².

São protegidos pela norma os bens jurídicos, da dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral de todos aqueles que por si só não são capazes de se reger, os menores, os inabilitados e os interditos e, ainda os bens, que se prendem com a proteção da identidade genética e da espécie nomeadamente, daqueles que viessem a nascer da aplicação das técnicas da PMA. àquele grupo de pessoas.

São os casos em que a capacidade de determinação e de avaliação das práticas médicas por parte dos pacientes não são suficientes para que estes possam determinar um consentimento livre e informado (a que a lei obriga). O esclarecimento médico dado a estes pacientes, não seria eficaz, por se presumir que estes não possuem a inteligente, discernimento e liberdade necessárias para a legitimação desses atos médicos.

Assim a incriminação prevista destina-se a defender os interesses das pessoas que por si, não podem ou não têm capacidade de dar o seu consentimento livre e informado e, a defender a pessoa a nascer.

Veja-se o que dispõe o número 1 do artigo 11.º da Lei 32/2006 de 26 de Julho: *“Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico”*.

E, o número 2 do artigo 63.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008), também refere que: *“O médico só deverá propor a técnica de procriação medicamente assistida que se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem*

¹¹² Vide: anotação 1 ao artigo 35.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho - Paulo Pinto de Albuquerque /José Branco (Org.) *in Comentário...*, cit. [n. 109], p. 572.

convenientes segundo conhecimento médico”¹¹³. Também, os artigos 45.º e 46.º do mesmo diploma reportam-se ao consentimento informado, fazendo inclusivamente depender a sua validade, da necessidade do beneficiário decidir livremente a sua aplicação.

Ainda o número 3 do artigo 48.º do mesmo Diploma menciona que, no caso dos menores ou incapazes, são os pais ou representantes legais a dar o consentimento.

Pelo que o consentimento do beneficiário¹¹⁴ das técnicas de procriação medicamente assistida é fundamental e imprescindível para a sujeição do mesmo às técnicas, veja-se o disposto nos artigos 157.º¹¹⁵ e 168.º¹¹⁶, ambos do CP.

Pese embora visível omissão, não existem dúvidas que a interdição e a inabilitação deverão ser declaradas judicialmente¹¹⁷.

Porém, existe um mecanismo de defesa para os menores de dezoito anos e para os que apresentem alterações cognitivas sem declaração judicial de inabilitação ou interdição, que passam pelo consentimento informado¹¹⁸, uma vez que cabe ao médico responsável, averiguar as capacidades do paciente e quando incapazes, requerer o consentimento junto dos pais ou representante legal. Assim se o médico responsável verificar alguma característica que evidencie alguma alteração cognoscitiva deve recusar que o consentimento informado seja efetuado naquelas circunstâncias.

¹¹³ Disponível em sítio da Internet, para consulta: <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77> (acedido em 16/06/2013)

¹¹⁴ Veja-se o disposto no art. 14.º da Lei 32/2006 de 26 de Julho.

¹¹⁵ Que dispõe: “(...) o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”

¹¹⁶ Que dispõe: “*Quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de um a oito anos*”.

¹¹⁷ Porquanto o Código Civil assim o impõe, *vide* para a interdição o disposto nos artigos 138.º a 151.º e para a inabilitação o disposto nos artigos 152.º a 156.º todos do CC.

¹¹⁸ Tendo em conta o disposto no art. 14º da Lei 32/2006 de 26 de Julho e nos arts. 45.º e 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008).

Os sujeitos passivos do ilícito criminal disposto no número 2 do artigo 6.º da citada Lei, são as pessoas que reúnam as condições descritas pela norma, ou seja, que tenham pelo menos uma das seguintes das características: menoridade, inabilitação por anomalia psíquica ou interdição.

Tendo em conta que, a factualidade típica deste tipo de ilícito é feita por remissão do artigo 35.º para o disposto no número 2 do artigo 6.º, constitui assim o elemento objetivo do tipo, na aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida em pessoas com idade inferior a dezoito anos ou inabilitadas ou interditas¹¹⁹.

Quanto às características do tipo de crime, verificamos que se trata de um crime *específico, próprio, de resultado e de dano*¹²⁰.

Porquanto,

Consubstancia-se num crime, que apenas pode ser cometido por médicos ou outros profissionais especialistas da saúde e pelo centro autorizado para a realização das técnicas de PMA. - por isto *específico*.

Pende sobre o profissional responsável ou centro autorizado o dever de conhecimento de todos os dados do beneficiário a recorrer às técnicas da PMA., como por exemplo a idade, o que fundamenta o grau de ilicitude do agente – por isto *próprio*.

O crime verifica-se mediante a aplicação das referidas técnicas a qualquer uma das pessoas enunciadas no número 2 do artigo 6.º da citada Lei da PMA. – por isto de *resultado*.

A dignidade do beneficiário, inclusivamente a sua integridade física e moral são atingidas, pelo que o bem jurídico protegido é alcançado – por isto é de *dano*.

¹¹⁹ Embora o elenco dos Beneficiários da PMA. seja elencado numa vertente positiva verifica-se que, para a delimitação do âmbito de aplicação da norma penal é utilizada uma vertente negativa.

¹²⁰ Cfr. anotação 31-34 ao artigo 35.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho - Paulo Pinto de Albuquerque /José Branco (Org.) *in Comentário ...*, cit. [n. 109], p. 576.

O elemento subjetivo deste tipo de ilícito criminal consiste no agente aplicar as técnicas de PMA. com intenção e com conhecimento de que o beneficiário tem menos de 18 anos, está inabilitado ou interdito, bem sabendo que a sua conduta é proibida e punida pela Lei.

Por conseguinte é fundamental que o agente atue com dolo específico, tendo em conta a qualidade em que o mesmo intervém, ou seja, a conduta só é penalmente relevante se o agente que a pratique atue com o dolo que a lei exige.

Poderá eventualmente verificar-se um caso de erro, como por exemplo, a convicção de que um indivíduo não padece de qualquer anomalia psíquica e padeça afinal, sendo que a verificar-se, se exclui o dolo (*cf.* dispõe o artigo 16.º do CP.)

A aplicação deste tipo de ilícito criminal poderá apresentar-se em dois tipos de relação: *concurso efetivo com outros ilícitos* (designadamente artigo 34.^{o121} da Lei n.º 32/2006 de 26/07 e artigos 143.^{o122}, 144.^{o123} e 145.^{o124} com a agravação prevista no artigo 147.^{o125}, todos do CP.) ou numa *relação de subsidiariedade* (com o crime previsto no artigo 168.^{o126} do CP.).

¹²¹ Que dispõe: “*Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.*”

¹²² Referindo: “*Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.*”

¹²³ Dispondo: “*Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a: a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente; b) Tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais ou de procriação, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem; c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou d) Provocar-lhe perigo para a vida; é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.*”

¹²⁴ Que refere: “*1 - Se as ofensas à integridade física forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido: a) Com pena de prisão até quatro anos no caso do artigo 143.º; b) Com pena de prisão de três a doze anos no caso do artigo 144.º 2 - São susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente, entre outras, as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132.º.*”

¹²⁵ Que dispõe: “*1- Se das ofensas previstas nos artigos 143.º a 146.º resultar a morte da vítima, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo. 2 - Se das ofensas previstas no artigo 143.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 145.º e na alínea a) do artigo 146.º resultarem as ofensas previstas no artigo 144.º, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um quarto nos seus limites mínimo e máximo.*”

¹²⁶ Referindo que: “*Quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de um a oito anos.*”

Ainda é relevante afirmarmos que a tentativa neste tipo de ilícito também é punível, uma vez que, a moldura penal prevista no seu limite superior é superior a três anos de prisão, conforme resulta do previsto nos artigos 22.^o¹²⁷ e 23.^o/1¹²⁸, ambos do CP.

Consideramos que a previsão normativa existente padece de algumas contrariedades, porquanto se analisarmos o caso exemplificativo de um casal infértil de faixa etária entre os dezasseis e os dezoito anos, que não pode recorrer às técnicas da PMA. por os indivíduos se tratarem de menores de dezoito anos, verificamos que se no âmbito civil a idade dos nubentes inicia-se aos dezasseis anos de idade, tornando-se emancipado o nubente pelo casamento civil, é inexplicável que exista um impedimento legal destes casais ao acesso a tratamento necessário de fertilidade.

Onde é que está a vítima neste tipo de situações? Não conseguimos, salvo posição diversa, obter resposta razoável para explicar tal previsão.

Também a moldura penal abstrata prevista para este tipo de ilícito é de dois a oito anos de prisão, o que consideramos salvo melhor opinião, ser demasiado severa. Se comparamos a moldura penal deste crime a outras molduras que constam do elenco do Código Penal verificamos que, não existe similaridade.

O número 1 do artigo 161.^o do Código Penal que pune o crime de rapto, prevê uma pena de prisão de dois a oito anos, sucede que este ilícito criminal pressupõe violência, ameaça ou astúcia para alcançar o rapto, enquanto o artigo em análise, reporta-se a um bem jurídico distinto e embora também se reporte à liberdade numa outra vertente, não possui os mesmos requisitos.

¹²⁷ Que dispõe: “1- Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. 2- São actos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.”

¹²⁸ Referindo: “(...) a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão.”

O mesmo se diga do número 1 do artigo 140.º do Código Penal que pune o crime de aborto sem o consentimento da mulher grávida, prevê uma pena de prisão de dois a oito anos, sucede que este crime protege o bem jurídico da vida uterina, enquanto o crime em análise reporta-se à dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral de todos aqueles que por si só não são capazes de se reger, os menores, os inabilitados e os interditos.

Pelo que, consideramos que o bem jurídico protegido pela norma constante do número 2 do artigo 6.º da Lei número 32/2006 de 26/07, ficaria igualmente protegido se lhe tivesse sido atribuída moldura penal semelhante à constante no número 1 do artigo 156.º do CP. porquanto o mesmo, se refere às intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários, determinando uma moldura manifestamente mais leve, podendo ir no máximo até aos três anos de prisão.

Em suma, a existir ilícito criminal, existe uma maior analogia entre estes dois últimos ilícitos do que os anteriormente referidos, porquanto afina versam sobre a mesma matéria.

Se a Lei 32/2006 de 26/07 se reporta a verdadeiros atos médicos, não podemos negá-lo, com o objetivo nítido de prever uma moldura penal mais elevada através de nova incriminação especial, se não existe sequer fundamento, para tal elevação.

2.3.2. Ilícito de mera ordenação social

Dispõe a alínea c) do n.º 1 do artigo 44.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, sob a epígrafe “*Contra-ordenações*”, inserido na Secção II *Ilícito Contra-Ordenacional* do Capítulo VII *Sanções*, que constitui contraordenação punível com coima, a violação dos números 1 e 2 do artigo 6.º da mesma Lei.

Coima que, no caso de pessoas singulares, varia entre 10.000,00€ (dez mil euros) a 50.000,00€ (cinquenta mil euros) e, no caso de pessoas coletivas o limite máximo se eleva para 500.000,00€ (quinhentos mil euros).

Está ainda previsto que, mesmo a título negligente, o agente é punido *cfr.* dispõe o número 2¹²⁹ do artigo 44.º da já citada Lei contudo, a coima é substancialmente reduzida para metade dos montantes máximos previstos, sendo que para as pessoas singulares será fixado o limite máximo até 25.000,00€ (vinte e cinco mil euros) e para as pessoas coletivas até 250.000,00€ (duzentos e cinquenta mil euros).

São protegidos pela norma constante no n.º 1 do artigo 6.º, os bens jurídicos, da dignidade da pessoa humana, da família, a paternidade, a maternidade e ainda os bens que se prendem com a proteção da identidade genética e da espécie nomeadamente, daqueles que viessem a nascer da aplicação das técnicas da PMA. àquele grupo de pessoas.

Consustancia-se nos casos em que, os pacientes que não correspondem a pessoas casadas de sexo diferente ou unidos de facto há mais de dois anos não estão incluídos no modelo de família tida como a «natural». Assim o ilícito destina-se a proteger aparentemente a criança resultante das técnicas de PMA.

Salvo melhor opinião, não compreendemos que perante a violação do número 2 do artigo 6.º da citada Lei, exista a sobreposição de sanções.

O legislador previu um novo tipo de ilícito criminal com respetiva sanção penal, como para além disso, previu uma nova contra ordenação, na qual, fixou a coima a ser aplicada.

Ora, se o novo ilícito criminal é aplicável ao profissional responsável e ao centro autorizado, não existe qualquer motivo legal para que o legislador mantenha o ilícito contra ordenacional. Até porque de tal solução, poderá advir consequências nefastas

¹²⁹ Referindo: “A negligência é punível, reduzindo-se para metade os montantes máximos previstos no número anterior.”

para a sociedade, pois que a dúvida que é suscitada na incriminação e o que desta na prática poderá advir, poderá culminar na decisão de que ambas não deverão ser aplicadas.

Verificamos que a remissão feita conduz efetivamente a uma dupla incriminação¹³⁰, a qual está expressamente vedada.

Esta opção não demonstra clareza, pelo que colocamos aqui em causa a dúvida da solução do legislador, se o mesmo terá pretendido a inserção de um novo ilícito criminal ou pelo contrário um novo ilícito contra ordenacional, uma vez que, o agente só pode ser condenado pelo ilícito criminal e nunca em concurso por ambos¹³¹.

Maria João Antunes¹³² a este título refere que: *“Não propriamente porque haveria aqui um sancionamento duplo, mas na medida em que o artigo 20.º do Regime Geral das Contraordenações exclui esta possibilidade, mas antes porque tal é, em si mesmo, sugestivo de uma opção criminalizadora relativamente à qual o próprio legislador tem dúvidas.”*

Assim concluímos que, a solução apresentada pelo legislador não foi a melhor. O mesmo, deveria e podia ter previsto a presente dupla incriminação e em face disso ter optado por apenas uma delas, uma vez que, ao prever ambas caiu numa opção que por si só é dúbia.

¹³⁰ Veja-se a este título o referido nas anotações 41-42 ao artigo 35.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho - Paulo Pinto de Albuquerque /José Branco (Org.) *in Comentário ...*, cit. [n. 109], p. 576.

¹³¹ Veja-se o disposto no artigo 20.º do RGCO. que refere: *“Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação.”*

¹³² Maria João Antunes – *Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal?* In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Org. Manuel Andrade/Maria Antunes/Susana Sousa, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Vol. III, p. 91.

2.3.3. Sanções acessórias

A quem vier a ser condenado (pessoa singular ou coletiva) pelo crime previsto no artigo 35.º ou pela contra ordenação prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 44.º, ambos da Lei 32/2006, de 26 de Julho, poderá ser ainda aplicada sanção acessória, designadamente: injunção judiciária, interdição temporária do exercício de atividade ou profissão, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos, encerramento temporários de estabelecimento, cessação da autorização de funcionamento e ainda publicidade da decisão condenatória, conforme dispõe o artigo 45.º da já citada Lei, alvo do nosso estudo.

Logo, para além de existir para o crime previsto no número 2 do artigo 35.º da já citada Lei, a possibilidade de aplicação de pena de prisão de dois a oito anos, existe ainda a possibilidade do Tribunal condenar numa sanção acessória que considere adequada ao caso.

E tal se passa também no âmbito da contra ordenação prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 44.º da mesma Lei, que prevê uma coima, no caso de pessoas singulares, entre 10.000,00€ (dez mil euros) a 50.000,00€ (cinquenta mil euros) e, no caso de pessoas coletivas se elevando o seu limite máximo para 500.000,00€ (quinhentos mil euros) à qual poderá ser também acrescida uma sanção acessória caso o Tribunal considere necessária tal aplicação.

Consideramos que as sanções acessórias no âmbito desta matéria são sanções com a máxima importância, uma vez que, são sujeitos passivos médicos ou outros profissionais especialistas da saúde e o centro autorizado para a realização das técnicas de PMA. e, assim sendo, fundamentais e imprescindíveis para vedar o exercício da realização das referidas técnicas por parte destes.

2.4. Responsabilidade penal médica

Os médicos enquanto profissionais ligados a atividades sociais em favor da saúde e bem estar dos seus semelhantes, existem para prestar um serviço insubstituível à comunidade e, nesse contexto, são entes sujeitos a responsabilidade, quer a nível disciplinar e civil, quer ainda na vertente penal, interessando-nos especialmente esta última.

A lista de infrações que o médico pode cometer no exercício da sua profissão é muito elevada, podendo as mesmas surgir durante a realização de um determinado ato médico ou até de problemas particulares e especiais, desde a prescrição de um determinado receituário, até ao emprego de radiações e outros tratamentos, para a eliminação de determinadas células patológicas, a responsabilidade médica está iminente.

Etimologicamente o vocábulo responsabilidade provém do verbo latino «respondere» cujo sentido é o de comprometer-se perante alguém¹³³.

Ser responsável não significa só ter responsabilidade, é muito mais que isso, é ter a obrigação de responder perante quem se é responsável e, exemplo disso, é o relacionamento que existe entre o médico e seu paciente.

Os litígios envolvendo a responsabilidade penal dos médicos aumentaram significativamente nos últimos anos em Portugal e tal ficou a dever-se ao facto de que, nas últimas décadas, ocorreram mudanças significativas dos valores e regras no respeitante ao relacionamento médico paciente, destacando-se a Lei de Bases da

¹³³ Vide: Adelino Marques - *Responsabilidade Médica* In Luís Archer; Jorge Bisciais; Walter Osswald, coord. Bioética. Lisboa: Verbo, 1996, pp. 83-84.

Saúde¹³⁴ (também conhecida por Lei Arnaut) e o estatuto nacional de saúde que passaram a disponibilizar cuidados de saúde tendencialmente gratuitos¹³⁵.

Pelo que, os pacientes passaram a ser utentes do Serviço Nacional de Saúde e os médicos a ser prestadores de serviços, sendo que neste relacionamento passou-se a exigir mais quanto aos meios disponíveis como também quanto aos resultados obtidos.

Simultaneamente com esta nova compreensão a medicina moderna tornou-se cada vez mais eficaz, crescendo por um lado as novas oportunidades de tratamento e de atuação, porém por outro e como consequência, os riscos inerentes.

A medicina moderna inclusivamente veio a alterar no seu limite, os conceitos da própria vida e morte, porquanto o tempo que medeia o nascimento e a morte natural passou a ser aferido entre o nascimento que atualmente pode ser alcançado através de métodos artificiais (PMA. ou RMA.) e o fim da vida, que pode ser prolongado pela substituição de órgãos e processos de vida artificial.

¹³⁴ Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto) que tem como Princípios gerais: “1 - A protecção da saúde constitui um direito dos individuos e da comunidade que se efetiva pela responsabilidade conjunta dos cidadãos, da sociedade e do Estado, em liberdade de procura e de prestação de cuidados, nos termos da Constituição e da lei. 2 - O Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis. 3 - A promoção e a defesa da saúde pública são efetuadas através da atividade do Estado e de outros entes públicos, podendo as organizações da sociedade civil ser associadas àquela atividade. 4 - Os cuidados de saúde são prestados por serviços e estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos”.

¹³⁵ Vide: Artigo 64.º (Saúde) “1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência”.

A ética também foi influenciada pela medicina moderna e pela exigência de uma sociedade justa e equitativa, fazendo com que fosse aberto espaço à feição de novas normas jurídicas em função do conhecimento emergente.

Porém, não só houve uma enorme evolução cultural, social e jurídica como também na classe médica passaram a ser aplicados modernos meios de terapêutica e diagnóstico pese embora mais agressivos, perigosos e complexos.

Cultivando a classe profissional, os médicos encaram geralmente que a sua profissão deve ser exercida em conformidade com um desígnio altruísta, comumente baseado nas preocupações éticas e deontológicas e principalmente reservando para si a decisão de atuar pela forma que, em sua consciência, melhor servirá o paciente.

É por esta razão que, com relutância, aceitam ser alvos das regras de direito aplicáveis às situações comuns de responsabilidade civil e criminal.

A verdade também é que, assistimos tanto na classe médica como na classe jurídica a uma genérica impreparação de base, porquanto nem os médicos têm conhecimento legal suficiente para agir em conformidade, nem os juristas possuem conhecimento científico suficiente.

Por isso é que, muitas das vezes, assistimos ao caráter inconclusivo de muitas provas, exames periciais facilmente contestáveis, falta de consistência na argumentação e nos pareceres, erros grosseiros nos depoimentos médicos e das testemunhas, ausência de provas que não chegam às mãos dos pacientes, entre outras.

Ao não conhecer o ambiente em que se desenvolve o ato médico e as circunstâncias em que o mesmo se verificou, um qualquer elo da relação médico paciente os constrangimentos das instituições de saúde, nomeadamente na sua incapacidade para garantir os meios materiais e humanos idealmente necessários, sobrepõem muitas vezes o desejável ao possível, a utopia à realidade, condenando profissionais dedicados e probos, o que manifestamente a nosso ver tem consequências nefastas em termos sociais, profissionais e humanos.

Para a classe médica a responsabilidade penal é possivelmente a principal causadora do mau relacionamento entre médicos/instituições de saúde e pacientes.

Sendo a responsabilidade penal o recurso extremo a ser utilizado no sistema de proteção dos direitos dos pacientes, o percurso não é manifestamente facilitado.

Pouco preparados tecnicamente, é habitual os mandatários dos pacientes exigirem uma indemnização, a qual não sendo paga culminará na apresentação de uma queixa crime, junto do Ministério Público, que originará um processo crime obrigando o médico a ser ouvido na qualidade de denunciado.

Escusado será dizermos que, o diálogo entre o médico e o oficial do Ministério Público ou inspetor da Polícia Judiciária ou, até mesmo, com o magistrado do Ministério Público é um diálogo com dificuldades acrescidas.

Porque afinal o que sabe o Ministério Público ou a Polícia Judiciária de Medicina?

Obviamente a resposta será nada, ou em raríssimos casos, pouco.

E o que sabem os médicos sobre processos penais ou sobre o apuramento da responsabilidade penal de um médico?

Naturalmente que aqui também a resposta será nada.

Em conclusão, mais grave do que a responsabilidade criminal e a aplicação consequente do disposto nos artigos 150.^{o136}, 156.^{o137} e 157.^{o138} todos do Código Penal,

¹³⁶ Sob a epígrafe: *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*, que refere: “1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.”

é a invocação acrítica e tecnicamente deficiente dos atos médicos em si mesmos, que serviram de base à averiguação da responsabilidade criminal de um médico.

Na PMA, o médico e estabelecimento de saúde autorizados desempenham um papel fundamental, pois que é sobre estes que impende a responsabilidade e o dever de controlar o acesso aos beneficiários permitidos e a receção do consentimento informado.

O consentimento informado¹³⁹ é um pressuposto exigido legalmente em qualquer intervenção médica, cabendo ao paciente decidir sobre a proposta médica, nomeadamente rejeitar ou anuir a um determinado tratamento.

O n.º 2 do artigo 156.º do Código Penal prevê apenas duas exceções à obrigatoriedade na obtenção do consentimento informado, a saber: quando *“só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a*

¹³⁷ Sob a epígrafe: *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, que refere: “1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 - O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou: b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 - O procedimento criminal depende de queixa.”

¹³⁸ Sob a epígrafe: *dever de esclarecimento*, que refere: “Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”

¹³⁹ O conceito de consentimento informado foi utilizado pela primeira vez em 1957 na Califórnia, no decurso da sentença judicial do caso *Salgo v. Leland Stanford Jr University Board of Trustees*. O doente Martin Salgo, de 55 anos, tinha arteriosclerose e submeteu-se a uma aortografia de diagnóstico. O procedimento foi feito sob anestesia geral e com a utilização de produtos de contraste. Na manhã seguinte o doente descobriu que tinha os membros inferiores paralisados. O Tribunal ressaltou que o médico violou um direito do doente ao não informar sobre eventuais ou possíveis complicações do procedimento, possibilitando ao doente o seu consentimento. O Tribunal na decisão final refere que o médico deveria ter revelado ao doente os factos necessários a um consentimento informado. *Salgo v. Leland Stanford Jr University Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170 (1957). Poland SM. *Landmark Legal Cases in Bioethics*. Kennedy Institute of Ethics Journal 1997; 7(2):193-4.

vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.”

O médico deve informar por escrito¹⁴⁰ e discutir com o paciente os benefícios e as complicações passíveis de virem a ocorrer¹⁴¹, bem como as suas implicações éticas, sociais e jurídicas.

Os problemas inerentes ao consentimento, informação e confidencialidade são objeto de inúmeros litígios, para além de que, o médico é responsável se o tratamento vier a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do paciente.¹⁴²

O consentimento do paciente é um pré requisito, como acima referimos, essencial a todo o tratamento ou intervenção médica, porquanto sobre os pacientes pende o direito à sua autodeterminação.¹⁴³ É ao paciente que cabe a decisão, depois de devidamente esclarecido, de querer ou não sujeitar-se a determinado tratamento ou intervenção médica quer esta seja mais ou menos complexa.

Para alguns autores “o consentimento tem de ser perspectivado como um diálogo entre o médico e o doente, em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de terminar em concordância ou discordância sobre a conduta terapêutica a prosseguir ou a encetar”¹⁴⁴ e, também, “Se é verdade que o doente tem que ter conhecimento de um leque alargado de informação, não é menos verdade que o médico tem que receber do doente¹⁴⁵ um conjunto de

¹⁴⁰ Vide n.º 2 do artigo 14.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

¹⁴¹ A experiência demonstra que nem sempre os médicos são comunicativos com os pacientes. Por outro lado, muitas vezes os pacientes nem querem saber em pormenor o seu estado de saúde, a proposta de intervenção e o prognóstico. Com frequência encontram-se pacientes que negam o seu verdadeiro estado de saúde e familiares que suplicam para que o paciente não conheça a «verdade». Só a re-personalização da relação médico paciente poderá melhorar esta confiança.

¹⁴² Cfr. dispõe o artigo 156.º do CP. a título de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, numa pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

¹⁴³ Autodeterminação consubstancia-se na capacidade e no direito que o indivíduo tem para decidir e escolher o que lhe convém, o que julga ser melhor para si mesmo, para decidir o seu destino segundo as suas concepções e sem influências, não tendo que obedecer ou aceitar, obrigatoriamente, concepções de terceiros, no presente caso, dos médicos.

¹⁴⁴ Fay A. Rozowky - Consent to treatment, A practical guide, p. 3

¹⁴⁵ Consubstanciando-se inclusive num dever do paciente/beneficiário, cfr. dispõe a alínea a) do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

*informação, objectiva, circunstanciada, para poder equacionar os riscos e benefícios da sua actuação, enquadrando-a no saber científico da sua área médica*¹⁴⁶.

Torna-se assim discutível se a mera assinatura por parte do doente de uma folha de consentimento é suficiente como garantia de consentimento informado e esclarecido.

Álvaro Dias¹⁴⁷ refere que o princípio do consentimento esclarecido, significa que o médico que se propõe a efetuar um tratamento ou intervenção sobre um doente deve dar-lhe suficiente informação sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos envolvidos, quais os efeitos colaterais ou mal estar daí resultantes, quais as alternativas disponíveis, porque é que o tratamento escolhido é, na sua opinião, o melhor para o doente, porque é que os outros tratamentos possíveis foram rejeitados. Tudo para que um doente de uma razoável inteligência, em moldes tão objetivos quanto possível, possa compreender.

O médico deve com suas palavras ou com o seu silêncio, não induzir o paciente em erro, nem tornando difícil a decisão, pelo que neste sentido a linguagem a utilizar deve ser simples, leal, rigorosa e acessível, evitando o uso de terminologia demasiadamente técnica.

No entanto não pode cair na tentação de simplificar de tal modo a linguagem, que o resultado final seja uma informação que não contenha os conceitos fundamentais das *legis artis*.

O consentimento (ou recusa) deve ser obtido de um paciente com todas as suas capacidades, de molde a que este seja juridicamente aceitável. Um paciente que esteja diminuído na sua capacidade de audição e compreensão, quer por incapacidade jurídica (menores, interditos, etc.), por incapacidade momentânea ou meramente pontual (ferido ou em estado de inconsciência) não pode consentir ou recusar uma intervenção médico cirúrgica, pelo que nestes casos, o consentimento deve ser obtido através dos seus representantes legais.

¹⁴⁶ Guilherme de Oliveira in entrevista À SIC, 2006, “*Consentimento informado*”.

¹⁴⁷ João Álvaro Dias - *Responsabilidade Médica*, Acta Jurídica 21, p. 282.

O legislador optou por regular na Lei da PMA, o consentimento expresso, dado por escrito, através de documento aprovado pelo CNPMA.¹⁴⁸, assegurando assim a certeza jurídica e uma certa reflexão por parte dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida e, ainda que, o consentimento deverá ser prestado pelos dois beneficiários, uma vez que apenas os casais de sexo diferente, podem recorrer às técnicas de PMA, sendo livremente revogável a todo tempo.

A Lei de Bases da Saúde define como direitos dos doentes serem estes “*informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado*”.¹⁴⁹

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹⁵⁰ reforça que a obtenção do consentimento informado e livre deverá ser realizado pela forma escrita, nos termos do disposto no artigo 65.^{o151} com remissão para o disposto nos artigos 45.^{o152}, 46.^{o153} e 48.^{o154} com as necessárias adaptações para a procriação medicamente assistida.

¹⁴⁸ Este documento poderá servir também de prova a favor do médico, porquanto na doutrina portuguesa dominante há o dever geral de documentação do prestador de cuidados de saúde, *cf.* J. Figueiredo Dias/Sinde Monteiro - Responsabilidade médica em Portugal *in* Boletim do Ministério da Justiça, 332, 1984, p. 42; recaindo o ónus da prova da prestação do consentimento sobre o médico, *cf.* Rui Cascão – O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil *in* *Lex Medicinae*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 33 a 35.

¹⁴⁹ Que refere na Base XIV: “1 - Os utentes têm direito a: a) Escolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores; b) Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei; c) Ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correcção técnica, privacidade e respeito; d) Ter rigorosamente respeitado a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados; e) Ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado; f) Receber, se o desejarem, assistência religiosa; g) Reclamar e fazer queixa sobre a forma como são tratados e, se for caso disso, a receber indemnização por prejuízos sofridos; h) Constituir entidades que os representem e defendam os seus interesses; i) Constituir entidades que colaborem com o sistema de saúde, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção e defesa da saúde ou de grupos de amigos de estabelecimentos de saúde.” - Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 08/11, disponível na Internet: <http://www.portaldasauade.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/enquadramento+legal/leibasessaude.htm> (acedido em 30-06-2013).

¹⁵⁰ Novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos - Regulamento n.º 14/2009 da Ordem dos Médicos, publicado em 13-01-2009 no Diário da República, 2.ª série, n.º 8, disponível na Internet: <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42ac8ce334185e0193753adb6cb77> (acedido em 30-06-2013).

¹⁵¹ Que refere: “1- O esclarecimento do médico aos doentes será feito nos termos do artigo 44.º, com as adaptações para a procriação medicamente assistida. 2 - O consentimento dos doentes deverá ser feito,

A intervenção médica arbitrária realizada pelo médico que não tenha o consentimento do paciente, pode e deve conduzir a responsabilidade penal, independentemente da existência de imperícia ou de ter tido como resultado um dano, porque a intervenção nestes termos, constitui um crime contra a liberdade e por isso punível nos termos do previsto nos artigos 150.º, 156.º e 157.º, todos do Código Penal.

E toda a intervenção do médico, com vista à obtenção do consentimento livre e informado, deverá também ser concordante com o disposto no Código Deontológico¹⁵⁵, em nome do qual e no limite pode, em concordância com a reserva da sua consciência, por motivo ético, moral, religioso, etc. abdicar de tratar o paciente, desde que tal não esteja em desconformidade com os seus deveres para com os pacientes.

Em suma, o médico e o estabelecimento de saúde são responsáveis criminalmente, se violarem o disposto no n.º 2 do artigo 6.º da LPMA. e ainda em

por escrito, nos termos dos artigos 45.º, 46.º e 48.º, com as adaptações para a procriação medicamente assistida.”

¹⁵² Que refere: “1- Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse de informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas e morais. 2- Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se. 3- O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências.”

¹⁵³ Que dispõe: “1- No caso de menores ou de doentes com alterações cognitivas que os torne incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, este deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível. 2 – Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa. 3 – A opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de pedir o consentimento aos representantes legais daqueles. 4 – A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer. 5 – Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes queriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade. 6 – Quando se considerar que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente.”

¹⁵⁴ Referindo que: “1- O consentimento pode assumir a forma oral e escrita. 2 – O consentimento escrito e ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico. 3 – No caso de menores ou incapazes, o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais, mas o médico não fica dispensado de tentar obter a concordância do doente, nos termos do número 3 e 6 do artigo 46.º e do artigo 52.º.”

¹⁵⁵ Vide o n.º 1 do artigo 37.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que refere: “O médico tem o direito de recusar a prática de acto da sua profissão quando tal prática entre em conflito com a sua consciência, ofendendo os seus princípios éticos, morais, religiosos, filosóficos ou humanitários.”

concurso, pela violação do disposto nos artigos 143.º, 144.º, 145.º, 147.º, 150.º, 156.º e, 157.º, todos do CP.

2.5. Legitimidade da intervenção penal

A legitimidade penal é aferida através de duas proposições fundamentais¹⁵⁶:

“Primeira: ao direito penal cabe a tutela de bens jurídicos dotados de dignidade penal, não a decisão de controvérsias morais, o reforço de normas morais ou, em suma, a tutela de qualquer moral. A noção de bem jurídico torna-se politico-criminalmente útil, erigindo-se em padrão crítico do sistema jurídico-penal, aceitando que a ordem dos bens jurídicos constitui uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens verifica-se uma relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo da actividade punitiva do Estado. É nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica. É por esta via - e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se “transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal, numa palavra, em bens jurídico-penais. O direito penal do bem jurídico continua a ser um padrão crítico do sistema face aos novos fenómenos, nomeadamente aos que emergem da sociedade do risco. Ao lado dos bens jurídicos individuais, dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários universais ou colectivos.

Segunda: o critério decisivo da intervenção penal é o critério da “necessidade” (ou da “carência”) de tutela penal, não bastando que se divise na incriminação o propósito de tutela de um bem jurídico-penal. O direito penal constitui a ultima ratio da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. Tanto impõe o requisito constante da parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. E derivaria sempre do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo e corolário do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição). O princípio da proibição do excesso é violado quando a protecção do bem jurídico possa ser suficientemente tutelado

¹⁵⁶Vide: Maria João Antunes, *Procriação ...*, cit. [n. 132], pp. 81-82.

pela intervenção de outros meios; ou quando se demonstre a inadequação das sanções penais, nomeadamente sempre que a criminalização de certos comportamentos seja factor da prática de muitíssimas mais violações do que as que se revela susceptível de evitar.” (sublinhados nossos)

O acelerado avanço científico da biologia e da medicina, fizeram com que o direito em geral (supranacional e nacional) interviesse cada vez mais e, no âmbito do direito penal em especial, assiste-se ao fenómeno da neocriminalização¹⁵⁷.

A legitimidade da intervenção penal já foi alvo de reflexão¹⁵⁸, principalmente quando foram discutidas as incriminações previstas na Lei da PMA. pelo que não discutimos aqui a definição do que passou a ser crime, nem como foram inseridos os crimes sistematicamente.

Interessa-nos sim, aferir da legitimidade da intervenção penal em matéria da procriação medicamente assistida, em particular, no que respeita à aplicação do segundo critério, acima melhor identificado, face às alterações sociais e político legislativas que se têm vindo a refletir na sociedade portuguesa e, em especial, quanto à aplicação do artigo 6.º da Lei da PMA.

A violação do disposto no número 1 do artigo 6.º da Lei da PMA. não está criminalizada, integrando-se por isso, no suposto modelo do direito penal do bem jurídico, assim quem aplicar as técnicas de procriação medicamente assistida a pessoas diferentes das que constam como beneficiários, somente incorre numa mera contra ordenação¹⁵⁹.

Porém, o corpo desta norma restringe e proíbe o acesso de determinadas pessoas às técnicas de PMA. independentemente das mesmas possuírem ou não recursos próprios para recorrem a Clínicas Privadas.

¹⁵⁷ Designa-se por uma nova fase decorrente da criminalidade, inserção de novas formas de crime que anteriormente não existiam, representam a tipificação *ex novo* de crimes.

¹⁵⁸ Sobre esta matéria *vide* Maria João Antunes, Procriação ..., cit. [n. 132], pp. 81-83.

¹⁵⁹ *Vide*: alínea c) do n.º 1 do artigo 44º da Lei n.º 32/2006 de 26/07.

Ora é ao direito penal que cabe restringir e proibir determinados comportamentos humanos¹⁶⁰ no foro privado, em função das transformações dos valores éticos e sociais, porquanto o crime como tudo na vida tem o seu tempo e lugar, assim quando ocorre um novo facto delituoso cabe à ciência penal a solução para encontrar a forma de punição para contê-lo.

A contra ordenação é aplicada perante a violação de normas menos graves e punível com uma sanção pecuniária denominada coima, que não é convertível em prisão. Existem em número bastante expressivo, em virtude de terem vindo a substituir as contravenções.¹⁶¹

A competência para o seu processamento cabe a diversas entidades administrativas, que procedem à instrução do processo e aplicação da coima (e, eventualmente, de sanção acessória). Os Tribunais são competentes para apreciar os recursos das decisões das entidades administrativas que aplicam as coimas.

A opção do legislador em constituir mera contra ordenação, defendendo por mera aparência o bem jurídico supra individual da família, acaba por colmatar inconsistência porque se afinal se pretende defender a família e o superior interesse da criança resultante das técnicas da PMA., qual o motivo para mais à frente, no número 1 do artigo 22.º da citada Lei¹⁶², não resultar a criminalização desse comportamento e também, no número 3 do mesmo artigo¹⁶³, ser considerada lícita a inseminação *post mortem* em mãe viúva.

Na verdade entendemos, salvo sempre melhor opinião, que a restrição e a proibição resultando da norma, não tem como principal objetivo a proteção do bem jurídico supra individual da família nem o fundamental superior interesse da criança,

¹⁶⁰ Veja-se neste sentido o mencionado no Parecer número 63 do CNECV emitido em Março de 2012, disponível na Internet: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php>. (acedido em 13/07/2013)

¹⁶¹ V.g. no domínio rodoviário – Código da Estrada.

¹⁶² Que refere: “*Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação*”

¹⁶³ Que dispõe: “*É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.*”

mas sim, a proteção de uma certa moralidade social que a sociedade portuguesa afinal não ultrapassou.

A Lei adotou uma conceção subsidiária de procriação medicamente assistida, na qual o prévio diagnóstico de infertilidade, constitui requisito geral de acesso às técnicas¹⁶⁴, contudo existem situações específicas, designadamente em caso de tratamento de doenças graves ou, até mesmo, perante o risco de transmissão de doenças, em que é possível mesmo assim recorrer às técnicas de PMA¹⁶⁵.

É essencial que se enuncie o interesse legítimo do Estado para impor tal proibição e sanção, o que manifestamente até à presente data não sucedeu, para que o Estado não caia numa desconsideração censurável da autonomia das pessoas e consequentemente não crie grupos de pessoas socialmente desfavorecidas, pelo diferente tratamento no que respeita à liberdade de procriação.

A norma não só apresenta contradições no que respeita ao seu enquadramento na Lei como inclusivamente o seu texto enferma manifestamente de discriminação em razão da orientação sexual ao prever a expressão “*de sexo diferente*”.

Veja-se que da feitura da norma até à presente data o contexto social e político legislativo da sociedade portuguesa evoluiu bastante, como já tivemos oportunidade de referir, acrescentando que em 2010, a Recomendação emanada do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género¹⁶⁶, veio sublinhar a importância de garantir a igual dignidade de todas as pessoas, sem quaisquer distinções, como no sexo, raça, cor, língua, religião, entre outras.

E, veio no âmbito do direito ao respeito pela vida privada e familiar, referir que: “18. Os Estados-Membros devem assegurar que seja revogada toda a legislação discriminatória criminalizando atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo

¹⁶⁴ Vide: n.º 1 do artigo 4.º da Lei 32/2006 de 26/07.

¹⁶⁵ Vide: n.º 2 do artigo 4.º da Lei 32/2006 de 26/07.

¹⁶⁶ Recomendação CM/Rec (2010)5 do Comité de Ministros aos Estados Membros, disponível na Internet: http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Documents/RecCM2010_5_EN.asp. (acedido em 13/07/2013)

(...) *deverem adotar as medidas apropriadas para que as disposições de direito penal que, devido à sua formulação, possam prestar-se a uma aplicação discriminatória sejam revogadas, emendadas ou aplicadas de uma maneira compatível com o princípio da não discriminação*”.

Também que: “24. *Sempre que a legislação nacional reconheça as uniões registadas entre pessoas do mesmo sexo, os Estados-Membros devem procurar assegurar que o estatuto jurídico e os direitos e as obrigações destas pessoas sejam equivalentes aos dos casais heterossexuais numa situação compatível.*” (negrito e sublinhado nosso)

E especialmente que:

“26. *Tendo em conta o fato de que o interesse superior da criança deve ser a consideração primordial em decisões relativas à responsabilidade parental ou à tutela de um menor, os Estados-Membros devem assegurar que tais decisões sejam tomadas sem discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género.*

27. *Tendo em conta que o interesse superior da criança deve ser a consideração primordial em decisões relativas à adoção de uma criança, os Estados-Membros cuja legislação permita a adoção de menores por pessoas solteiras devem assegurar que a lei seja aplicada sem discriminação fundada na orientação sexual ou na identidade de género.*

28. *Sempre que a legislação nacional permita o tratamento de reprodução assistida para mulheres solteiras, os Estados-Membros devem assegurar o acesso a esse tratamento sem discriminação em razão da orientação sexual.*” (negritos e sublinhados nossos)

E quanto à saúde, referindo ainda a citada Recomendação, que: “33. *Os Estados-Membros devem adotar medidas legislativas e outras apropriadas para assegurar o gozo efetivo dos mais elevados padrões de saúde atingíveis, sem discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género (...)*”. (negrito e sublinhado nosso)

Assim, verificamos que, mesmo tendo a opção do legislador sido a de prever uma contra ordenação em caso de violação do disposto no n.º 1 do art. 6.º da LPMA., esta tratando-se de direito sancionatório, deverá mesmo assim ser justificada, uma vez que trata-se de norma que diferencia de forma discriminatória em razão da orientação sexual, o acesso aos tratamentos a determinadas pessoas, restringindo-as na sua autonomia.

O legislador ao proibir como o fez, no n.º 1 do artigo 6.º da Lei da PMA. com a aplicação de mera contra ordenação, optou por defender o critério do bem jurídico. Porém, a citada norma em si mesma é reveladora de carácter manifestamente criminal, pese embora, perante a sua violação, não seja aplicada pena de prisão mas sim uma coima.

Da violação do número 2 do artigo 6.º da Lei da PMA. resultou por parte do legislador a incriminação de tal comportamento, o que nos suscita algumas dúvidas, tendo como padrão crítico de análise o princípio jurídico constitucional do direito penal do bem jurídico, porquanto a violação do referido artigo constitui crime e contra ordenação, pese embora o Regime Geral das Contra Ordenações o exclua.

E, prevê ainda a referida norma, o limite mínimo de idade de dezoito anos sem previsão de limite máximo e, ainda que o beneficiário não poderá estar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, perguntamo-nos o que poderá suceder, nos casos de emancipação e consentimento prestado aos dezasseis anos, que manifestamente é permitido por lei¹⁶⁷?

Se o Código Penal prevê que o consentimento pode ser prestado a partir dos dezasseis anos, significa que entre os dezasseis e os dezoito anos, a ilicitude de

¹⁶⁷ *Cfr.* resulta do disposto nos artigos 132.º e 133.º com remissão para o disposto na alínea a) do artigo 1601.º e 1600.º, todos do CC. relativamente à emancipação e artigo 38.º do CP. relativamente ao consentimento.

determinado comportamento está excluída pela ordem jurídica, deixando por conseguinte, o fato de ser punível, a título de causa de exclusão de ilicitude¹⁶⁸.

Ora, a Lei da PMA. impõe no seu número 2 do artigo 6.º, que tal consentimento seja concedido a partir dos dezoito anos, pelo que em cumprimento do princípio *lex specialis derogat legi generali*, teremos que considerar o fato punível quando praticado naqueles casos.

Também se refletirmos acerca do crime constante do artigo 168.º do CP. sob a epígrafe “Procriação artificial não consentida” e da agravação constante no número 1¹⁶⁹, 5¹⁷⁰ e 6¹⁷¹ do artigo 177.º do Código Penal, verificamos que naqueles casos, as penas de prisão são consideravelmente agravadas nos seus limites mínimos e máximos, enquanto no artigo 35.º sob a epígrafe “Beneficiários” da Lei da PMA. a pena é fixa.

Existirá alguma justificação para tal diferenciação de tratamento?

Concluimos em nossa modesta opinião, que porventura a solução do legislador não foi a mais adequada, porque afinal não poderá resultar a inadequação de determinadas sanções como verificamos atrás sucederem.

Ao restringir, sancionar e até criminalizar certos comportamentos como sucede na Lei da PMA. estamos sem dúvida a dar espaço para muitas mais violações do que aquelas que o Estado e a sociedade portuguesa pretendem evitar.

Se o Estado pretende evitar a prática de determinados comportamentos sociais não pode impor à sociedade, legislação que leva a que sejam praticadas mais violações

¹⁶⁸ Veja-se o disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 31.º do CP.

¹⁶⁹ Que dispõe: “As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima: a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou b) Se encontrar numa relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.”

¹⁷⁰ Que refere: “As penas previstas nos artigos 163.º, 164.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 16 anos.”

¹⁷¹ Que dispõe: “As penas previstas nos artigos 163.º, 164.º, 168.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.”

do que aquelas que pretende evitar, porque tal não faz qualquer sentido, nem representa a atual sociedade democrática em que vivemos.

Capítulo 3 – Beneficiários da PMA. face ao direito comparado

3.1. Breve enquadramento geral

A legislação portuguesa relativa à procriação medicamente assistida em nossa modesta opinião, não veio trazer nada de novo, relativamente às legislações sobre a matéria já existentes em outros Estados Membros, veio apenas a configurar um regime misto, baseado por um lado no regime permissivo¹⁷² e, por outro, no regime não permissivo¹⁷³.

Se por um lado, temos características na Lei da PMA. portuguesa que se assemelham a uma legislação permissiva, designadamente a possibilidade de realização excecional da inseminação *post mortem* e de realização da inseminação heteróloga, por outro, temos ainda características que se assemelham a uma legislação restritiva, como a restrição do acesso à PMA. a certos beneficiários e, pelo facto das técnicas consubstanciaram método subsidiário e não alternativo de procriação.

A atual sociedade portuguesa à semelhança dos restantes países europeus acompanhou uma evolução social que tem vindo a fazer com que os conceitos de família, paternidade e maternidade se alterassem, como aliás já referimos.

E, pese embora, para muitos (os mais conservadores) reflitam e considerem que estamos a viver anos em que já não se dá valor à família, o que realmente evoluiu foi o conceito de família e como esta é constituída.

¹⁷² V.g. espanhol.

¹⁷³ V. g. italiano.

As Leis da PMA, a nível europeu são divergentes entre si, isto porque a única diretriz existente para que haja alguma convergência, provém dos diplomas emanados pelo Conselho da Europa.

O Conselho da Europa tem sido o principal órgão institucional, a emanar diversas linhas gerais orientadoras, quanto à procriação medicamente assistida e seus principais aspetos jurídicos a serem seguidos, contudo deixou o caminho livre aos vários Países integrados na União Europeia¹⁷⁴ para legislarem quanto à matéria, por forma a garantirem o seu cumprimento.

Daí que o resultado tenha sido o de que, cada País tendo em conta as suas diferenças sócio culturais, optasse por legislar de forma distinta.

Assim é da análise das legislações estrangeiras análogas ou não à nossa, que ao comparar os diferentes sistemas legislativos, alcançaremos uma visão da evolução normativa da matéria e possivelmente o que de futuro podemos esperar.

Vejamos, no que respeita às diferentes normas, que se reportam aos beneficiários e respetivas sanções em caso de sua violação, quais as principais diferenças existentes, para uma melhor análise e compreensão.

3.1.1. Experiência italiana

Em Itália é a Lei número 40 de 19 de Fevereiro de 2004¹⁷⁵ sobre normas da procriação medicamente assistida, que veio a estabelecer uma regulamentação *ex novo*

¹⁷⁴ Atualmente com 28 estados membros, designadamente: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Roménia e, Suécia, disponível para consulta na Internet: http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm (acedido em 21/09/2013)

¹⁷⁵ Lei publicada na *Gazzetta Ufficiale*, n. 45 de 24/02/2004.

sobre a matéria, que naquele País, não havia sido ainda regulada, a qual se mantém até hoje¹⁷⁶.

A citada Lei, veio a considerar a procriação medicamente assistida como um recurso a utilizar apenas em caso da inexistência de outros métodos terapêuticos eficazes para eliminar as causas de infertilidade ou esterilidade, enunciando explicitamente que a mesma, não é um método alternativo ao natural, é sim o último recurso terapêutico contra a esterilidade ou infertilidade¹⁷⁷, ou seja, meramente subsidiário¹⁷⁸.

Tendo em conta o propósito da referida Lei italiana, esta veio a permitir apenas a procriação homóloga e não a procriação heteróloga¹⁷⁹, ou seja, apenas veio permitir o uso das técnicas através de gâmetas do casal, excluindo por completo, os doados por terceiros.

E ainda, veio limitar no artigo 5. sob a epígrafe «*Requisiti soggettivi*» da citada Lei, o acesso às técnicas de procriação a casais de sexo diferente, casados ou unidos de facto, em idade potencialmente fértil e ambos vivos, dispondo que: “*Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.*”¹⁸⁰

¹⁷⁶ Pese embora, tenha sido alvo de um referendo (Junho de 2005), o mesmo veio a ser declarado nulo, porquanto não foi alcançada a votação necessária (50% mais um) por parte dos italianos, apenas 25,9% dos italianos votou.

¹⁷⁷ Veja-se a esse título, o enunciado no artigo 1º, da Legge 19 febbraio 2004, n. 40, sob a epígrafe “*Finalità*” que refere: “*1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.*”

¹⁷⁸ Regime aliás semelhante ao português, consagrado na Lei que serve de base à presente Dissertação - Lei n.º 32/2006 de 26/07.

¹⁷⁹ Restrição que consta no n.º 3 do artigo 4. da da Legge 19 febbraio 2004, n. 40 que dispõe: “*È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.*”

¹⁸⁰ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «*Sem prejuízo do disposto no artigo 4 º, parágrafo 1 º, podem ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, os casais maiores de sexo diferentes, casados ou em coabitação, em idade fértil e vivos.*»

Assim, verificamos que em Itália, são beneficiárias das técnicas de procriação medicamente assistida, somente as mulheres casadas ou as unidas de facto, em que ambos os membros do casal prestem conjuntamente o seu consentimento para aceder às técnicas.

Ficam assim logo à partida excluídas as mulheres solteiras, mulheres em idade avançada, as viúvas e os casais homossexuais.

Ora, como em Itália também em Portugal, o regime legal existente em torno da procriação medicamente assistida restringe o acesso a beneficiários em função de características pessoais, designadamente a sua orientação sexual, estado civil, entre outras.

Contudo é visível que o regime italiano vai além do regime português restringindo o acesso a mais beneficiários¹⁸¹.

A Lei italiana é extremamente restritiva e nesse sentido apenas permite que a paternidade legal seja correspondente à paternidade biológica.

Talvez a experiência normativa italiana se fique a dever em parte, ao facto de que, a sociedade italiana é extremamente conservadora e, principalmente por estar intrinsecamente ligada à Igreja Católica, a qual exerce muita pressão nesta área, por ser-lhe completamente alheia, a ideia da possibilidade da reprodução que não seja praticada pelo método natural.

Por se tratar de matéria controversa, foi o diploma alvo de apreciação constitucional¹⁸² pelo Tribunal Constitucional italiano (Corte Costituzionale), o qual veio a declarar inconstitucional a obrigação de única transferência e a proibição de produzir o máximo de três embriões por ciclo.

¹⁸¹ Veja-se a esse título a restrição à fecundação *post mortem* enunciada no artigo 5. da citada Lei italiana.

¹⁸² *Vide* Sentença n.º 151/2009 de 08/05 do Tribunal Constitucional italiano, disponível na Internet <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=151> (acedido em 19/10/2013)

Tal Sentença não afetou porém as disposições existentes relativas às restrições dos beneficiários, respetivas sanções em caso de violação, nem apreciou o carácter subsidiário da Lei e a proibição existente a nível da procriação heteróloga¹⁸³.

Verificamos assim que Itália possui um regime legal que se inclui nos mais restritivos (tendo por base a União Europeia) quanto à procriação medicamente assistida.

Contudo, quanto às sanções previstas para a violação do disposto no artigo 5. da Lei número 40 de 19 de Fevereiro de 2004, está prevista apenas uma sanção administrativa pecuniária de 200.000,00€ (duzentos mil euros) a 400.000,00€ (quatrocentos mil euros).

Tal sanção vem regulada no número 2 do artigo 12 da citada Lei, sob a epígrafe “*Divieti generali e sanzioni*”, que dispõe: “*Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro*”.¹⁸⁴

Ora, Itália pese embora possua um regime legal restritivo, optou por apenas incluir na sua Lei da procriação medicamente assistida sanção administrativa para a violação do artigo 5., deixando assim de parte o direito penal, que apenas deverá ser utilizado em última instância.

Itália possui assim uma norma única para delimitar quais os beneficiários das técnicas de PMA. e, na qual, incluiu também a maioria como requisito.

¹⁸³ Não obstante o TEDH. ter-se pronunciado acerca da matéria, condenando a Áustria pela proibição da procriação heteróloga em 01/04/2010 (caso S.H. y outros c. Áustria) e condenando Itália, pelo mesmo motivo, em 28/08/2012 (caso Costa e Pavan c. Itália).

¹⁸⁴ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «*Qualquer um, que a qualquer título, em violação do disposto no artigo 5., que se aplica às técnicas de procriação medicamente assistida em casais e cujos requisitos não estão preenchidos, não convivência ou um for a menor ou que são compostos de indivíduos do mesmo sexo ou não casados ou viúvos, será punido com uma multa de 200.000 a 400.000 euros.*»

Pelo que, nesta parte diverge o regime italiano do regime legal português.

3.1.2. Experiência francesa

Em França, a procriação medicamente assistida está regulada no Código Civil e, não em legislação avulsa como em Portugal, na secção III sob a epígrafe “*De l’assistance médicale à la procréation*” do capítulo I do Título VII, nos artigos 311-19 e 311-20¹⁸⁵.

Para tanto, dispõe o artigo 311-19, o seguinte: “*En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l’auteur du don et l’enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l’encontre du donneur.*”¹⁸⁶

E, o artigo 311-20, que:

“Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l’intervention d’un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d’établissement ou de contestation de la filiation à moins qu’il ne soit soutenu que l’enfant n’est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d’effet.

Le consentement est privé d’effet en cas de décès, de dépôt d’une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant

¹⁸⁵ Cuja redação atual resulta da “*Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005*”, disponível na Internet: <http://www.legifrance.gouv.fr> (acedido em 20/10/2013)

¹⁸⁶ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «*Em caso de procriação medicamente assistida com um terceiro doador, nenhuma relação jurídica poderá ser estabelecida entre o autor do presente e a criança nascida da procriação. Nenhuma ação por danos poderá ser intentada contra o doador.*»

avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette assistance.

Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

*En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331.*¹⁸⁷

E ainda, o artigo 1.2141-2¹⁸⁸ do «Code de la santé publique», vem dispor quanto à matéria o seguinte:

“L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.

*L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation.*¹⁸⁹

¹⁸⁷ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «Os cônjuges ou companheiros, que, para procriar, recorrem a assistência médica que requer a intervenção de um terceiro doador, deve dar anteriormente, em condições que garantam a confidencialidade, o consentimento perante um juiz ou notário, que os informa das consequências do ato e em relação à paternidade. O consentimento dado à procriação medicamente assistida proíbe qualquer ação para o estabelecimento ou de contestação da paternidade, a menos que se argumente que a criança não nasce da procriação medicamente assistida ou que o consentimento foi ineficaz. O consentimento prestado é ineficaz em caso de morte, perante a apresentação de uma petição de divórcio ou separação judicial ou rescisão da comunhão de vida, que ocorra antes da conclusão da procriação medicamente assistida. É também sem efeito, se o homem ou a mulher revogar com o médico responsável pela implementação dessa assistência, por escrito, antes da conclusão da procriação medicamente assistida. Que quem, depois de ter consentido a procriação medicamente assistida, não reconhece a criança que é responsabilidade daí resultante para a mãe e para a criança. Nesse caso, a paternidade é judicialmente declarada. A ação segue as disposições das secções 328 e 331.»

¹⁸⁸ Na redação dada pelo artigo 33 da Lei n.º 2011-814 de 07/07/2011, disponível na Internet: <http://www.legifrance.gouv.fr> (acedido em 20/10/2013)

¹⁸⁹ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «A procriação medicamente assistida tem por objetivo remediar a infertilidade de um casal ou impedir a transmissão para a criança ou a um membro de um casal de doença particularmente grave. A natureza patológica da infertilidade deve ser clinicamente diagnosticada. O homem e a mulher que formam o casal devem viver juntos, em idade fértil e dar consentimento prévio para a transferência de embriões ou para a inseminação. É

Resulta assim das referidas disposições, que em França a procriação medicamente assistida está principalmente destinada a responder aos problemas de infertilidade medicamente diagnosticados que, um casal possa vir a ter ou para evitar a transmissão de doença grave à criança ou a um dos membros do casal.

E que, para que estes casais, possam recorrer às técnicas da procriação medicamente assistida têm que reunir os requisitos enumerados, designadamente, formar um casal que resida conjuntamente, que estejam casados ou unidos de facto há pelo menos dois anos e, que ambos estejam em idade fértil¹⁹⁰, que prestem o consentimento prévio para a transferência de embriões ou para a inseminação e ainda que estejam ambos vivos.

É permitida a procriação heteróloga¹⁹¹ e vedada a maternidade de substituição à semelhança do regime legal existente em Portugal.

Quanto aos beneficiários, em França são somente as mulheres casadas ou as unidas de facto, em que ambos os membros do casal prestem conjuntamente o seu consentimento para aceder às técnicas.

Ficam desde logo à partida excluídas de aceder às técnicas, as mulheres solteiras, mulheres em idade avançada, as viúvas e os casais homossexuais.

Tem vindo a ser muito discutida a alteração da Lei da procriação medicamente assistida em França, inclusivamente tem sido alvo de debate popular.

À semelhança do que se está a passar nos restantes países, em França também o casamento entre pessoas do mesmo sexo veio a ser legalizado¹⁹² pela Lei n.º 2013-404

impedimento da inseminação ou transferência de embriões, a morte de um dos membros do casal, o depósito de um pedido de divórcio ou separação judicial ou rescisão da comunhão de vida, e a revogação com o médico responsável pela implementação da procriação medicamente assistida, por escrito, do consentimento por parte do homem ou da mulher.»

¹⁹⁰ Idade que é compreendida na Lei até aos 40 anos.

¹⁹¹ Vide artigo 1.2141-3 do «Code de la santé publique».

¹⁹² Aprovação, que foi alvo de contestação popular, tendo sido organizadas manifestações que se prolongaram por todo o País, mas principalmente em Paris.

de 17/05/2013¹⁹³, a qual, veio também permitir que aqueles casais possam adotar crianças conjuntamente.

Pese embora, a grande alteração legislativa francesa, não foi ainda, incluída a alteração da Lei da Procriação Medicamente Assistida.

França à semelhança de Portugal possui um regime legal, quanto à procriação medicamente assistida, considerado misto (uma mistura entre restritivo¹⁹⁴ e permissivo¹⁹⁵) porquanto, reúne características restritivas e permissivas, apontando-se como única diferença, a possibilidade existente em Portugal de inseminação *post mortem*.

Relativamente às sanções decorrentes da violação do disposto no artigo L.2142-2 do «*Code de la santé publique*», respeitante aos requisitos dos beneficiários verificamos que o artigo L2152-8 do mesmo Diploma, vem punir quem efetuar as técnicas, para fins distintos dos ali impostos.

E, para tanto, prevê o citado artigo o seguinte: “*Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141- 2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.*”¹⁹⁶

A referida norma consubstancia-se numa reprodução do estabelecido no artigo 511-24 do Código Penal francês¹⁹⁷.

Assim, para garantir que os fins e os requisitos impostos no artigo L. 2141 – 2 não são violados, designadamente as condições especiais reservadas aos beneficiários

¹⁹³ Disponível para consulta, na Internet: <http://www.legifrance.gouv.fr> (acedido em 20/10/2013)

¹⁹⁴ V.g. regime italiano.

¹⁹⁵ V.g. regime espanhol.

¹⁹⁶ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «*Realizando as técnicas de reprodução medicamente assistida para fins que não os definidos no artigo L. 2141-2, do Código de Saúde Pública é punido por cinco anos de prisão e 75.000 euros de multa.*»

¹⁹⁷ Disponível para consulta, na Internet: <http://www.legifrance.gouv.fr> (acedido em 20/10/2013)

das referidas técnicas, é prevista uma pena de prisão de cinco anos e uma pena de multa de 75.000,00€ (setenta e cinco mil euros).

A pena de prisão prevista no regime sancionatório francês é consideravelmente mais baixa que a moldura penal existente em Portugal, porque como vimos, a moldura penal portuguesa vai dos dois anos até aos oito anos de prisão, contudo a pena de prisão em França é de apenas cinco anos.

Porém, esta pena em França é cumulada com uma multa no montante de 75.000,00 euros (setenta e cinco mil euros).

Logo, concluímos que as sanções francesas vigentes na matéria, têm um peso considerável para a manutenção e imposição de regime que muito possivelmente será revogado, tendo em conta as alterações sociais que se têm vindo a refletir na sociedade francesa.

Contudo, não podemos prever o que vai suceder nem quando irá suceder, porém sabemos que estando a adoção conjunta legalizada atualmente entre pessoas do mesmo sexo em França é de todo razoável, pôr em consideração que, beneficiários como mulheres solteiras, viúvas ou casais do mesmo sexo, recorram em plenas condições de igualdade também às técnicas da procriação medicamente assistida independentemente da orientação sexual que possuam.

Verificamos que, nem no regime legal português nem no francês, existe até ao momento qualquer explicação para o Estado vedar o acesso de determinados beneficiários às técnicas da PMA.

3.1.3. Experiência espanhola

Em Espanha, com a entrada em vigor da Lei número 14/2006 de 26 de Maio¹⁹⁸ relativa às técnicas de reprodução assistida, foram revogadas todas as disposições anteriores, designadamente e, em particular, as Leis números 35/88 e a 45/2003.

A primeira delas - a Lei número 35/1988 - foi promulgada com o intuito de criar segurança jurídica perante o progresso científico¹⁹⁹, promovendo e facilitando ao mesmo tempo, o avanço da investigação científica e tecnológica respeitando os direitos e liberdades fundamentais dos homens²⁰⁰.

Pelo que, seguindo estas orientações fundamentais, a referida Lei, acabou por ser consagrada com carácter subsidiário, resultando assim como requisito imprescindível para a admissibilidade às técnicas a esterilidade humana, semelhante ao atual regime legal existente em Portugal²⁰¹.

E também a primeira Lei, não limitava o número de óvulos a fecundar por ciclo e permitia a conservação de embriões por um período de cinco anos, sendo que ao fim deste tempo os mesmos não tinham destino²⁰².

Como consequência das imprecisões da primeira Lei, veio a ser promulgada em Espanha uma segunda²⁰³, com o intuito de definir o destino dos embriões conservados sem destino e ainda para evitar a regeneração de novos embriões sobrantes no futuro.

¹⁹⁸ Publicada em Espanha no BOE, n.º 126, 27/05/2006, pp. 19947-56.

¹⁹⁹ *Cfr.* resulta dos motivos da Lei, parte II, da Ley 35/1988 de 22/11 sobre técnicas de reproducción asistida.

²⁰⁰ *Cfr.* resulta dos motivos da Lei, parte I, da Ley 35/1988 de 22/11 sobre técnicas de reproducción asistida.

²⁰¹ Regime consagrado na Lei que serve de base à presente Dissertação - Lei n.º 32/2006 de 26/07.

²⁰² Se estima que em Espanha no ano de 2003 foram criopreservados 200.000,00 embriões dos quais 60.000,00 teriam mais de cinco anos, *cfr.* El País (Espanha) 5 de julho de 2003, p. 30.

²⁰³ A referida Lei espanhola n.º 45/2003 de 21/11 sobre «técnicas de reproducción asistida».

Contudo, considerando que a Lei número 45/2003 de 21/11 só deu parcialmente resposta às necessidades existentes, principalmente no que respeita à limitação para investigar com os embriões congelados e tendo em conta o limite imposto de três ovócitos a fecundar por ciclo, situações que dificultavam a prática das técnicas de reprodução assistida²⁰⁴, veio a terceira e atual lei espanhola²⁰⁵ a alterar o regime existente e, a revogar por completo a primeira Lei²⁰⁶, consagrando diferentes níveis de valorização para o concebido, de acordo com as diferentes etapas do processo de procriação, também aplicando as técnicas a fins distintos da procriação humana e consequentemente eliminando a esterilidade como requisito de acesso.

A nova lei espanhola revelou-se um marco significativo de mudança.

Porquanto, ao alterar a esterilidade como requisito de acesso às técnicas, veio a consagrar a reprodução assistida como um direito de toda a pessoa em plenas condições de igualdade.

E para tanto, no que respeita aos beneficiários das referidas técnicas, que nos importa especialmente ao nosso tema, veio o número 1 do artigo 6.º, a dispor:

“Artículo 6. Usuarios de las técnicas.

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

*La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. (...)*²⁰⁷

²⁰⁴ Vide exposição de motivos da Ley 14/2006 de 26/05, que refere entre o mais, o seguinte: “(...) lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer (...)” disponível na Internet: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292 (acedido em 23/09/2013)

²⁰⁵ Reputamo-nos à lei espanhola n.º 14/2006 de 26/05.

²⁰⁶ Reputamo-nos à lei espanhola n.º 35/1988 de 22/11.

²⁰⁷ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «Artigo 6. Beneficiários das técnicas 1. Toda a mulher maior de 18 anos e com plena capacidade para o trabalho poderá ser beneficiária das técnicas reguladas nesta Lei, sempre que haja prestado seu consentimento escrito por forma livre, consciente e expressa. A mulher poderá ser beneficiária das técnicas reguladas na presente Lei independentemente do seu estado civil e sua orientação sexual.»

Se analisarmos o artigo comparativamente com outras legislações existentes na matéria, verificamos que a alteração levada a cabo por Espanha é única e inovadora²⁰⁸.

Este artigo veio a permitir que os bebés, resultantes da procriação medicamente assistida, não tivessem pai podendo ser filhos de mulheres solteiras ou de um casal de mulheres.

É novidade que foi levada a cabo, no sentido de, alcançar um dos três propósitos²⁰⁹ levados a cabo pela Lei espanhola, que se consubstanciava no de que a Lei não exigisse na aplicação de uma técnica, causa de infertilidade ou esterilidade humana²¹⁰.

Assim, tal alteração, resultou na possibilidade de aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida a pessoas férteis que podem procriar naturalmente, como aquelas que são portadoras de enfermidades genéticas e, mesmo, em mulheres solteiras.

Vejamos, à semelhança do que sucedeu em Portugal, em Espanha também o casamento entre pessoas do mesmo sexo veio a ser permitido²¹¹, tendo também posteriormente (e aqui divergindo de Portugal) a matéria da reprodução medicamente assistida sido objeto de alteração, passando a exigir os mesmos requisitos para os casais homossexuais compostos de duas mulheres e para os casais heterossexuais²¹².

Houve uma nítida alteração social e um ponto de viragem que levou a que o direito da família tivesse que se adaptar à realidade social espanhola.

²⁰⁸ Vide a este título: Roberto Germán Zurriarán que refere: “*A raíz deste artículo se inaugura, en España (...) in Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Determinación Legal de La Filiación Y Usuárias en el Derecho Comparado, Cuad. Bioét. XXII, 2011/2º, pág. 206.*”

²⁰⁹ É possível identificar três objetivos no n.º 1 do art. 1 da Lei espanhola, designadamente: obter mais êxito na aplicação das técnicas; admitir as técnicas de reprodução assistida para fins alheios à reprodução humana; consagrar a reprodução humana como um direito de toda a pessoa.

²¹⁰ Verificamos que o artigo 1º da Lei n.º 35/1988 impunha que as técnicas só poderiam ser utilizadas em caso de esterilidade humana para facilitar a procriação ao não existir terapias alternativas, norma esta que foi revogada pela Lei n.º 14/2006.

²¹¹ Desde a aprovação da «Ley 13/2005, de 1 de Julio (BOE, núm. 157, 2 de julio, pp. 23632-34)».

²¹² Vide: Roberto Germán Zurriarán – Técnicas de ..., cit. [n. 208], p. 207.

Tal alteração foi alvo de polémicas e debates, mas felizmente para muitos, no qual se inclui **J. A. Souto** “*limitar o excluir a la mujer soltera de este proceso, podría ser un atentado a un derecho constitucionalizado*”.²¹³

Assim «beneficiária» pela Lei espanhola é toda e qualquer mulher, independentemente de ser casada, estar unida de facto ou simplesmente só.

Esta norma está em visível concordância com o estatuído no artigo 2.º da Lei espanhola n.º 14/2006 de 26/05²¹⁴, tendo em conta os direitos fundamentais estatuídos e reconhecidos na Constituição espanhola de 1978, onde expressamente no artigo 14, se consigna que: “*(...) los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.*”²¹⁵

Também expressamente no artigo 18.º da Constituição espanhola de 1978, se dispõe que: “*(...) se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.²¹⁶

E ainda, no n.º 2 do artigo 39.º, do mesmo Diploma, que: “*(...) los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la*

²¹³ Vide «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», número 376, 1985. Disponível na Internet: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones> (acedido em 23/09/2013)

²¹⁴ Que refere: “*Artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida.*

1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo. 2. La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental. 3. El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.”

²¹⁵ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «(...) os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer a discriminação por alguma razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.»

²¹⁶ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «(...) garante-se o direito à intimidade pessoal e familiar e a própria imagem.»

*ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquier que sea su estado civil.”*²¹⁷

Espanha é sem dúvida o País que, na União Europeia, adotou regime normativo mais aberto e permissivo em termos dos beneficiários da procriação medicamente assistida, porque não só garante a toda a mulher o acesso às técnicas de reprodução assistida, como para além disso, verificamos que em termos de sanções foi extremamente coerente²¹⁸.

A referida Lei, enuncia que as infrações da reprodução medicamente assistida são objeto de sanções administrativas, sem prejuízo da aplicação da responsabilidade civil, penal ou outra concorrente (*cf.* dispõe o artigo 24.º/2.²¹⁹) e, também que, a aplicação de qualquer sanção penal, excluirá a aplicação de sanção administrativa (*cf.* dispõe o artigo 24.º/3. *ab initio*²²⁰) e, que em nenhum caso, se deverá verificar um duplo sancionamento pela violação dos mesmos direitos e em função dos mesmos interesses (*cf.* dispõe o artigo 24.º/3. *in fine*²²¹).

Logo da referida Lei, só resultam a aplicação de sanções administrativas, que são divididas em infrações *leves*, *graves* e *muito graves*, tendo em conta a gravidade das mesmas (*cf.* resulta do disposto no n.º 1 do artigo 26.º da Lei).

As infrações *graves* e *muito graves* vêm expressamente previstas na Lei espanhola número 14/2006 de 26/05, respetivamente, na alínea b) e c) do n.º 2 do artigo 26.º, que dispõem:

“b) Son infracciones graves:

²¹⁷ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «(...) os poderes públicos asseguram, assim mesmo a proteção integral dos filhos, iguais perante a lei e independentemente da sua filiação e de suas mães, qualquer que seja o seu estado civil.»

²¹⁸ Comparativamente ao regime sancionatório português (*infra* pp. 46-55).

²¹⁹ Que dispõe: *“Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.”*

²²⁰ Que refere: *“(…) La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.”*

²²¹ Que enuncia: *“(…) En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.”*

- 1.^a La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.
- 2.^a La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.
- 3.^a La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso.
- 4.^a La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual.
- 5.^a La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley.
- 6.^a La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6.
- 7.^a La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3.
- 8.^a La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas.
- 9.^a La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.
- 10.^a En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.
- 11.^a La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas.
- 12.^a El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

c) Son infracciones muy graves:

- 1.^a Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.
- 2.^a La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2.
- 3.^a La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.
- 4.^a La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley.
- 5.^a La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora.
- 6.^a La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres.
- 7.^a La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos.
- 8.^a La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.

9.^a *La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos.*
10.^a *La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.*”

Quanto às infrações leves, poderão ser todas aquelas que, decorrem do incumprimento de qualquer obrigação ou transgressão de qualquer proibição estabelecida na citada Lei e, que não estão contempladas no elenco das infrações graves e muito graves *cf.* dispõe a alínea a) do número 2 do artigo 26.º da citada Lei.

Verificamos então, que a violação do artigo 6, não se enquadrando em nenhuma das alíneas correspondentes às infrações graves ou muito graves, só poderá dar lugar a uma infração leve, a qual é sancionada com uma multa até 1.000,00€ (mil euros) conforme dispõe o número 1 do artigo 27.^{o222} e aplicada, tendo em conta o mencionado nos números 2, 3 e 4 do artigo 27.^{o223}.

E ainda que, a responsabilidade penal, nomeadamente os ilícitos criminais previstos em Espanha, em matéria da procriação assistida é a constante do Título V do Código Penal, ou seja, os artigos números 159.^{o224}, 160.^{o225}, 161.^{o226} e 162.^{o227}, sem que

²²² O qual enuncia que: “*Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; (...)*”.

²²³ Que referem: “*(...)2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia. 3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor. 4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción.*”

²²⁴ Que para uma melhor compreensão refere: “*Artículo 159 1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.*” Disponível na Internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t5.html#a159 (acedido em 05/10/2013).

²²⁵ Que para uma melhor compreensão refere: “*Artículo 160 1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años. 2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. 3. Con la misma pena se castigará la*

nestes, se encontre expressamente previsto ilícito criminal decorrente da violação do artigo que se reporta aos beneficiários da Lei da Procriação Medicamente Assistida²²⁸.

Tal inexistência, a nosso ver, resulta possivelmente do facto de a norma em causa ter abrangido na generalidade todas as mulheres, sem fazer qualquer delimitação de grupos²²⁹ em função da orientação sexual, idade, casamento, entre outras.

Resulta assim que, Espanha é pioneira, pelo menos desde a entrada em vigor da Lei número 14/2006 de 26/05 relativa à PMA., no entendimento de garantir a igualdade de acesso às técnicas de procriação a todas as mulheres.

Até ser alcançado este entendimento, foram várias as críticas formuladas²³⁰ e inclusivamente foi a Lei espanhola número 35/1988 de 22/11 na sua totalidade, alvo de recurso de inconstitucionalidade²³¹ para o Tribunal Constitucional Espanhol, relativamente a várias questões, entre as quais, interessando-nos especialmente a que se reporta à possibilidade de utilização das técnicas por mulheres solteiras e a relativa à inconstitucionalidade das infrações e sanções administrativas previstas na Lei.

creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Disponível na Internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t5.html#a159 (acedido em 05/10/2013).

²²⁶ Que para uma melhor compreensão refere: “Artículo 161 1. *Quien practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*” Disponível na Internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t5.html#a159 (acedido em 05/10/2013).

²²⁷ Que para uma melhor compreensão refere: “Artículo 162 *En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*” Disponível na Internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t5.html#a159 (acedido em 05/10/2013).

²²⁸ Vide: Artigo 6.1/1 Usuarios de las técnicas.

²²⁹ Contrariamente ao que consta do artigo 6º da Lei da PMA. portuguesa – *infra* pág. 40.

²³⁰ Veja-se neste sentido o exemplo mais significativo: Fernando Pantaleón *in* *Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida*, Jueces para la Democracia, 5 diciembre 1988, pp. 19-36.

²³¹ Para uma melhor compreensão veja-se: «Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad 376/1989. Promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y, subsidiariamente, contra distintos apartados de la misma.» Disponível na internet: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-15024# analisis (acedido em 06/10/2013).

Já a referida Sentença constitucional²³² esclarecia que a Constituição Espanhola não identifica o conceito de família que protege, nem que este tem origem no casamento, refere sim, que existem relacionamentos sem filiação e que a fertilização de qualquer mulher, independentemente do doador ser seu marido (vinculado pelo casamento) não viola o núcleo essencial da instituição família.

Para tanto, refere a douta sentença:

“(...) 13. Procede ahora examinar otro motivo impugnatorio formulado por los Diputaos recurrentes y mediante el que se aduce la infracción, imputable a determinados preceptos de la Ley 35/1988, de lo que aquéllos denominan garantía institucional de la familia.

Ha de precisarse que esta pretensión impugnatoria se subdivide en otras dos, más específicas y pretendidamente complementarias: la primera de ellas, concerniente a una supuesta arbitrariedad del legislador determinante de incongruencia y que se conecta con la pretendida inconstitucionalidad de los arts. 1, apartado 1, 6, 7, 8, 9 y 10; y, la segunda, relativa al régimen constitucionalmente garantizado de las relaciones paterno-filiales y la investigación de la paternidad (art. 39 C.E.) que los recurrentes consideran vulnerado por los arts. 5, apartados 1 y 5; 6, 7, 8 y 9 de la Ley enjuiciada.

(...) A partir de todos estos referentes normativos deducen los demandantes una serie de rasgos identificativos de la definición constitucional de familia, entre los que explícitamente se citan el matrimonio heterosexual y la posibilidad de que en él «se desprendan relaciones paterno-filiales, determinadas legalmente con arreglo al principio de seguridad jurídica». A estos rasgos configuradores de la imagen de la familia en la Constitución, les resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto por lo que, en definitiva, aquellas normas legales que desnaturalicen los perfiles sustantivos del instituto familiar han de considerarse contrarias a la Constitución.

Pues bien, con independencia de que todos los preceptos constitucionales invocados por los recurrentes, en rigor, solamente el art. 39.1 de la Constitución, proporciona un sustrato argumental a este motivo impugnatorio, y sin negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de «un reducto indisponible o núcleo esencial» del mismo (STC 32/1981, fundamento jurídico 3., últimamente reiterado en las SSTC 40/1998 y 109/1998), a cuya preservación «en términos re cognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 26/1987, fundamento jurídico 4.)», la Constitución obliga, no es menos cierto que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los Diputados recurrentes. Así, siendo evidente que en dicho precepto (art. 39.1 C.E.) se incluye la familia matrimonial (STC 45/1989, fundamento jurídico 4.), también lo es que nuestra Constitución «no ha identificado la familia a que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio», ni existe ninguna «constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante

²³² Referimo-nos à Sentença número 116/1999 de 17/06.

que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales – esa modalidad de vida familiar.

Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural (...)» (STC 222/1992, fundamento jurídico 5., reiterada en la STC 47/1993, fundamento jurídico 2.). Igualmente obvio resulta, pese a la rotundidad de alguna de las afirmaciones vertidas en el recurso, que, como es normal y arraigado en nuestra cultura, la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia (STC 222/1992, fundamento jurídico 4.)

En consecuencia, no puede establecerse un obligado paralelismo entre los perfiles constitucionales de la familia y el concepto de ésta, mucho más restringido, del que parten los recurrentes. En este sentido y apurando la argumentación actora, bien pudiera deducirse que la ratio ultima de su impugnación estriba en el hecho de que la Ley 35/1988 al permitir, mediante las técnicas de reproducción en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar. Esta tesis no puede ser, sin embargo, compartida, pues arranca de una identificación entre la familia natural y la jurídica que carece de todo respaldo constitucional. En efecto, quizá la prueba más palpable de esa necesaria diferenciación de planos y, por ende, de la autonomía de significado que adquiere el instituto de la familia en su concepción estrictamente jurídica, lo constituya el hecho comúnmente aceptado de que los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos (véanse, en este sentido, las Sentencias del T.E.D.H. de 13 de junio de 1979 (asunto: Marckx), 26 de mayo de 1994 (asunto Keegan v. Irlanda) y la de 27 de octubre de 1994 (asunto: Catharina Kroon, Ali Zerrouk y Sami M'Halleem-Driss v. Países Bajos). No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992).

Desde este entendimiento de la familia, es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por si mismas, un menoscabo de su protección constitucional ni, por lo tanto, del principio establecido en el art. 39.1 C.E. es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9 de la Ley. Por otra parte, el argumento de los recurrentes, en el sentido de que en los supuestos de adopción la diferencia entre la paternidad o maternidad biológica y la legal se justifica por razones de protección del interés del hijo, lo que no ocurre en relación con las hipótesis contempladas en la Ley 35/1988, supone desconocer la finalidad primera y justificativa de la propia Ley que es, precisamente, la de posibilitar la fecundación e, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia.”

Também, a mesma Sentença constitucional, reportou-se à admissibilidade das infrações e sanções administrativas previstas na Lei, que pese embora protejam

condutas que atentam contra o bem jurídico da vida humana, nada impede (ficando sob a alçada do Legislador) que estejam contempladas na citada Lei, em vez de, inseridas em Catálogo do Código Penal espanhol que constitui a categoria máxima do Direito sancionatório.

Referindo, a douda sentença a esse título, o seguinte:

“(...) 16. Como señalábamos en el fundamento jurídico 3., in fine, de esta Sentencia, al rechazar que la Ley 35/1988 tuviese que revestir el rango de Ley Orgánica ex art. 81.1 C.E., los Diputados recurrentes proyectaban específicamente esta impugnación, en principio de alcance general, al cuadro de infracciones y sanciones expresamente previsto en el art. 20 de la Ley, cuestión de la que ahora pasamos a ocuparnos.

(...)

En segundo lugar, aducen los recurrentes que el art. 20 de la Ley es inconstitucional por tipificar como infracciones meramente administrativas «conductas que por atentar al bien jurídico vida humana protegido por el art. 15 de la Constitución, y la dignidad del ser humano deben ser (...) delitos, es decir, infracciones catalogadas en el Código Penal con la máxima categoría del Derecho sancionador». En este sentido, y en sintonía con lo declarado en la STC 53/1988 y 212/1996, cumple recordar que la protección penal de los derechos fundamentales, o de determinados bienes constitucionales, no puede aspirar a revestir un carácter absoluto, aunque, en ciertos caos, la plena ausencia de esa garantía pueda ser un elemento suficiente para justificar el examen de la constitucionalidad de una ley a partir de un contraste entre la eficacia de la protección de un derecho fundamental ordenada por la Constitución y la finalmente dispensada por el legislador. Ahora bien, fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía última de los derechos. No existiendo una absoluta reserva de Ley Orgánica en materia sancionadora (por todas, vid. STC 119/1992), ni una obligación constitucionalmente impuesta al legislador de establecer la correspondiente sanción penal para todas y cada una de las interdicciones previstas en la Ley, es claro que la pretensión formulada por los actores carece de toda consistencia.

A ello hay que añadir que, en la actualidad y como consecuencia del ejercicio de esa libertad de configuración normativa que corresponde al legislador, varias de las conductas que se hallaban tipificadas como infracciones administrativas en la Ley impugnada concretamente las descritas en el art. 20.2.B), letras a), k), l) y v) han pasado a constituir delitos castigados en el vigente Código Penal (arts. 160 y 161), que asimismo ha dado nueva redacción a uno de los supuestos de infracción muy grave previsto en la Ley art. 20.2.B), letra r).”

Foi assim no desenvolvimento da tese de que deve ser garantido a toda a mulher o acesso às técnicas da procriação medicamente assistida que, a final com a Lei número 14/2006 de 26/05 se veio a efetivar tal entendimento, consagrando que a reprodução assistida é um direito de toda e qualquer mulher independentemente de qualquer causa de infertilidade ou esterilidade humana.

Pelo que Espanha, em termos de direito europeu comparado, constitui sem margem para dúvidas o País com legislação vigente mais permissiva, significando isto que, em termos normativos é o País que mais técnicas, permite e a um maior número de beneficiários.

Termos em que, constitui o único modelo normativo que defende e garante que a toda a mulher é permitida a PMA. em plenas condições de igualdade, sem que para tal, imponha qualquer tipo de restrição ou sanção criminal.

Constitui um modelo divergente do português no que respeita às condições de admissibilidade, às plenas condições de igualdade da mulher e ainda quanto à ausência do sancionamento criminal.

Se este modelo normativo constitui ou não o mais correto, não podemos ao certo responder, contudo constitui sem margem para dúvidas, um dos mais coerentes face à realidade social atual.

3.1.4. Experiência inglesa (Reino Unido)

No Reino Unido, país que detém um sistema de direito anglo saxão baseado na «common law»²³³, a procriação medicamente assistida está atualmente regulada pelos

²³³ Que por tradição, aplica normas gerais a partir de decisões judiciais proferidas e precedentes respeitantes a casos individuais, diferindo do nosso (românico germânico) na medida em que a generalidade das normas jurídicas, são aplicadas pelos juízes aos casos concretos.

seguintes normativos: «human fertilisation and embryology act 2008²³⁴» ou «HFE 2008» e pelo «human fertilisation and embryology act 1990²³⁵» ou «HFE 1990».

O «human fertilisation and embryology act 1990» constituiu o primeiro Diploma legal mundial a criar um sistema nacional de regulação do tratamento da fertilidade, que surgiu no seguimento do «1984 Warnock Report²³⁶», que se traduziu numa investigação ampla, que debateu as questões sociais, éticas e legais levantadas pelo nascimento do primeiro bebe de proveta²³⁷, em 1978.

Foi através das recomendações dadas pelo Comité Warnock que o «HFE 1990» veio a ser criado.

Por sua vez, o «human fertilisation and embryology act 2008», veio alterar algumas disposições do «HFE 1990» designadamente, no que respeita a assegurar a criação e o uso de todos os embriões humanos fora do corpo humano, no que respeita ao método utilizado para a criação dos mesmos que devem ser sujeitos a regulação; veio banir a seleção do sexo por razões não médicas; manteve o princípio do superior interesse da criança, quando está em causa, o tratamento de fertilidade mas removendo a expressão precisando de um pai; e ainda, providenciou pelo reconhecimento dos casais do mesmo sexo, como pais legais da criança concebida, usando métodos de procriação alternativos.

Pelo que, veio assim o «HFE 2008» estabelecer que não existem quaisquer restrições impostas para os beneficiários, quer ao nível do estado civil ou até mesmo quanto à orientação sexual, para aceder às técnicas da procriação medicamente assistida. Inclusivamente foi o citado Diploma que reconheceu como pais legais, os casais do mesmo sexo, que sejam beneficiários da PMA.

²³⁴ Disponível na Internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (acedido em 29/10/2013).

²³⁵ Disponível na Internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents> (acedido em 29/10/2013).

²³⁶ Disponível na Internet: <http://www.hfea.gov.uk/2068.html> (acedido em 02/11/2013).

²³⁷ Falamos de Louise Brown, o primeiro bebe a nascer desta tecnologia.

O «HFE 1990» especifica que a licença a obter pelos beneficiários para o tratamento da PMA. deve ter em conta o superior interesse da criança que vai nascer em resultado da mesma, incluindo a necessidade da criança «for a father²³⁸», assim como o interesse, de qualquer criança que venha a ser afetada pelo nascimento²³⁹.

Esta disposição poderia sugerir ou dar a entender que o tratamento poderia ser recusado a casais não unidos pelo matrimónio, casais do mesmo sexo ou mulheres solteiras²⁴⁰.

Contudo, noutros locais do Diploma «HFE 1990» estava regulado que a mulher ou o casal não unido pelo matrimónio, poderia ser beneficiário do tratamento, o que implica necessariamente que não havia a obrigatoriedade do casamento para os beneficiários do tratamento²⁴¹.

Assim veio o «HFE 2008» confirmar, explicitando que o tratamento da procriação medicamente assistida não carecia de um pai, removendo todas as referências que estavam colocadas no Diploma quanto a isso e, substituindo tal expressão, pela seguinte «supportive parenting²⁴²» sendo esta, considerada um pré requisito, para a submissão ao tratamento.

A seção 13(6) do Diploma «HFE 1990» foi alterada, de modo a, incluir especialmente os casais do mesmo sexo, passando a sua redação²⁴³ a: “*A woman shall not be provided with treatment services of a kind specified in Part 1 of Schedule 3ZA unless she and any man or woman who is to be treated together with her have been given a suitable opportunity to receive proper counseling about the implications of her*

²³⁸ Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «por um pai».

²³⁹ Vide: «HFO 1990», c. 37, § 13(5) (U.K).

²⁴⁰ Disposição que garantia os valores de uma família tida como a tradicional e a instituição do casamento, desencorajando os pais do mesmo sexo e solteiros, vide posição de Natalie Gamble e Louisa Ghevaert Partners, Gamble and Ghevaert LLP. In In Practice – The Human Fertilisation na Embryology Act 2008: Revolution or Evolution?, August (2009). Fam Law, pp. 730-731.

²⁴¹ Vide: «HFO 1990», c. 37, § 13(6) (U.K).

²⁴² Que traduzido para a língua portuguesa para melhor compreensão refere: «pais de apoio».

²⁴³ Disponível na Internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/14/enacted> (acedido em 01/11/2013).

being provided with treatment services of that kind, and have been provided with such relevant information as is proper”.²⁴⁴ (sublinhado nosso)

Ainda, a Parte 2 do Diploma «HFE 2008» veio a incluir, quanto à determinação legal de parentesco, aos casos da procriação medicamente assistida, iguais disposições quanto aos pais do mesmo sexo e casais de sexo diferente, de modo a que, inexistissem diferenças quanto à determinação legal de parentesco²⁴⁵.

A atribuição do parentesco por via direta da Lei constitui uma disposição de importante valor na defesa dos direitos e superior interesse da criança que provenha das técnicas de procriação medicamente assistida, porquanto não é habitual nos diversos sistemas legais, a existência de uma disposição que o garanta diretamente. Aliás, nos sistemas legais que acima referimos não existe disposição semelhante.

Porém, o Diploma «HFE 2008» foca apenas dois tipos de família, a constituída por casais de sexo diferente ou do mesmo sexo, é visível a diferença de tratamento relativamente às outras opções de constituição de família, como a título de exemplo a mulher solteira ou o pai solteiro, não nos parece muito coerente o Diploma quanto a esta parte.

Quanto ao limite da idade, no Reino Unido não se encontra qualquer restrição nos diplomas vigentes para que uma mulher não seja considerada beneficiária das técnicas de procriação medicamente assistida tendo em conta a sua idade.

Contudo, o sistema de saúde nacional²⁴⁶ daquele País recomenda que o limite considerado aceitável para a viabilidade do tratamento, ronda uma mulher nos seus quarenta anos de idade.

²⁴⁴ Que traduzido para a língua portuguesa, refere: «A uma mulher não devem ser prestados serviços de tratamento especificados na Parte 1 do Capítulo 3ZA a menos que a ela e qualquer homem ou mulher que está a ser tratado em conjunto com ela tenha sido dada uma oportunidade adequada para receber aconselhamento adequado sobre as implicações de ser submetido, e ter-lhe sido fornecida a informação pertinente como é conveniente».

²⁴⁵ Vide: «HFO 2008», c. 22, §§ 42-50 (U.K.)

²⁴⁶ Referimo-nos ao «National Health System».

A alteração que se veio a registar no «HFE 2008» não se justificou só pelo avanço da ciência, mas também pela alteração de atitudes sociais significativas, houve uma melhor aceitação das famílias criadas fora do casamento e inclusão das relações de casais do mesmo sexo na Lei, passou a haver legislação para a igualdade de tratamento e a inclusão do direito à adoção²⁴⁷.

Verificamos assim que, o Reino Unido possui um regime legal quanto à procriação medicamente assistida que se inclui nos mais permissivos (tendo por base a União Europeia), por permitir o acesso a mais técnicas e a um maior número de beneficiários.

Quanto às sanções existentes, nomeadamente quanto às restrições existentes no acesso dos beneficiários às técnicas, ambos os Diplomas não possuem qualquer tipo de sanção, para a violação das disposições existentes, quanto ao conceito de «mother²⁴⁸» ou «father²⁴⁹».

Aliás os próprios Diplomas nem dispõem de artigo no qual se restrinja o conceito de beneficiário, fazem apenas referência ao conceito de pai e mãe, para uma melhor compreensão das condições em que se aplicam.

Também, como já referimos, não existe qualquer delimitação de idade pela qual a mulher poderá recorrer às técnicas de reprodução, apenas é feita recomendação por parte do NHS., logo inexistindo tal normativo, também não é regulada qualquer sanção.

Em face do exposto, a experiência inglesa é completamente distinta da portuguesa, em que nos inserimos, tanto a nível da própria experiência legislativa como para além disso, em termos sancionatórios, em que o nosso País recorre ao direito penal e de mera ordenação social para assegurar a alegada segurança jurídica.

²⁴⁷ Vide: Natalie Gamble & Louisa Ghevaert Partners, Gamble and Ghevaert LLP. *In Practice – The Human ...*, cit. [n. 240], p. 731.

²⁴⁸ Que traduzido para a língua portuguesa, refere: «mãe».

²⁴⁹ Que traduzido para a língua portuguesa, refere: «pai».

A única semelhança encontrada provém do Diploma «HFE 1990», no qual era privilegiada a família tida como a tradicional, composta por um casal com pessoas de sexo diferente e a instituição do casamento, desencorajando os pais do mesmo sexo e solteiros a recorrer às técnicas.

Sucedo que, pese embora tal disposição, levando esta ao desencorajamento do acesso às técnicas por casais do mesmo sexo e pessoas solteiras, tal acesso não era proibido nem restringido, era apenas desaconselhado. Traduz-se numa diferença essencial de estipulação e aí, divergindo em pleno, com o regulado na LPMA portuguesa.

3.1.5. Experiência americana (E.U.A) – estado da Califórnia

Os Estados Unidos da América à semelhança do Reino Unido, detém sistema de direito, baseado na «common law»²⁵⁰.

Contudo, não podemos descrever como está regulada a procriação medicamente assistida no Estado da Califórnia, sem primeiramente entendermos a longa tradição daquele País, no que respeita às liberdades individuais, mercado livre e livre iniciativa na orientação e concessão de ampla autonomia aos médicos e outros profissionais da saúde.

E também, ter presente que, nos Estados Unidos da América a liberdade religiosa é muito valorizada, sendo que no âmbito de muitos debates públicos tal influência normalmente determina visões e pensamentos.

²⁵⁰ *Vide supra*, nota 223.

Daí que nos E.U.A. muitas das vezes sejam separados os problemas que surgem em volta da esfera pública e privada e, partam desta premissa, para analisar questões como a reprodução medicamente assistida²⁵¹.

Por isso é que nos E.U.A. as pessoas são livres de por exemplo, praticar o aborto, a contraceção, a reprodução medicamente assistida e, as investigações nos embriões; contudo para aceder a tais práticas, não se podem socorrer de apoios do Estado e, por conseguinte, terão que suportar na íntegra os custos de tais procedimentos.

A liberdade individual nos E.U.A. constitui um dos direitos mais tradicionais e a proteção de tal direito, decorre da própria Constituição.

Michelle N. Meyer²⁵², a esse título, refere:

*“The Due Process Clauses of the Fifth Amendment of the U.S. Constitution, which applies to the federal government, and the Fourteenth Amendment, which applies to the states, provide that the government shall deny no person “life, liberty, or property, without due process of law.” Although this language, on this face, suggests that the government need only provide certain procedural safeguards before depriving an individual of these things (such as a trial by jury, or notice and a hearing), the Supreme Court has long held that the Due Process Clauses have “a substantive component as well, one barring certain government actions regardless of the fairness of the procedures used to implement them.” The Court has explained that “it is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter.”*²⁵³ (sublinhado nosso)

²⁵¹ Vide: John A. Robertson in *Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, Columbia Journal of Transnational Law, 12/02/04 6:55 PM, p. 194.

²⁵² Vide: States' Regulation of Assisted Reproductive Technologies: What Does the U.S. Constitution Allow? Bioethics, Rockefeller Institute, New York, p. 3.

²⁵³ Que traduzido para a língua portuguesa, para uma melhor compreensão, refere: «As cláusulas que se reportam ao justo processo legal na Quinta Emenda da Constituição dos EUA, que se aplica ao governo federal, e a Décima Quarta Emenda, que se aplica aos Estados, estabelece que o governo não deve negar a nenhuma pessoa "a vida, liberdade ou propriedade, sem o devido justo processo legal". Embora esta linguagem, nesta fase, sugira que o governo só precisa de fornecer certas garantias processuais antes de privar um indivíduo dessas coisas (como um julgamento com júri, ou notificação e uma audiência), o «Supreme Court» tem defendido por muito tempo que as cláusulas do processo justo têm "um componente substantivo, bem como, um travão de certas ações governamentais, independentemente da justiça dos procedimentos utilizados para implementá-las." O Tribunal explicou que "é uma promessa da Constituição que é uma esfera da liberdade pessoal, que o governo não pode entrar.»

E, também que:

“Two aspects of such constitutional liberty rights are important to note (...) First, they constitute negative rights to make certain decisions or take certain actions without government interference, not positive rights to government assistance in achieving one’s ends. The question, then, is whether the Constitution protects a negative right to be let alone by the government to decide to use ARTs (or, more broadly, to procreate). No one seriously argues that, under the Supreme Court’s interpretation of the Constitution, individuals have a positive right to government assistance in obtaining the means to procreate, whether through ARTs or otherwise.

*Second, as the constitutional text itself suggests, these rights to be let alone operate only against government action. They do not apply to private parties. Thus, whatever the Constitution may prevent the government from doing, it does not bar private entities, such as many fertility clinics, from enacting policies that could be construed as interfering with individuals’ procreative liberty – say, by refusing to serve same-sex couples wishing to procreate.*²⁵⁴ (sublinhado nosso)

John A. Robertson²⁵⁵ menciona que os direitos positivos constitucionais não estão na generalidade reconhecidos nos Estados Unidos da América²⁵⁶ pese embora, estejam reconhecidos na generalidade de outros sistemas, como é o caso do nosso.

Aliás, ao contrário do que se passou na generalidade dos países europeus em que a procriação medicamente assistida tem sido alvo direto de criação de legislação

²⁵⁴ Que traduzido para a língua portuguesa, refere ainda que: «Dois aspetos de tais direitos constitucionais de liberdade são importantes observar (...) Primeiro, eles constituem direitos negativos para tomar certas decisões ou certas ações sem a interferência do governo, e não direitos positivos de assistência do governo em alcançar determinados caminhos. A questão, então, é se a Constituição protege um direito negativo, o de ser deixado em paz pelo governo para decidir usar ARTs (ou, mais amplamente, para procriar). Ninguém a sério discute que, de acordo com a interpretação do «Supreme Court» da Constituição, as pessoas têm um direito positivo de assistência do governo em obter os meios para procriar, seja através das ARTs ou de outra forma. Em segundo lugar, como o próprio texto constitucional sugere, esses direitos que se prendem com a liberdade individual operam apenas contra a ação do governo. Elas não se aplicam a particulares. Assim, qualquer norma que a Constituição possa impedir o governo de fazer, não impede as entidades privadas, como muitas clínicas de fertilidade, de promulgar políticas que poderiam ser interpretadas como interferindo com a liberdade de procriação dos indivíduos - por exemplo, ao se recusar a tratar casais do mesmo sexo que desejam procriar.»

²⁵⁵ Vide supra, nota 237.

²⁵⁶ Vide como exemplos os seguintes casos: **1.** Maher v. Roe, 432 U.S. 464, 479-80 (1977) que defende que a Constituição americana não impõe nenhuma obrigação aos Estados para dar fundos para permitir a mulheres indigentes o aborto não terapêutico; **2.** Harris v. MacCrae, 448 U.S. 297, 317-18 (1980) que defende que não existe qualquer afirmação constitucional para obrigar o Congresso a subsidiar o aborto para mulheres indigentes.

específica, nos E.U.A. optaram por deixar a matéria na disponibilidade privada e sob a decisão de livre mercado que impende sobre os médicos e pacientes.

Assim cabe aos médicos e seus pacientes, a decisão de quais os serviços que devem ser oferecidos e praticados, ficando contudo os mesmos sujeitos, às leis vigentes respeitantes aos contratos e responsabilidade civil e de um sistema opcional de informação clínica.

Pelo que, não existe nos E.U.A. disposição legal directa para regular a PMA.²⁵⁷. Contudo, também não está correto, afirmarmos que nos E.U.A não existe qualquer disposição legal para regular a matéria, porquanto tal, não corresponderia à verdade.

Lynn D. Wardle²⁵⁸, refere que: “*At the state level, Dr. Adamson notes that there are many indirect regulations of ART. These include regulations of the practice of medicine, state licensing of hospitals, licensing of fertility laboratories in some states (like California and New York), laws regulating informed consent, laws regulating sexually transmitted infection screening, and medical privacy laws, among other things. However, most of these regulations are indirect.*”²⁵⁹

Existem inúmeras disposições legais, para cada Estado, para regular as boas práticas médicas, clínicas e laboratórios e principalmente para manter a boa qualidade de cuidados de saúde, porém não estão direccionadas para os problemas ou assuntos que possam surgir no contexto da reprodução medicamente assistida, em particular.

E existem outras normas a nível federal que regulam directamente a proibição da clonagem reprodutiva, as experiências em fetos humanos e embriões, limitam os fundos

²⁵⁷ Contrariamente às experiências anteriormente estudadas que possuem lei específica que incide sobre a matéria.

²⁵⁸ Vide LYNN D. WARDLE in *Global Perspective on Procreation and Parentage by Assisted Reproduction*, Capital University Law Review, 2006, p. 417. Disponível na Internet: law.capital.edu/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=20764 (acedido em 24/11/2013).

²⁵⁹ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «A nível estatal, Dr. Adamson nota que existem muitas formas indirectas de regular as técnicas de reprodução assistida. Que incluem regulações da prática da medicina, licenciamento estatal de hospitais, licenciamento de laboratórios de fertilidade em alguns estados (como Califórnia e Nova York), leis que regulam o consentimento informado, leis que regulam infeções sexualmente transmissíveis, leis da privacidade médica, entre outras coisas. Contudo, a maior parte destas regulações são indirectas.»

federais nas pesquisas de células embrionárias humanas, a cobertura dos seguros perante tratamentos de infertilidade, destacando-se entre as mesmas e conhecida como a «Wyden Law»²⁶⁰.

Sucedo que, pese embora a existência destas leis, verificamos que existe mais regulação da procriação medicamente assistida a nível estatal do que a nível do governo americano, por isso não existe um sistema legal uniforme de recolha de dados e que monitorize as práticas biotecnológicas que afetam a reprodução humana.

Tendo em conta as diversas leis existentes em cada um dos Estados americanos sobre a matéria, muitas das vezes contrárias entre si, veio a ser promulgado o «Uniform Parentage Act»²⁶¹ com o fim de proceder à harmonização das mesmas.

Porém a referida tentativa acabou por se revelar um insucesso, porque os Estados reagiram diferentemente ao conteúdo da lei uniforme.

Contudo da análise e pesquisa realizadas por **Lynn D. Wardle** e seus assistentes²⁶², quanto às normas estatais americanas existentes importante para o presente tema, chegaram à conclusão de que não existe nenhuma lei que proíba o acesso à procriação medicamente assistida por parte de homossexuais ou por casais heterossexuais não casados.

Aliás, desde 1 de Julho de 2005, que em cerca de vinte estados americanos²⁶³ é permitida a adoção por casais homossexuais, nomeadamente naqueles que possuam

²⁶⁰ Lei publicada com o n.º 102-493, § 2, Oct. 24, 1992, 106 Stat. 3146 (codificada em 42 U.S.C. §§ 201, 263a).

²⁶¹ Adotado em 1973 e revisto em 2000 e 2002, o qual pertence a um conjunto de atos uniformes nas diversas áreas do direito, que são promulgados pelo «National Conference of Commissioners» sobre leis uniformes de estado, que representa uma entidade não oficial composta de representantes de todos os estados americanos.

²⁶² LYNN D. WARDLE *in Global Perspective ...*, cit. [n. 258], p. 419.

²⁶³ Que são os seguintes: Califórnia, Connecticut, Columbia, Indiana, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Nova Iorque, Pensilvânia, Vermont, Tennessee, Ohio, Alabama, Colorado, Florida, Mississippi, Nebraska, Oklahoma, Utah, Wisconsin.

legislação específica²⁶⁴ ou que possuam decisão judicial válida acerca da questão, emanada de Tribunal de recurso, que o permita²⁶⁵.

No contexto da adoção, os E.U.A possuem uma longa tradição de respeito pela autonomia dos pais em criarem e educarem os seus filhos, tradição que está enraizada na cultura americana, muito ficando a dever-se às próprias decisões do «Supreme Court»²⁶⁶ que vão nesse sentido, protegendo o valor da independência acima de tudo.

É por este motivo talvez que tantos estados americanos permitem a adoção por homossexuais e, mesmo os que não permitem, não passaram a criar leis a proibirem como sucedeu na maior parte da Europa; porém, quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo sucedeu o inverso, foram criadas várias leis a proibir²⁶⁷ e inclusivamente alterações constitucionais²⁶⁸.

Aqui encontramos uma divergência evidente entre a atitude respeitante aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo na Europa e nos E.U.A., porquanto enquanto a atitude da maior parte dos países da União Europeia é mais liberal, no que respeita a este tipo de casamentos ou uniões, permitindo-os e atribuindo-lhes igual reconhecimento legal que teriam casais de pessoas de sexo diferente, quanto às crianças assumem atitude mais conservadora que a americana, baseando-se no princípio do superior interesse da criança.

O Estado da Califórnia há muito que adotou medidas para a defesa da liberdade individual de cada cidadão, nomeadamente no que respeita à matéria da reprodução medicamente assistida.

²⁶⁴ Apenas quatro estados americanos, possuem legislação específica que permite a adoção por homossexuais, designadamente: Califórnia (California Family Code § 9000 (b)), Connecticut (Conn. Gen. Stat. Ann. § 45a – 726a, New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. § 170 – B:4 e o Vermont (VT. Stat. Ann. Tit. 15A, § 1 – 102(b)).

²⁶⁵ V.g. caso Sharon S. v Superior Court, 73 P.3d 554, 574 (California 2003). Disponível na Internet: http://www.legale.com/decision/20037012CalRptr3d699_1646 (acedido a 07/12/2013)

²⁶⁶ Vide Pierce v. Soc'y of Sisters, 268 U.S. 510, 530, 534 -36 (1925) cuja decisão invalida lei pública compulsória da escola do Oregon, por interferir com os direitos parentais. Disponível na Internet: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/case.html> (acedido a 08/12/2013)

²⁶⁷ Em cerca de quarenta e quatro estados.

²⁶⁸ Em cerca de vinte e sete estados.

Daí que na Califórnia não exista qualquer normal legal que impeça ou restrinja o acesso das técnicas de PMA. a qualquer cidadão.

Aliás existe o «Uniform Parentage Act» ou UPA. que constitui a parte 3.²⁶⁹ da divisão 12. sob a epígrafe “Parent and Child Relationship”²⁷⁰ do Código da Família da Califórnia, que estipula expressamente nas seções 7600 a 7650, quem deverá ser considerado pai ou mãe naturais e regula a relação existente entre pais e crianças, que ao contrário de restringir o acesso à parentalidade demonstra uma maior liberdade de acesso.

Vejamos,

Dispõe a seção 7601(a) que: «“natural parent” as used in this code means a nonadoptive parent established under this part, wheter biologically related to the child or not.²⁷¹» e, também a seção 7602, que: «The parent and child relationship extends equally to every child and to every parent, regardless of the marital status of the parents.»²⁷²

E também, na parte 7.²⁷³ da mesma divisão, sob a epígrafe “Surrogacy Facilitators and Assisted Reproduction Agreements for Gestational Carriers”²⁷⁴ quem mediante um acordo e, em que termos, poderá recorrer a uma barriga de substituição ou à reprodução assistida e, para tanto, regula a seção 7960(c) que:«“Intended parent”

²⁶⁹ Que inclui as seções 7600 a 7730.

²⁷⁰ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «relação entre os pais e a criança».

²⁷¹ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «pai natural como é usado neste código significa um pai não adotivo estabelecido nesta parte, independentemente de ser biologicamente relacionado com a criança ou não.»

²⁷² Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «A relação dos pais com a criança estende-se igualmente a todas as crianças e a todos os pais, independentemente do estado civil dos pais.»

²⁷³ Que inclui as seções 7960 a 7962.

²⁷⁴ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «acordos acerca de barrigas de substituição e reprodução assistida para quem suporta a gestação».

means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction»²⁷⁵.

Ainda, vem a seção 7960(a) com remissão para a seção 7606(b), da parte 3., da mesma divisão, dispor que: «“Assisted reproduction agreement” means a written contract that includes a person who intends to be the legal parent of a child or children born through assisted reproduction and that defines the terms of the relationship between the parties to the contract.»²⁷⁶ e, a seção 7606 (a) definir que: «“Assisted reproduction” means conception by any means other than sexual intercourse.»²⁷⁷

Assim, a divergência legal que atualmente é debatida nos Tribunais²⁷⁸ da Califórnia, prende-se com circunstâncias bem distintas das nossas, entre as quais, a atribuição da paternidade legal a casais do mesmo sexo, se o UPA. determina que duas mães ou dois pais possam ser considerados os pais naturais de uma criança, qual a presunção legal de parentesco aplicando a seção 7611(d) do «Fam. Code» e, também com a obrigação do pagamento de alimentos devidos ao menor.

De acordo com a Lei da Califórnia existem diversas formas para que uma pessoa seja considerada pai ou mãe, as quais não estão diretamente relacionadas com o conceito tradicional de família.

²⁷⁵ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «“pai por intenção” significa um indivíduo, casado ou não, que manifesta a intenção de ser legalmente o pai ou mãe de uma criança que provenha da reprodução assistida.»

²⁷⁶ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «“acordo de reprodução assistida” significa um contrato escrito, que inclui uma pessoa que tem a intenção de ser pai legal de uma criança ou crianças que nasceram através da reprodução assistida e que define os termos da relação existente entre as partes do contrato.»

²⁷⁷ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «“reprodução assistida” significa concepção por outros meios que não a relação sexual.»

²⁷⁸ V.g. *Elisa B v. Superior Court*, (Cal. 2005) 37 Cal. 4th 108, 119-120, 33 Cal. Rptr. 3d 46, 117 P.3d 660. *In WHO IS A PARENT? A QUICK GUIDE TO CALIFORNIA PARENTAGE LAW* - Deborah H. Wald, Wald & Thorndal, Attorneys at Law, March 2013, p. 10-11, a qual versou sobre a possibilidade de a ex parceira da mãe biológica de uma criança, fosse declarada a mãe presumida se tivesse recebido a criança na sua casa e cuidado sempre dela como sua, ou seja, não sendo considerado relevante que a ex parceira coabitasse com a mãe biológica nem o tempo que viveu com ela nem muito menos o seu género ou orientação sexual. Disponível na Internet: <http://www.waldlaw.net/who-is-a-parent.html> (acedido a 27/02/2014)

O pai ou mãe “natural” é um termo que é utilizado pela ART. de acordo com a lei daquele estado, não é de todo sinónimo de pai biológico,²⁷⁹ até porque o próprio termo inclui todos aqueles que dentro do «California’s Uniform Parentage Act» são considerados legalmente pais.

Pelo que, dentro do termo “natural”, estão o pai ou mãe biológicos, uma pessoa cujo Tribunal determinou ser o pai ou mãe, ou até mesmo, o pai ou mãe presumidos por aplicação do UPA., cuja presunção não tenha sido refutada.

Assim, verificamos que no Estado da Califórnia, dentro do conceito de pai legal, estão incluídos os pais biológicos, os pais adotivos, qualquer pessoa que o Tribunal declare o respetivo parentesco²⁸⁰ ou ainda, qualquer homem que assinou uma declaração voluntária de paternidade, a qual não foi posta de parte.

E, o conceito de pai presumido inclui, o pai legal que seja casado ou tenha união de facto registada, em que a criança tenha nascido durante esse relacionamento ou até 300 dias após o seu término ou divórcio²⁸¹; o pai legal que seja casado ou tenha união de facto registada, em que a criança tenha nascido antes dessa união ter sido registada e que o parceiro (mulher ou marido) conste do certificado de nascimento e tenha feito a promessa sob a forma escrita de suportar a criança ou que o Tribunal o tenha ordenado²⁸²; e ainda, a pessoa que tenha vivido com a criança e tenha cuidado dela como sua (como pai ou mãe), independentemente do seu género (pai ou mãe) ou de casamento ou de qualquer união de facto²⁸³.

E é aqui nesta última formulação, que a nosso ver, foi atribuída a imprescindível valoração, de que os laços criados com a criança são fundamentais para que seja

²⁷⁹ O que aliás também foi confirmado pelo «California Supreme Court» veja-se os casos seguintes: Johnson v. Calvert (1993) 5 Cal. 4th in p. 93 (sustentando que o termo “natural” como é usado no UPA acaba por ser um termo legal, não termo biológico e simplesmente se refere a uma mãe que não é mãe adotiva), Nicholas H. (2002) 28 Cal. 4th in p. 64 (recusando expressamente a interpretação de que pai natural no UPA terá que ser o pai biológico), Jesusa V. (2004) 32 Cal. 4th in p. 616 (reiterando que um homem pode ser o pai natural nos termos do UPA mesmo que não seja o pai biológico).

²⁸⁰ Nos termos do disposto no Fam. Code § 7636.

²⁸¹ Cfr. dispõe o Fam. Code §§ 7611 (a), 7613(a).

²⁸² Cfr. dispõe o Fam. Code 7611 (c).

²⁸³ Cfr. dispõe o Fam. Code 7611 (d).

avaliada a verdadeira parentalidade, porque afinal nem sempre esta advém da mera matriz biológica existente.

Pese embora, não exista qualquer normal legal que impeça ou restrinja o acesso das técnicas de PMA. a qualquer cidadão, é necessário fazermos uma pequena análise da jurisprudência existente, porquanto o sistema de direito americano impõe a aplicabilidade de normas baseando-se nos casos precedentes.

E ao analisarmos a evolução da jurisprudência no Estado da Califórnia verificamos que, apenas em 2005, foi possível a casais do mesmo sexo com crianças, a possibilidade de serem reconhecida a presunção de paternidade baseada em conduta, por aplicação do disposto na seção 7611(d) do «Fam. Code»²⁸⁴.

Foi a partir do processo judicial (Elisa B. v. El Dorado County Superior Court (2005) 37 Cal.4th 108.²⁸⁵) que a presunção de paternidade baseada nas acções e conduta de quem a requer passou a ser admitida²⁸⁶, independentemente do género ou orientação sexual, ou seja, passou a ser tido em conta, designadamente se a pessoa em causa, participou na vinda da criança ao mundo, se levou a criança para sua casa e a criou como sua e, ainda, se a recebeu e gostou dos benefícios da parentalidade.

A decisão de atribuição da paternidade, em tal processo, veio a ser dada nesse sentido, referindo em síntese, que:

“A person who actively participates in bringing children into the world, takes the children into her home and holds them out as her own, and receives and enjoys the benefits of parenthood, should be responsible for the support of those children – regardless of her gender or sexual orientation (...) We conclude, therefore, that Elisa is a presumed mother of the twins under section 7611, subdivision (d), because she received the children into her home and openly held them out as her natural children, and that this is not an appropriate action in which to rebut the presumption that Elisa is the twin’s parent with proof that she is not the children’s biological mother because she actively participated in causing the children to be conceived with the understanding that she would raise the children as her own together with the birth mother, she voluntarily accepted the rights and obligations

²⁸⁴ Vide WHO IS ..., cit. [n. 278], p. 4-15.

²⁸⁵ Vide WHO IS ..., cit. [n. 278], p. 10-11.

²⁸⁶ Por aplicação do disposto na seção 7611(d) do «Fam. Code»

of parenthood after the children were born, and there are no competing claims to her being the children's second parent."²⁸⁷

O Supremo Tribunal da Califórnia²⁸⁸ veio a decidir que uma criança apenas tem dois pais e que, esses pais podem ambos ser mulheres, nada o impede, desde que a mulher, que não é a mãe biológica, tenha recebido a criança em sua casa e tenha cuidado dessa criança como sendo sua.

Na Califórnia é permitida a adoção de uma criança a casais do mesmo sexo. Aliás, o Supremo Tribunal da Califórnia considera tal possibilidade o fundamento para suportar a decisão de que uma criança possa ter duas mães.

No processo judicial de *Charisma R. v. Karisma S.*²⁸⁹, o Tribunal de Recurso entendeu desnecessária a prova da durabilidade da coabitação ou sequer a imposição de algum período de tempo para a duração da mesma, suportando o seu entendimento na norma prevista no Código de Família²⁹⁰, que permite à parceira do mesmo sexo da mãe biológica ser declarada mãe presumida, se tiver recebido a criança em sua casa e tenha cuidado dessa criança como sendo sua.

Assim, a aplicabilidade da citada presunção de maternidade, nem sequer tem como pressuposto que a coabitação, entre mãe biológica e sua parceira, dure um certo

²⁸⁷ Que traduzido para a língua portuguesa refere que: «Uma pessoa que participa ativamente na vinda de crianças ao mundo, leva as crianças para sua casa e cuida delas como suas, e recebe e aprecia os benefícios da parentalidade deve ser responsável pelo suporte dessas crianças – independentemente do seu género ou orientação sexual (...) Nós concluímos, assim, que a Elisa é mãe presumida dos gémeos, ao abrigo do disposto na seção 7611, subdivisão (d), porque ela recebeu as crianças em sua casa e livremente cuidou delas como suas crianças naturais, e que esta não é uma ação apropriada para refutar a presunção de que a Elisa tem a parentalidade com prova de que ela não é a mãe biológica das crianças, porque ela participou ativamente em causar a concepção das crianças com o entendimento de que ela criaria as crianças como suas juntamente com a mãe biológica, ela voluntariamente aceitou os direitos e obrigações da parentalidade depois das crianças terem nascido, e não existem nenhuma reclamações pendentes relativas a ela ser a segunda parente.»

²⁸⁸ *Vide*: *Elisa B. v. El Dorado County Superior Court* (2005) 37 Cal.4th 108.

²⁸⁹ *Vide*: *Charisma R. v. Kristina S.* (2009) 175 Cal.App.4th 361.

²⁹⁰ Designadamente, na norma constante no Fam. Code §7611(d), que dispõe: “(d) *The presumed parent receives the child into his or her home and openly holds out the child as his or her natural child.*”

lapso de tempo, apenas incide sobre critérios que valorizam o superior interesse da criança.

Ainda, no caso judicial *S.Y. v. S.B.*²⁹¹, este mais recente, veio o Tribunal a entender decretar a maternidade presumida de S.Y., mesmo esta possuindo uma residência separada e nunca tendo formalizado a sua união com S.B., baseando tal decisão no facto de que tal compromisso poderia vir a comprometê-la profissionalmente.

A presunção da maternidade no Estado da Califórnia está na atualidade muito alargada, porquanto basta que existam provas suficientes no processo que levem à conclusão que a parceira da mãe adotiva, desde início não só aceitou a maternidade, como encorajou a mãe adotiva a adotar as crianças.

Em todos os processos citados, para que o Tribunal formasse a sua convicção para tomar uma decisão, foi sempre tido em conta o interesse da criança. Não existe nenhuma decisão judicial em que quaisquer dos Tribunais da Califórnia para a formação da sua convicção, tenham apenas aferido da vontade das partes.

Verificamos assim, que a Califórnia possui o regime mais permissivo dentro dos regimes que estudamos na presente Dissertação, quanto à procriação medicamente assistida (tendo por base a União Europeia), por deixar a decisão da prática ou não prática do ato médico sob a alçada do médico e seu paciente, sem qualquer interferência do Estado.

Não existem quaisquer diplomas sancionatórios ou restrições quanto aos beneficiários das técnicas, nem sequer é feita qualquer distinção entre eles, porque o princípio subjacente à PMA. no Estado da Califórnia é a liberdade no acesso à saúde.

Em face do exposto, a experiência californiana é completamente distinta da portuguesa, em que nos inserimos, tanto a nível da própria experiência legislativa como

²⁹¹ *Vide*: *S.Y. v. S.B.* (2011) 201 Cal. App. 4th 1023.

para além disso, em termos sancionatórios, em que o nosso País recorre ao direito penal e de mera ordenação social para assegurar a alegada segurança jurídica.

Na Califórnia pratica-se a procriação medicamente assistida²⁹² como um verdadeiro ato médico, em que o Estado nada interfere.

Cabe assim ao médico e seu paciente, decidir se aquela ou outra prática médica é conveniente, sem que para tal coexista um critério legal expresso no qual a infertilidade, estado civil ou até a orientação sexual do paciente sejam requisitos para a sua concretização.

Ora, este é o sistema de acesso às técnicas de PMA./RMA. que mais difere do nosso, é aquele que num contexto alargado tudo pode permitir e ao mesmo tempo tudo pode restringir.

Pese embora, a ausência de regulamentação de quais os beneficiários da PMA. neste Estado existe legislação no direito da família, com o propósito de garantir a proteção das crianças que possam vir a nascer do recurso a estas técnicas.

É verdadeiramente importante referir tal aspeto, porque foi-nos visível que a jurisprudência do Estado da Califórnia desde 2005, veio a evoluir no sentido de se adaptar a novas realidades sociais, designadamente criando soluções para as crianças que necessitavam de proteção jurídica.

As decisões não deixaram de focar o princípio do superior interesse da criança, para salvaguardar o tradicional conceito de família.

Até porque o primeiro dos princípios é manifestamente superior ao segundo.

Assim é neste sentido que também nós, em nossa opinião, devemos acima de tudo defender o interesse da criança e, não, recorrer a este princípio correlacionando

²⁹² Naquele contexto, mais conhecida como «*Assisted Reproduction*».

com o tradicional conceito de família, porque os dois podem muitas das vezes nem sequer se cruzar.

3.2. Quadro síntese das sanções aplicáveis

Para uma melhor análise comparativa dos regimes sancionatórios penais e contraordenacionais vigentes ou não, em cada País, que atrás identificamos, procedemos à elaboração de um quadro síntese, no qual é visível a disparidade de sanções existentes.

Quadro Síntese*

País/ Lei em vigor	Portugal (Lei n.º 32/2006 de 26/07)	Itália (Legge 19 febreiro, 2004, n. 40)	França (L2141-2 Code de la Santé Publique)	Espanha (Ley 14/2006, de 26 de mayo)	Inglaterra (HFE 1990) e (HFE 2008)	Califórnia (EUA.) (California's UPA.)
Norma violada	n.º 1 do art. 6.º da LPMA. • não tem (contra ordenação coima de 10.000€ a 50.000€ - pessoas singulares e pessoas coletivas com o máximo de 500.000€)	art 5.º •	L2141-2 do «Code de la Santé Publique» •	art. 6.º •	art. 27. e art. 28 do «HFE 1990» art. 33, art. 35. a 37, art. 41 a 44. do «HFE 2008» •	Cal. Fam. Code §§ 7600 to 7730 •
Norma violada	n.º 2 do art. 6.º da LPMA. • tem (pena de prisão de 2 a 8 anos e contra ordenação) coima de 10.000€ a 50.000€ - pessoas singulares e pessoas coletivas com o máximo de 500.000€)	não tem (sanção administrativa pecuniária de 200.000€ a 400.000,00€)	tem (pena de prisão de 5 anos e 75.000 euros de multa)	não tem (multa até 1000€)	• não tem	não tem

*Quadro 1: comparativo das sanções criminais existentes ou não, nos países estudados (designadamente: Portugal, Itália, França, Espanha, Inglaterra e Estado da Califórnia – EUA.) no âmbito de violação de norma existente ou inexistente, relativa aos beneficiários da PMA.

Capítulo 4 – Questões de direito penal internacional relacionadas com a PMA.

4.1. Breve enquadramento geral

Na última década do século XX e, já neste novo século, a humanidade tem vindo a adaptar-se às consideráveis mudanças, nomeadamente no que respeita à realidade social na escala mundial.

A ciência, o conhecimento e a tecnologia levaram a que as comunicações, a circulação de pessoas, bens e informações sofressem uma revolução, alterando a própria forma com que o Homem se relaciona para com o espaço e o tempo.

A política e o direito não deixam de acompanhar estas transformações, uma vez que, as mesmas têm implicações nas relações humanas, na demografia e nas culturas dos povos, exigindo que os direitos sancionatórios, principalmente o direito penal dê respostas aos novos problemas que possam surgir, sempre sem que sejam postos em causa, valores base de qualquer sociedade democrática²⁹³.

A mundialização²⁹⁴ acelerou de forma exacerbada no início do século XX até à atualidade, tornando possível comunicações mais sofisticadas, acessíveis e céleres destacando-se nelas a Internet.

O intercâmbio entre culturas e povos hoje é efetuado sem quaisquer fronteiras caracterizando-se muitas vezes a sociedade por uma “*aldeia global*”.

²⁹³ Consideramos os principais no que respeita à punição: a dignidade da pessoa humana, a proteção da vida, da integridade física e moral e liberdade, proibição da pena de morte e penas ou tratamentos desumanos, da legalidade, da igualdade, da culpa, da proporcionalidade, da necessidade e humanidade das penas.

²⁹⁴ Que se trata do ato ou efeito de dar uma dimensão mundial a alguma coisa, *vide* Mundialização. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2014. Disponível na Internet: [http://www.infopedia.pt/\\$mundializacao](http://www.infopedia.pt/$mundializacao). (acedido em 07/06/2014)

Apesar das diferenças ao nível da nacionalidade, etnia, localização geográfica, língua, religião e cultura atualmente é possível às pessoas, de todo o mundo, acederem a quaisquer informações, conhecimento, produtos, tratamentos, e muitas outras coisas, em qualquer sítio, sem terem que ficar confinados ao espaço em que se inserem.

Tal desenvolvimento demonstra uma realidade social cada vez mais independente e global, contudo não menos conflituosa ou segura, porque o progresso científico e tecnológico trouxe-nos uma alteração brusca no modo de vida da humanidade, e por isso a sociedade atual é caracterizada como «*sociedade do risco*»²⁹⁵, na expressão de Ulrich Beck.

A democracia e a mundialização deram lugar a sociedades cada vez mais abertas, onde convivem pessoas de todas as culturas, etnias, nacionalidades, ideologias e orientações sexuais.

E também a criminalidade, por sua vez, assumiu proporções globais²⁹⁶, nunca antes vistas.

Assim, contrariamente à tendência da liberalização, descriminalização e despenalização dos anos setenta, do século passado, a partir dos anos oitenta tendencialmente passaram a encontrar-se soluções mais repressivas e punitivas.

Verificamos um crescente sentimento de intolerância para com comportamentos e condutas que nos parecem estranhas e desviantes e, para o combate às mesmas, o direito penal é chamado a intervir cada vez mais.

²⁹⁵ Sobre este ponto, veja – se FIGUEIREDO DIAS, O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2001, pp. 588-590.

²⁹⁶ *Vide*: PINTO, Inês Horta Pinto *In* A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais Na Europa Finalidades, Obstáculos, Realizações e Perspectivas de Futuro, Coimbra Editora: 1.ª Ed., Setembro 2013, pp. 58-60.

Face a esta tendência, por exemplo nos últimos anos, nenhum estado europeu aboliu a prisão perpétua, pelo contrário a Eslovénia introduziu-a em 2008²⁹⁷ e, a Espanha em 2003, elevou o limite máximo da pena de prisão, para 40 anos²⁹⁸.

Acompanhamos a posição adotada por **Figueiredo Dias**, nas questões postas pela globalização, no sentido de que devemos preservar a matriz da política criminal, e evoluir a partir daí, encontrando soluções e instrumentos para os novos problemas sem perder a essência dos pilares base de qualquer estado de direito democrático²⁹⁹.

São estas características que ditam a sociedade global em que nos inserimos, contudo no contexto europeu existem outros fatores de risco que similarmente implicam o aparecimento de novos problemas.

4.2. A liberdade de circulação dos cidadãos europeus

Existe liberdade de circulação, no caminhar dentro de um espaço europeu, esta foi uma das missões fundamentais da Comunidade Europeia – a criação de um mercado comum³⁰⁰.

Mercado esse assente na abolição, entre os estados membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais³⁰¹.

²⁹⁷ Através da alteração ao Código Penal da Eslovénia, de 20/05/2008, texto n.º 2296, publicado na Uradni List, pp. 5865-5956.

²⁹⁸ Através da Ley Orgánica 7/2003 de 30/06, que alterou o Código Penal Espanhol.

²⁹⁹ Vide FIGUEIREDO DIAS, O Direito Penal ..., cit. [n. 295], pp. 612-613.

E, no mesmo sentido, vai o apelo de FARIA COSTA em «A criminalidade em um mundo globalizado: ou Plaidoyer por um direito penal não-securitário», Revista de Legislação e de Jurisprudência 3934, 2005, pp. 26-33. concluindo em síntese que o mundo globalizado de hoje não nos deve fazer esquecer os princípios, as regras e ao axiomas axiológicos que têm feito grandeza desde os tempos da mais remota antiguidade.

³⁰⁰ Veja-se o artigo 1.º e 2.º do Tratado da Comunidade Europeia.

Aos cidadãos da União é concedido “*O direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros;*”³⁰² e, proporcionado “*(...) um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.*”³⁰³

Atualmente todos os residentes na União Europeia têm o direito de se deslocar, viver, estudar e trabalhar num qualquer Estado Membro³⁰⁴, sem estarem sujeitos a discriminação com base na sua nacionalidade.

Assim como têm o direito, a deslocarem-se a outros Estados Membros, que contenham no âmbito da procriação medicamente assistida sistema de acesso e regime sancionatório que lhes seja mais favorável.

Ao não existir similitude nas restrições, proibições, sanções e até incriminações existentes nos diferentes estados membros, num espaço em que existe a liberdade de circulação de pessoas, de um lado prova a disparidade com que os cidadãos são punidos mediante condutas semelhantes e, por outro, como se torna mais favorável a deslocação de pessoas, de modo a evitarem qualquer sanção no País de origem.

Se a mobilidade dos cidadãos foi favorecida há décadas, cremos que o sistema sancionatório deverá passar por uma harmonização³⁰⁵ quanto a esta matéria.

³⁰¹ Vide: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, resultante do Tratado de Lisboa, artigo 26.º/2 que refere: “2. *O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.*”

³⁰² Vide: alínea a) do artigo 20.º/2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, resultante do Tratado de Lisboa.

³⁰³ Vide: artigo 3.º/2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, resultante do Tratado de Lisboa.

³⁰⁴ Ou seja, em qualquer dos seguintes estados: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Roménia e Suécia. Disponível na Internet: http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_pt.htm (acedido em 31/05/2014)

³⁰⁵ Veja-se a este título, PINTO, Inês Horta Pinto *In* A Harmonização ..., cit. [n. 296], pp. 104-105.

Porque, se um determinado Estado restringe e proíbe a prática da procriação medicamente assistida a determinados grupos de pessoas, desfavorecendo-as, essas pessoas dentro da União Europeia podem facilmente circular e procurar Estado que possua regime jurídico sobre a matéria, que lhes seja mais favorável.

É verdade que a liberdade de circulação de pessoas foi um grande marco para a evolução da União Europeia, porém também é verdade que, tem vindo a ser reforçada cada vez mais a eficácia no combate ao crime, já que os «criminosos» tiram partido dessa mesma liberdade.

Existe como vimos, disparidade e divergências relevantes entre, quem poderá aceder às técnicas de PMA, as condutas que são proibidas e sanções que são aplicáveis, para cada Estado.

Em termos de prevenção geral, tais divergências em nada contribuem na aplicabilidade das sanções, pois que em termos práticos as sanções existentes, só levam a que sejam cometidas mais violações.

Contudo, se as margens das proibições e restrições diferem em cada espaço territorial, como é que na dimensão da cognoscibilidade do comportamento proibido perante a liberdade de circulação de um cidadão europeu, poderá haver segurança jurídica?

Creemos ser muito difícil alcançar a certeza jurídica, enquanto coexistir a disparidade de sanções aplicáveis à PMA., apenas perante a harmonização dos regimes legais estaduais existentes talvez no futuro seja possível alcançá-la.

Como consequência direta dos diferentes sistemas jurídicos existentes na área da PMA. e da liberdade de circulação na Europa, surgiu um fenómeno³⁰⁶, igualmente importante e relevante que aqui deve ser analisado.

³⁰⁶ Designado por «turismo de reprodução».

4.3. O fenómeno do «turismo de reprodução»

Este fenómeno atual surgiu da variedade de leis existentes, no que diz respeito à reprodução medicamente assistida nos diferentes Países, aliada à facilidade de deslocações (particularmente entre os países da U.E.), como atrás analisamos.

Como consequência directa de tais fatores, surgiu o «turismo reprodutivo»³⁰⁷, que consiste nas situações onde um casal, homem ou mulher se deslocam de uma Instituição, Jurisdição ou País onde uma técnica de PMA. é proibida, para outro, em que tal proibição não existe.

A maior parte das situações de circulação de pessoas para a realização da PMA., está relacionada com o facto de que no seu País de origem a técnica lhes é proibida, contudo existem outros fatores que também pesam, designadamente o preço dos tratamentos.

Frequentemente, os casais, homens ou mulheres originários de Países com leis restritivas no campo da PMA. – como por exemplo a Itália e a Alemanha – viajam preferencialmente para locais com pouca ou nenhuma legislação nessa área, sendo alguns dos principais «destinos turísticos reprodutivos»: a Espanha e os Estados Unidos.

As leis europeias são as principais motivadoras do «turismo reprodutivo», porque permitem por um lado, que os Estados dentro das suas fronteiras proíbam a procriação medicamente assistida, contudo por outro, não podem, tendo em conta a

³⁰⁷ A estas migrações já foram dados muitos nomes, mais frequentemente de *turismo reprodutivo* e, mais recentemente, com um termo mais neutro, de «*cross-border tourism*», conforme refere Richard F. Storrow *In Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel*, *Reproductive Biomedicine Online* (2011) 23, pp. 538-545.

liberdade de circulação de pessoas, deter ou punir os seus cidadãos por procurarem tratamentos de PMA. noutro País da Europa³⁰⁸.

Se o «turismo reprodutivo» leva a que pessoas procurem noutros Países, técnicas de PMA. que nos seus de origem lhes são proibidas, quando regressam a estes, deparam-se muitas das vezes com a recusa do reconhecimento legal das crianças nascidas nestas condições, designadamente no que respeita ao registo civil de nascimento da criança, à obtenção de passaporte junto da secção consular da Embaixada desse País, no reconhecimento da nacionalidade da criança ou, ainda, no reconhecimento da parentalidade da criança³⁰⁹.

Em França, por exemplo, são mais de quatrocentos casais que cada ano recorrem ao *turismo de reprodução* e quando pretendem ver reconhecida a sua situação é-lhes recusado.

Em Portugal não conhecemos números certos, mas com certeza também existirão.

Se o registo civil de uma criança é recusado com base no fato de a mesma ter sido gerada com o recurso a técnicas proibidas naquele País, a defesa do interesse dessa criança não está assegurado, carece de proteção jurídica, porque à criança (gerada com o recurso à PMA.) assiste o direito de ver reconhecida a sua cidadania, tal como a todas as outras crianças.

Não concordamos de todo com a recusa que pende sobre alguns Estados mais conservadores, em ver reconhecida a existência destas crianças, uma vez que, quem prejudicam por si só, não se pode defender.

Negamos a possibilidade de criação de uma nova categoria de crianças, para definir quais as crianças consideradas «legítimas ou tradicionalmente concebidas» e

³⁰⁸ Vide: Shenfield, F., de Mouzon, J. Pennings, G., Ferraretti, A., Anderson, A., de Wert, G. Goosens, V., *In* Cross-border reproductive care in six European countries, *Hum. Reprod.* 25, 2010, pp. 1361-1368.

³⁰⁹ Vide: Richard F. Storrow *In* Assisted ..., cit. [n. 307], pp. 539-540.

«não legítimas ou artificialmente concebidas» pois todas as crianças são crianças, não devem ser diferenciadas em função das condições em que foram concebidas³¹⁰.

Em Portugal, o Ministério Público já levantou diversos processos de averiguação oficiosa da paternidade nestas situações, porque é proibido haver pais ou mães desconhecidos, contudo quando o dador é anónimo o processo normalmente é arquivado³¹¹.

Sendo posteriormente tirado o cartão de cidadão da criança junto do registo civil, porém no local onde tradicionalmente está o nome do pai ou da mãe é colocado um asterisco, porque foi com o recurso a um dador anónimo ou maternidade de substituição.³¹²

Contudo, pese embora a regra comum dos processos, seja o inevitável arquivamento, já houve uma situação recente em que o DIAP. de Coimbra veio a requerer ao IGAS.³¹³ a promoção de investigação de uma clínica portuguesa interveniente no processo de inseminação artificial, no sentido de ser averiguado se o envolvimento da mesma, poderia ou não ser considerado ilícito³¹⁴, tendo para o efeito sido emitido parecer do CNPMA.³¹⁵

Se os Estados não podem deter ou punir os seus cidadãos por obterem tratamentos de PMA. noutro País da Europa, não podem *a posteriori* querer sancionar

³¹⁰ Vide: Richard F. Storrow In Assisted ..., cit. [n. 307], p. 540.

³¹¹ Vide: Inseminação artificial em mulher solteira leva IGAS a investigar clinica, Jornal O Público, 13/02/2014, p. 10.

³¹² Vide: Inseminação artificial em mulher solteira leva IGAS a investigar clinica, Jornal O Público, 13/02/2014, p. 10

³¹³ Entidade competente para a instrução dos processos de contra ordenação, nos termos e ao abrigo do disposto na cláusula 20.^a do Protocolo de Colaboração celebrado entre a CNPMA. e a IGAS. Disponível na Internet em: www.cnpma.org.pt/Docs/Protocolo_CNPMA-IGAS.pdf (acedido em 17/06/2014)

³¹⁴ Vide: Inseminação artificial em mulher solteira leva IGAS a investigar clinica, Jornal O Publico, 13/02/2014, p. 10

³¹⁵ O qual referia em síntese o seguinte: “(...) tratamentos de Procriação Medicamente Assistida (PMA) que tiveram lugar fora de Portugal, os mesmos, quando configurados isoladamente e independentemente (...) não entram no conceito de técnicas de PMA. (...)”

as crianças negando-lhes a sua própria existência e não reconhecendo a sua real paternidade, porque a tal corresponderia denegação grave de acesso à sua cidadania.³¹⁶

Outro aspeto, que poderá suceder, como consequência do «turismo reprodutivo», prende-se com a mal prática das técnicas de PMA., pois se em causa está tratamento realizado noutro Estado distinto do nosso, em que pessoas deslocam-se a um País estrangeiro para realizarem a PMA., no caso de algo correr mal, já regressados ao País de origem, poderão ter dificuldades em encontrar ajuda médica.

E, nos piores casos, quando perante responsabilidade civil ou penal do médico ou Clínica estrangeiras intervenientes, a promoção de um processo judicial contra estes, enfrentará sempre grandes barreiras, pois no âmbito de diferentes procedimentos de tratamento que existem nas diferentes jurisdições, pior se torna a possibilidade de ver provada a existência de responsabilidade médica de uma determinada prática ou procedimento médicos.

O fenómeno do «turismo reprodutivo» tende a aumentar, cada vez mais, o que só demonstra que, o objetivo da proibição levada a cabo pelos Países mais tradicionais não é alcançado.

Se o fator principal, que levou à promulgação da Lei 32/2006 de 26/07, era a necessidade de contemplar as novas questões em torno da medicina e bioética em matéria reprodutiva garantindo a segurança jurídica, verificamos que esta não foi efetivamente alcançada.

Porque se a proibição imposta tinha como principal objetivo a restrição de determinados procedimentos a determinadas pessoas e estas, mesmo com a imposição de tal proibição, recorrem às técnicas em espaço distinto do seu, tudo leva a crer que a

³¹⁶ Veja-se neste sentido: Nacionalidade e Apatridia – Inter-Parliamentary Union, disponível na Internet: www.ipu.org/PDF/publications/nationality_p.pdf (acedido em 01/06/2014)

proibição existente não atinge o seu principal objetivo, sendo por conseguinte manifestamente inútil.

E se não atinge o objetivo em que se fundamenta, questionamo-nos qual será então o pilar em que o Estado se baseia para continuar a restringir o acesso à PMA. a determinados beneficiários em prol de outros.

4.4. Qual é afinal o fundamento plausível para a proibição, sanção e eventual criminalização?

Como temos vindo a referir, na presente dissertação, o Estado português para impor determinada legislação restritiva, como a relativa à PMA., terá que justificar a razão de ser, não pode simplesmente recorrer a conceitos e princípios abstratos e de difícil compreensão aos olhos dos mais leigos.

Até porque, o Estado ao tentar arranjar justificação para a legalidade da proibição existente, voltaria a focar o que afinal mais não se trata do que sentimentos em torno da vida em família, repudiando tudo o que possa parecer estranho ou diferente.

Mas não se trata desse tipo de justificação que o Estado deverá prestar, mas sim aquela que nos demonstrará que a criação de diferentes grupos de pessoas, as quais são colocadas à parte em função de características pessoais, desfavorecendo-as e sancionando-as relativamente a outras, quer no foro privado quer no foro público, será legalmente admissível.

Ora, em face do que já analisamos, ao Estado será manifestamente difícil arranjar uma justificação legalmente plausível e admissível para a criação de grupos de

peçoas com a manifesta intenção de desfavorecê-las, face a outras, tendo em conta que o principal objetivo em que se funda a LPMA. nem sequer é atingido.

É verossímil que o Estado é livre para criar normas com o intuito de alcançar legítimos interesses contudo, estes não se podem sobrepor à aplicação das doutrinas com a matéria relacionadas, designadamente: a proporcionalidade, a aplicação da lei no espaço e a aplicação das decisões estrangeiras em território nacional³¹⁷.

Se em causa estão direitos fundamentais, a restrição de alguns deles em benefício de outros, deverá satisfazer a *maxime* do padrão da proporcionalidade e a legislação adotada deverá garantir a menor restrição possível para alcançar o objetivo pretendido³¹⁸.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso S.H e outros v. Áustria³¹⁹, já havia sugerido que as restrições na matéria da reprodução assistida terão que satisfazer o princípio da proporcionalidade no futuro.

E para tanto, nessa decisão considerou que a Áustria havia falhado na escolha do meio menos intrusivo para alcançar o seu objetivo, considerando que a Lei austríaca violava a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em face do que, demonstra-nos o TEDH. que, os países europeus não são livres para impor quaisquer restrições que queiram, de livre arbítrio, no âmbito da reprodução medicamente assistida.

Logo, quando está em causa um particular caso de autonomia pessoal, existência ou identidade individual, a margem legal permitida a um determinado Estado será restringida, porque se um Estado permite determinadas formas de reprodução, deverá fazê-lo assente numa base não discriminatória e com a menor restrição possível.

A aplicação da lei no espaço é outra doutrina que assenta na possibilidade de aplicabilidade da LPMA. extraterritorialmente.

³¹⁷ Veja-se neste sentido, o referido por Richard F. Storrow *In Assisted ...*, cit. [n. 307], p. 540.

³¹⁸ Veja-se neste sentido o referido por Richard F. Storrow *In Assisted ...*, cit. [n. 307], p. 540.

³¹⁹ Caso que está disponível na Internet em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107325>. (acedido em 17/06/2014)

Se vimos que existem Estados Europeus com sistemas legais mais favoráveis que o nosso e, também que, atualmente o «turismo de reprodução» tendo com conta a liberdade de circulação na Europa tem vindo a aumentar cada vez mais, por conseguinte recorrendo os grupos de pessoas não incluídas como beneficiários àqueles Estados, a Lei portuguesa não se aplicará a estas.

Porquanto, a aplicabilidade da lei não vai além fronteira.

Como vimos, prevê o artigo 6.º da LPMA. a proibição de determinados grupos de pessoas de acederem às técnicas da procriação medicamente assistida, prevendo um ilícito de mera ordenação social na violação do seu número 1 e, um ilícito criminal e também um ilícito de mera ordenação social, na violação do seu número 2., pelo que se essas pessoas se deslocarem para outro País, as sanções aplicáveis em caso de violação do artigo não se aplicarão, delimitando-se aquela aplicação apenas ao território nacional³²⁰.

Assim, se as sanções são inaplicáveis extraterritorialmente e no território não existe qualquer processo, quer criminal quer contra ordenacional, a correr termos pela violação do previsto no artigo 6.º da LPMA.³²¹ tal norma e sanção previstas são em nosso entendimento manifestamente inúteis.

Ainda, a doutrina da aplicação das decisões judiciais e documentos públicos estrangeiros em território nacional, poderá incidir direta ou indiretamente sobre técnicas que a LPMA. portuguesa proíbe.

E, em tais casos, em que se discute a situação da pessoa, dependendo do País em causa ser aderente a convenção³²² ou tratado aplicáveis, deverá a decisão emanada de Estado diferente aderente, ser reconhecida pelos Tribunais portugueses.

³²⁰ Conforme decorre do estipulado nos artigos, 4.º e 5.º do Código Penal quanto à aplicação da lei penal no espaço e, o artigo 4.º do RGCO. quanto à aplicação do ilícito de mera ordenação social no espaço.

³²¹ Para tanto, contactamos o IGAS e o CNPMA., para confirmação da presente informação.

³²² Nomeadamente, a Convenção da Haia de 1961.

Porém, as decisões ao serem reconhecidas em Portugal poderão entrar em conflito com as normas proibitivas e sancionatórias existentes.

Contudo, negar o reconhecimento de decisões judiciais e documentos públicos emanados de autoridades competentes e legítimas para o efeito, será uma violação grave de norma internacional de cooperação, com posição superior hierarquicamente relativamente a Lei nacional, destinada à procriação medicamente assistida.

Em suma, não existe até ao momento, qualquer razão pela qual o Estado possa proibir e desfavorecer determinadas pessoas.

Nem sequer, foi feito até ao momento, qualquer estudo relacionando a realidade legal portuguesa e estrangeira que mais tem debatido a matéria, face aos fenómenos próprios da sociedade de risco que vieram a surgir.

Concluimos, posto isto que, existem fundamentos que nos levam a crer que muito dificilmente qualquer motivo encontrado pelo Estado português seria suficientemente plausível, para atingir o objetivo que o Estado pretende impor, por mais não se tratar do que de uma norma social, que mais parece ir ao encontro dos valores e expectativas da sociedade.

4.5. Da inaplicabilidade da proibição existente

Como referimos, a violação do disposto no número 1 do artigo 6º da Lei da PMA. não é considerado um ilícito criminal, constituindo somente um ilícito de mera ordenação social (contra ordenação), contudo a violação do número 2 do mesmo artigo, foi considerado pelo legislador simultaneamente um ilícito criminal e contra

ordenacional, pese embora o Regime Geral das Contra Ordenações impeça a sua dupla aplicabilidade.

Tornou-se usual ao legislador português criar infrações para específicos campos, como o da saúde, recorrendo não só ao ilícito penal como também ao de mera ordenação social, em que muitas das vezes, o conjunto de contra ordenações se aproxima muito da ilicitude penal, porquanto protegem bens jurídicos com dignidade penal.

Como é o caso do número 1 do artigo 6.º da LPMA., uma vez que, são protegidos pela norma os bens jurídicos, da dignidade da pessoa humana, da família, da paternidade, da maternidade e ainda os bens que se prendem com a proteção da identidade genética e da espécie nomeadamente, daqueles que viessem a nascer da aplicação das técnicas da PMA. àquele grupo excluído de pessoas.

Se ao direito penal, cabe a tutela de bens jurídicos e não a tutela de qualquer questão social controversa e, ao ilícito de mera ordenação social por sua vez, cabe a tutela de todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima, os mesmos não se devem confundir.

Como menciona Figueiredo Dias³²³ no direito penal “(...) *estamos perante condutas cujos elementos constitutivos, no seu conjunto, suportam imediatamente uma valoração – social, moral, cultural – na qual se contém já a valoração da ilicitude.*” e, no ilícito de mera ordenação social “(...) *pelo contrário, não se verifica uma correspondência imediata da conduta a uma valoração mais ampla daquela espécie.*”

Ao direito penal cabe restringir e proibir determinados comportamentos humanos no foro privado, em função das transformações dos valores ético sociais.

A contra ordenação é aplicada perante a violação de normas menos graves e punível com uma sanção pecuniária denominada coima.

³²³ *Vide:* Figueiredo Dias *in* Direito Penal Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime, Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, pp. 150-151.

O corpo do artigo 6.º da LPMA. no seu todo, restringe, proíbe e sanciona o acesso de determinadas pessoas relativamente a outras, em função de suas características às técnicas de PMA, quer no foro público como no privado.

Verificamos que a proibição resultando da norma, não tem como principal objectivo a proteção do bem jurídico supra individual da família, nem o fundamental superior interesse da criança mas sim, a proteção de uma certa moralidade social.

O legislador português ao restringir, sancionar e até criminalizar certos comportamentos como sucede no artigo 6.º da Lei da PMA. está nitidamente a dar espaço, para muitas mais violações, do que aquelas que o Estado e a sociedade portuguesa pretendem evitar.

Uma vez que, existem outros Países com legislação mais favorável, que proporcionam às pessoas restringidas o acesso à PMA., independentemente de no País de origem dessas pessoas, lhes estar vedado o acesso à PMA. e existirem sanções para o efeito.

Assim, se quem procura tratamento dentro do território português vê suas expectativas frustradas, tem caminho facilitado extraterritorialmente, porquanto como atrás evidenciamos existem ordenamentos que nos estão próximos que, por um lado não têm legislação sobre a matéria e aí o recurso às técnicas é possível a todas as pessoas, ou por outro possuindo, têm legislação menos restritiva, permissiva ao acesso de um maior grupo de beneficiários.

É na sequência da disparidade legislativa global existente que surge a inaplicabilidade das sanções existentes, pois que, quem está restringido de aceder às técnicas recorrerá sempre à PMA. em lugar pelo qual o direito lhe está legalmente adstrito.

Ora, o ilícito criminal e de mera ordenação social só têm aplicabilidade em território nacional, uma vez que se encontram limitados ao espaço em que foram praticados, assim todos aqueles que recorram às técnicas noutra País e regressem

posteriormente ao seu País de origem, ficarão excluídos da aplicação de qualquer sanção, quer criminal quer de mera ordenação social.

Logo, se o número de pessoas que recorrem ao «turismo de reprodução» só tem vindo a aumentar, tudo nos leva a crer que, não serão as sanções existentes que alterarão qualquer conduta ou atingirão qualquer objetivo que, ao legislador português por certo terá levado à prolação da LPMA.

Defendemos assim, que em face de todo o contexto global e fenómenos atuais que vieram a emergir da sociedade do risco, não faz qualquer sentido manter sanções que na sua aplicabilidade prática não são eficazes, nem muito menos manter normas cuja finalidade não é atingida na íntegra.

Também não será uma mera alteração legislativa que resolverá o problema da falta de harmonização legislativa global, que aliás consiste no principal motivo pelo qual surge o «turismo reprodutivo».

Em nosso entendimento, só uma harmonização legislativa europeia nesta matéria, faria com que os diversos regimes legais sancionatórios existentes fossem igualmente aplicáveis a todos, sem qualquer diferenciação de tratamento, em função do território em que se encontram.

Pois que, se assim não for, nada trará as pessoas de alcançarem objetivo, tão primário como o de quererem constituir a sua própria família.

Até porque se a todos é garantido o direito a constituir família e o direito a aceder à saúde, em plenas condições de igualdade, sempre diremos que nem deveria o Estado ponderar sobre a hipótese de limitar o acesso, que a todos é constitucionalmente garantido.

Não serão normas inúteis e até divergentes entre si, que farão com que seja cumprido o objetivo social da preservação do conceito de família tradicional, pois que, há muito que esse conceito não é tido como regra.

Em suma, se uma determinada norma e sua sanção não têm aplicação direta no sistema judiciário dentro do território e, fora dele são excluídas, é por certo que as mesmas não se devem manter, pois mesmo que se venham a manter é evidente que no contexto da reprodução, as pessoas que em Portugal não possam recorrer às técnicas recorrerão a elas fora do território, para evitarem estar sujeitas a aplicação de qualquer sanção.

Conclusão

A Recomendação número 1046, emitida em 24 de Setembro de 1986, pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, foi a principal impulsionadora para que os Estados Membros, cada um por si, adotassem diploma acerca da procriação medicamente assistida.

Porém, cada Estado Membro dotado da sua independência optou por legislar a PMA., em função das suas próprias características históricas, culturais e sociais formando uma Europa composta por diferentes sistemas legais, muitas das vezes divergentes entre si sobre a matéria.

Em Portugal, desde 2006, com a promulgação da Lei número 32/2006 de 26 de Julho foi regulada amplamente a PMA., porquanto foi a mesma que veio estipular o conjunto de técnicas que podiam ser utilizadas, no que é que consistiam, seus beneficiários, domínios adjacentes, quais as técnicas proibidas, seus efeitos e sanções, representando em termos gerais os alegados valores dominantes da sociedade portuguesa.

A procriação medicamente assistida em Portugal é considerada um método subsidiário e não alternativo, só podendo ter acesso às técnicas, os beneficiários previstos no artigo 6.º da LPMA.

Contudo, já na vigência da LPMA. viemos a assistir a uma alteração profunda da sociedade.

Porque, o conceito de família veio a alterar-se, acompanhando o movimento de outros Países europeus, passando a ser mais frequente na sociedade portuguesa atual a monoparentalidade que a biparentalidade.

Assistimos ao alargamento do conceito de casamento, passando este a também ser possível a casais de pessoas do mesmo sexo (Lei número 9/2010 de 31/05) e, ainda, à discussão pública em torno da coadoção por casais do mesmo sexo.

Todos estes fatores demonstram a alteração social da sociedade portuguesa, já não é possível negá-lo.

Decorreram cerca de oito anos desde a promulgação da Lei da PMA. e, até hoje, o Estado não justificou o alargamento do âmbito penal e contraordenacional à Lei, ferindo com tal omissão, princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático, garantidos pela autonomia da pessoa e seus limites, o direito a constituir família, o direito ao desenvolvimento da personalidade e reserva da vida privada e familiar, o direito à saúde e o direito à igualdade.

A norma que delimita os beneficiários da PMA. (artigo 6.º da LPMA.), veda o acesso a inúmeras pessoas, que mesmo não sendo inférteis ou que padecem de doença pretendem recorrer às técnicas da PMA. e que, por razões dignas de respeito, a reprodução natural não constitui um meio aceitável às mesmas.

Qualquer pessoa naturalmente sente o desejo de ter um ser biologicamente seu, ser mãe ou pai, decorre da sua própria natureza.

Sucedo que, o Estado não só restringe o acesso à PMA., como a proíbe, extravasando assim, a razoabilidade da solução defendida e, pior, sem que para tanto apresente qualquer motivo.

Da violação do disposto no número 1 do artigo 6.º da Lei da PMA. resulta um ilícito de mera ordenação social e da violação do número 2 do mesmo artigo, um ilícito criminal e contraordenacional, defendendo assim hipoteticamente a decisão legislativa a teoria do bem jurídico.

Contudo até ao momento, quanto à sua aplicação prática, que serviu de base à nossa pesquisa, não foram instruídas pelo Ministério Público quaisquer processos crime ou pelo IGAS. quaisquer contra ordenações.

Isto é, pese embora existam sanções, para o caso da violação do artigo 6.º da LPMA., as mesmas em cerca de oito anos, nunca foram sequer utilizadas.

Comparativamente a outros Países, Portugal possui um regime legal de PMA. misto, caracterizado por ser simultaneamente restritivo e permissivo, e um exemplo disso é a imposição feita aos beneficiários da PMA., que para além de um diagnóstico médico de infertilidade, têm que possuir determinadas características pessoais, em função nomeadamente da sua orientação sexual.

Portugal, entre Estados como a Itália, França, Reino Unido e Califórnia, possui o regime com sanções mais elevadas, porquanto do número 1 do artigo 6.º prevê em caso de violação, uma coima aplicável entre os 10.000€ (dez mil euros) a 50.000€ (cinquenta mil euros) para pessoas singulares, neste caso necessariamente aos médicos e pessoal assistente e para pessoas coletivas, com o máximo de 500.000€ (quinhentos mil euros), neste caso necessariamente às Clínicas ou Hospitais envolvidos e, do número 2 do mesmo artigo, em caso de violação, um ilícito criminal com pena de prisão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e, uma coima aplicável entre os 10.000€ (dez mil euros) a 50.000€ (cinquenta mil euros) para pessoas singulares, neste caso, também, necessariamente aos médicos e pessoal assistente e para pessoas coletivas, com o máximo de 500.000€ (quinhentos mil euros) neste caso, também, necessariamente às Clínicas ou Hospitais envolvidos.

Quer Espanha, Itália, Reino Unido e Califórnia não recorrem ao ilícito criminal para impor os beneficiários que pretendem ver legalmente aptos e reconhecidos.

França constitui o País com o diploma legal de PMA. mais semelhante ao nosso, pese embora em termos de sanção criminal aplicável, França tenha previsto pena mais leve, ou seja, pena de prisão de apenas 5 anos.

No Estado da Califórnia (Estados Unidos da América) existem diversas formas para que uma pessoa seja considerada pai ou mãe, as quais não estão diretamente relacionadas com o tradicional conceito de família, nomeadamente cabendo dentro do conceito, toda a pessoa que tenha vivido com a criança e tenha cuidado dela como sua

(como pai ou mãe), independentemente do seu género ou de casamento ou de qualquer união de facto.

Reparamos da análise efetuada, que no contexto legal californiano é dada absoluta valoração aos laços criados com a criança, os mesmos são fundamentais para que seja avaliada a verdadeira parentalidade, protegendo sem margem para quaisquer dúvidas o superior interesse da criança.

É certo que a humanidade tem vindo a adaptar-se às consideráveis mudanças, nomeadamente no que respeita à realidade social na escala mundial e ao progresso científico em áreas como a da saúde.

Também a ciência, o conhecimento e a tecnologia levaram a que as comunicações, a circulação de pessoas, bens e informações sofressem uma revolução, alterando a própria forma com que o Homem se relaciona para com o espaço e o tempo.

A política e o direito não deixam de acompanhar estas transformações, uma vez que, as mesmas têm implicações nas relações humanas, na demografia e nas culturas dos povos, exigindo que os direitos sancionatórios, principalmente o direito penal que funciona como *ultima ratio* dê respostas aos novos problemas que possam surgir.

Em matérias como a saúde, que atualmente sofre constantes e magnificas descobertas será necessária, cada vez mais, a tomada de decisões em quadros supra nacionais e, tal permitirá claros benefícios, tornar-se-á mesmo imprescindível num mundo com as características atuais face aos riscos iminentes.

É necessário contudo que tais decisões respeitem os princípios fundamentais de Estados de Direito Democráticos e uma política racional e humanista, fazendo *jus* ao que a Europa tem vindo a fazer.

Deverão ser tomadas opções político legislativas no sentido de enquadrar a realidade nacional à supra nacional.

Porque se tal não for trilhado, cairemos na manutenção de normas e sanções inaplicáveis, que só para uma mera formalidade social existem, porque a sua aplicação é inexistente.

Pois que, se uma determinada norma e sua sanção não têm aplicação direta no sistema judiciário dentro do território e, fora dele são excluídas, é por certo que as mesmas não se devem manter.

Porque ao manterem-se, só proporcionará a que as pessoas que em Portugal não podem recorrer às técnicas, recorram a elas fora do território, para evitarem estar sujeitas a aplicação de qualquer sanção.

Prova desse mesmo facto, é o fenómeno crescente do «turismo reprodutivo» que continua em larga expansão.

Posto isto, concluímos que foi legítimo ao Estado português intervir legislativamente na matéria da PMA., contudo ao tê-lo feito como fez, deveria ter efetuado previamente uma análise e um estudo comparatístico com outros Países que nos são próximos, para daí verificar se o alargamento do âmbito contra ordenacional e criminal ao artigo 6.º da LPMA. seria praticável.

No que concerne ao nosso estudo, verificamos que pese embora o Estado tenha tido legitimidade para criar dois novos tipos de ilícitos de mera ordenação social e um criminal, tal opção legislativa não foi a mais correta, uma vez que, passados oito anos, sobre a promulgação da Lei, continuamos a assistir à sua inaplicabilidade.

E, ainda ao facto de que, determinadas normas se encontram em manifesta contradição e, outras ainda, levam a uma dupla incriminação.

O Estado não tem legitimidade para restringir direitos fundamentais cujos bens defendidos possuem natureza criminal se não estiverem em causa valores estritamente superiores.

Não é o superior interesse da criança que o Estado salvaguarda ao impor no artigo 6.º quais os beneficiários da PMA. é sim o conceito tradicional de família que a sociedade pretende ver como o preferível.

E sendo este o fundamento, não constitui motivo suficientemente plausível para o Estado recorrer como recorreu ao direito penal ou contraordenacional, pois que a preservação da família tida como tradicional, possui carácter manifestamente inferior ao superior interesse da criança.

Não se confundem, pois muitas das vezes, um nem sequer depende do outro.

Assim a restrição prevista no artigo 6.º da LPMA. não se destina à proteção da família no seu todo, nem a salvaguardar o superior interesse da criança, pois que, como resultou da nossa pesquisa, a família de hoje nem sequer é a tida como a tradicional.

Ora, em face de todo o exposto, concluímos que não basta uma mera alteração legislativa no âmbito do artigo 6.º e respetivas sanções da LPMA, no sentido de se atribuir o acesso alternativo às técnicas a todas as pessoas em plenas condições de igualdade, despenalizando e revogando as sanções existentes, para que o problema findasse, é necessário mais do que isso.

Nem mesmo, adotar regime semelhante ao espanhol, aqui estudado, no qual é garantido o acesso à PMA. a todas as mulheres, em plenas condições de igualdade, independentemente da sua orientação sexual, pois que daí, também surgiria o problema de sabermos se seria legítimo restringir o acesso aos homens, que por natureza necessitariam de recorrer à maternidade de substituição.

Uma vez que, se assim fosse permitido, Portugal passaria a ser considerado também um destino de interesse ao «turismo reprodutivo» e manter-se-ia o problema jurídico fundamental.

Em face do que, não se trata só de uma questão de atribuir a todos de forma igual o acesso à PMA., mas sim também de garantir a certeza jurídica de todos os

beneficiários no espaço europeu, assegurando principalmente o superior interesse da criança que possa vir a nascer do recurso a estas técnicas, que atualmente mais que nunca sucede.

Consideramos assim ser necessário que, os artigos que estabelecem os beneficiários da PMA. e suas sanções em caso de violação deverão ser alvo de uma reformulação e possível revogação, porém esta a ser pensada deverá ser feita, no contexto da harmonização de todos os regimes legais supra nacionais existentes em torno da PMA, pois só nesse contexto serão resolvidos os problemas que representam a sociedade global.

Não queremos de todo, com esta solução, retirar a primazia de decisão e independência de cada Estado Membro contudo, fazendo uma análise cuidada das questões que nesta tese foram abordadas, tudo nos leva a crer que, em área tão importante como a da reprodução humana, nada há que impeça o Conselho da Europa ou até outro Órgão Institucional europeu de intervir.

Pois que, em áreas tão fundamentais como a saúde, em face da sociedade do risco, não é a primeira vez que se pensa em harmonizar determinado diploma.

A liberdade de circulação, o turismo reprodutivo e a inaplicabilidade das sanções existentes em torno da violação do artigo 6.º da LPMA demonstram por si só a necessária reflexão sobre a matéria, porém é fundamental que tal reflexão seja efetuada no seu conjunto, tendo em conta a experiência de outros Estados, face aos fenómenos atuais.

É *vero* que a Europa atravessa um momento de profunda crise financeira, contudo tal facto não fará travar por certo, matéria tão controversa e debatida como a presente.

Portanto, a nosso ver, apenas a harmonização de todos os diplomas existentes nos Estados Membros, será a solução mais viável à resolução de questões como: a desigualdade social, inaplicabilidade sancionatória, discriminação em razão da

orientação sexual, o favorecimento de determinadas pessoas em prol de outras, negação da cidadania, a diferenciação das crianças em função da sua conceção, entre outras.

Pois que, só a harmonização fará com que os cidadãos europeus sejam iguais entre si, na matéria da reprodução medicamente assistida, com plena igualdade de direitos e deveres no espaço europeu, sendo-lhes aplicáveis ou não iguais sanções.

E para tal suceder, caberá aos cidadãos europeus decidirem o que querem para o futuro, uma vez que afinal a Europa está ainda em construção.

Bibliografia

1. Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, BRANCO, José Branco (Org.) - *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. 2, Universidade Católica Editora, 2011.
- ANTUNES, Maria João – *Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal? In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Org. Manuel Andrade/Maria Antunes/Susana Sousa, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Vol. III, 2010.
- ARCHER, Luís - *O progresso da genética e o espírito eugénico*, Cadernos de bio-ética, 10, 1995.
- ARCHER, Luís, BISCAIS, Jorge, OSSWALD, Walter – *A dimensão social*, coord. Bioética. Lisboa: Verbo, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, VITAL - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 1º a 107º, vol. I, Coimbra Editora: 4ª ed. rev., 2007.
- CASCÃO, Rui - *O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil*, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007.
- COSTA, FÁRIA COSTA - *A criminalidade em um mundo globalizado: ou Plaidoyer por um direito penal não-securitário*, Revista de Legislação e de Jurisprudência 3934, 2005.
- DIAS, Figueiredo - *Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, Figueiredo - *Direito Penal Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, 2004.

- DIAS, J. Figueiredo, MONTEIRO, Sinde - *Responsabilidade médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, 332, 1984.
- DIAS, João Álvaro - *Responsabilidade Médica*, Acta Jurídica 21.
- DUARTE, Tiago – *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, 2003.
- GAMBLE, Natalie Gamble, GHEVAERT, Louisa Partners, Gamble and Ghevaert LLP. *In In Practice – The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Revolution or Evolution?*, Agosto 2009.
- GERRIS, J. - *L'Embryon Humain: la Pratique Médicale en Belgique*, Yvon Englert, Van Orshoven (edit.), *L'Embryon Humain in Vitro*, De Book Université, Paris, Bruxells, 2000.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, Almedina: 8ª ed., 2007.
- GUIMARÃES, Ana Paula – *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Editora, 1990.
- MARQUES, Adelino - *Responsabilidade Médica* In Luís Archer; Jorge Biscais; Walter Osswald, coord. *Bioética*. Lisboa: Verbo, 1996.
- MENDES, Castro Mendes, SOUSA, Teixeira, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/1991.
- MEYER, Michelle N. – *State's Regulation of Assisted Reproductive Technologies: What Does the U.S. Constitution Allow?* Bioethics, Rockefeller Institute, New York.
- OLIVEIRA, Guilherme de - *Legislar sobre procriação assistida*, RLJ. 3841/2, 1994.
- PANTALEÓN, Fernando - *Contra la ley sobre técnicas de reproducción assistida*, *Jueces para la Democracia*, Dezembro 1988.
- PINTO, Inês Horta Pinto - *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais Na Europa Finalidades, Obstáculos, Realizações e Perspectivas de Futuro*, Coimbra Editora: 1.ª Ed., Setembro 2013.
- RAPOSO, Vera Lúcia Raposo – *EM NOME DO PAI (... DA MÃE, DOS DOIS PAIS, E DA DUAS MÃES)* in *Lex Medicinæ* Revista Portuguesa de Direito da Saúde,

- publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 4, n.º 7, 2007.
- ROBERTSON, John A. - *Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, Columbia Journal of Transnational Law, 12/02/04 6:55 PM.
 - ROZOWKY, Fay A. - *Consent to treatment*, A practical guide.
 - SANTOS, Agostinho de Almeida - *Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores, Genética e Pessoa Humana*, Coleção “Temas de Bio-Ética”, 1991.
 - SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRARETTI, A., ANDERSON, A., DE WERT, G., GOOSENS, V. - *Cross-border reproductive care in six European countries*, Hum. Reprod. 25, 2010.
 - SILVA, Paula Martinho da, COSTA, Marta - *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora: 1ª ed., 2011.
 - SOUZA, Marize Cunha de - *Os Casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a utilização do Gametas de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida*, Revista da EMERJ, v. 13, n.º 52, 2010.
 - STORROW, Richard F. - *Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel*, Reproductive Biomedicine Online, 2011.
 - ZURRIARÁIN, Roberto Germán - *Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Determinación Legal de La Filiación Y Usuárias en el Derecho Comparado*, Cuad. Bioét. XXII, 2011/2ª.

2. Referências Eletrónicas

2.1 Legislação

- «Diário de Sesiones del Congreso de los Diputados», número 376, 1985. Acedido em 23 de Setembro de 2013, em, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones>.

- Artigo 1, Seção 104, n.º 2 do Ato «Assisted reproduction means a method causing pregnancy other than sexual intercourse». Acedido em 19 de Maio de 2013, em, <http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Parentage%20Act>.
- Artigo 2º e número 2 do Artigo 3º do Decreto Lei número 319/86 de 25 de Setembro. Acedido em 5 de Maio de 2013, em, http://www.cnpma.org.pt/legislacao_contexto.aspx.
- Artigo número 3.º, número 1, da Ley 14/2006 de 26 de Mayo. Acedido em 25 de Maio de 2013, em, http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.
- Artigo número 5.º, número 1, da Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Acedido em 25 de Maio de 2013, em, <http://www.trovanorme.salute.gov.it/dettaglioAtto?id=4538&articolo=5>.
- Artigo número L-2141-2 do Code de la Santé Publique. Acedido em 25 de Maio de 2013, em, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687420&dateTexte=20110311>.
- Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Acedido em 30 de Junho de 2013, em, <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>
- Código Penal Espanhol, artigo 159.º. Acedido em 5 de Outubro de 2013, em, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t5.html#a159.
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Acedido em 1 de Junho de 2013, em, <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>
- Decreto da Assembleia número 457VII, de 16-07-1999. Acedido em 5 de Maio de 2013, em, <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=5012>.
- Decreto Lei número 47344/66 de 25 de Novembro. Código Civil designado por «Código de Varela». Acedido em 18 de Maio de 2013, em, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1701&artigo_id=&nid=775&pagina=18&tabela=lei_velhas&nversao=1.

- Decreto número 9/XI da Assembleia da República. Acedido em 25 de Maio de 2013, em,

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35004>

- Decreto Regulamentar número 5/2008 de 11 de Fevereiro. Acedido em 12 de Maio de 2013, em, http://www.cnpma.org.pt/legislacao_contexto.aspx.

- Estados Membros da União Europeia. Acedido em 21 de Setembro de 2013, em, http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm.

- Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 08/11. Acedido em 30 de Junho de 2013, em, <http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/enquadramento+legal/leibasessaude.htm>.

- Lei número 32/2006 de 26 de Julho, Procriação Medicamente Assistida. Acedido em 2 de Junho de 2013, em, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=lei_velhas&nversao=1

- Ley 14/2006 de 26/05, exposição de motivos. Acedido em 23 de Setembro de 2013, em, http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.

- *Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005*". Acedido em 20 de Outubro de 2013, em, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

- Parecer do Conselho da Europa «*Medically Assisted Procreation and the Protection of the human embryo comparative study on the situation in the 39 states*». Acedido em 4 de Maio de 2013, em, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/default_en.asp

- Parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Acedido em 2 de Junho de 2013, em, http://www.cnpma.org.pt/profissionais_pareceres.aspx

- Parecer número 23/CNECV/97, do CNECV., emitido em 29 de Julho de 1997. Acedido em 5 de Maio de 2013, em, <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?p=4>.

- Projeto lei coadoção. Acedido em 1 de Junho de 2013, 9 de Fevereiro e 4 de Maio, ambos de 2014, em,

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37202> .

- Projeto Lei n.º 141/X de Julho de 2005, Projeto Lei n.º 151/X de Setembro de 2005, Projeto de Lei n.º 172/X de Outubro de 2005, Projeto Lei n.º 176/X de Outubro de 2005. Acedido em 5 de Maio de 2013, em, <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=21047>.

- Protocolo de Colaboração celebrado entre CNPMA. e IGAS., cláusula 20.^a, em, www.cnpma.org.pt/Docs/Protocolo_CNPMA-IGAS.pdf.

- Recomendação 1470 (2000), de 30 de Junho, Conselho da Europa. Acedido em 1 de Junho de 2013, em, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=16822&lang=EN>.

- Recomendação 1474 (2000), de 26 de Setembro, Conselho da Europa. Acedido em 1 de Junho de 2013, em, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=16829&lang=EN>.

- Recomendação 924 (1981), Conselho da Europa. Acedido em 1 de Junho de 2013, em, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=14958&lang=EN>.

- Recomendação CM/Rec (2010)5 do Conselho da Europa. Acedido em 13 de Julho de 2013, em, http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Documents/RecCM2010_5_EN.asp.

- Recomendação CM/Rec (2010)5, Conselho da Europa. Acedido em 26 de Maio de 2013, em, http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Documents/RecCM2010_5_EN.asp.

- Recomendação número 1046 (1986) do Conselho da Europa «on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes». Acedido a 1 de Maio de 2013, em, <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta86/EREC1046.htm>.

- Resolução 1547 (2007), de 18 de Abril, Conselho da Europa. Acedido em 1 de Junho de 2013, em, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17531&lang=EN>.

- Resolução número 756 (1981), de 1 de Outubro de 1981, Conselho da Europa. Acedido em 1 de Junho de 2013, em, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=16167&lang=EN>.

- Seção 13, § 5, do Human Fertilisation and Embriology Act de 1990. Acedido em 25 de Maio de 2013, em, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/13>.
- UPA 2008, Seção 14. Acedido em 1 de Novembro de 2013, em, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/14/enacted>.
- UPA 2008. Acedido em 29 de Outubro de 2013, em, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.
- UPA 2008. Acedido em 29 de Outubro de 2013, em, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.
- Veto do Presidente da República, de 03-08-1999. Acedido em 5 de Maio de 2013, em, <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=5012>.

2.2 Jurisprudência

- Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional. Acedido em 20 de Maio de 2013, em, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.
- Acórdão n.º 651/09 de 27 de Julho de 2009 do Tribunal Constitucional. Acedido em 1 de Junho de 2013, em, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090651.html>
- Case Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942). Acedido em 8 de Junho de 2013, em, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/case.html>.
- Decisão TEDH. Acedido em 17 de Junho de 2014, em, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107325>.
- Pierce v. Soc`y of Sisters, 268 U.S. 510, 530, 534 -36 (1925) Acedido em 8 de Dezembro de 2013, em, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/case.html>.
- Sentença n.º 151/2009 de 08/05 do Tribunal Constitucional Italiano. Acedido em 19 de Outubro de 2013, em, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=151>

- Sentença n.º 116/1999, de 17/06/99, do Tribunal Constitucional Espanhol, Recurso de inconstitucionalidade n.º 376/1989. Acedido em 6 de Outubro de 2013, em, http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-15024# analisis.
- Sharon S. v Superior Court, 73 P.3d 554, 574 (California 2003). Acedido em 7 de Dezembro de 2013, em, http://www.leagle.com/decision/20037012CalRptr3d699_1646.

2.3 Doutrina e outros

- Mundialização, Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2014. Acedido em 7 de Junho de 2014, em, [http://www.infopedia.pt/\\$mundializacao](http://www.infopedia.pt/$mundializacao).
- Nacionalidade e Apatridia – Inter-Parliamentary Union, [IPU.]. Acedido em 1 de Junho de 2014, em, www.ipu.org/PDF/publications/nationality_p.pdf.
- WALD, Deborah H., Wald & Thorndal, Attorneys at Law, Elisa B v. Superior Court, WHO IS A PARENT? A QUICK GUIDE TO CALIFORNIA PARENTAGE LAW - March 2013. Acedido em 27 de Fevereiro de 2014, em, <http://www.waldlaw.net/who-is-a-parent.html>.
- WARDLE, Lynn D., *Global Perspective on Procreation and Parentage by Assisted Reproduction*, Capital University Law Review, 2006. Acedido em 24 de Novembro de 2013, em, law.capital.edu/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=20764.
- Warnock Report de 1984. Acedido em 2 de Novembro de 2013, em, <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>