

P.º C.C. 96/2010 SJC

Parecer

Registo de nascimento – maternidade de substituição.

1. No âmbito de parecer elaborado pelo Departamento de Assuntos Jurídicos do MNE, relativo à existência de cidadãos de nacionalidade portuguesa que recorreram a maternidade de substituição (no uso corrente “barriga de aluguer”) em território estrangeiro e que pretendam registar nos serviços consulares as crianças nascidas dessa maternidade, a Direcção de Serviços de Administração e Protecção Consulares solicitou ao IRN esclarecimento sobre “*os poderes e deveres dos funcionários a quem estejam cometidas funções de registo no estrangeiro*”.

Os Serviços Jurídicos do IRN, num elaborado parecer, posicionaram a questão nas técnicas de procriação medicamente assistida, reguladas pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e relembrou princípios estruturantes do direito da filiação português (princípio da verdade biológica¹, princípio da taxatividade dos meios de estabelecer a filiação²), concluindo por considerar que muito embora a ordem jurídica interna não admita a maternidade de substituição, aliás, em consonância com os princípios referidos, a verdade é que a existência de tais contratos válidos no estrangeiro porque celebrados de acordo com a *lex loci*, colocam “... a dúvida de saber quem é a mãe do registando, se a

¹ “O princípio da verdade biológica exprime a ideia de que o sistema de “estabelecimento da filiação” pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel, isto é, pretende que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho. Isto implica que as normas pelas quais se rege o reconhecimento dos vínculos devam estar previstas de tal modo que produzam resultados jurídicos fiéis à realidade biológica; implica que não sejam considerados como pais jurídicos pessoas que não foram os progenitores do filho.” Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, in “Curso de Direito da Família, vol. II, tomo I, pág.s 52 a 59.

² “Este princípio estruturante significa que só se pode aceder ao estatuto de filho, de pai ou de mãe, através dos modos previstos e regulados imperativamente pela lei; só o cumprimento destas normas é que legitima a inscrição no registo civil, e a investidura naqueles estatutos familiares. Dito ao contrário, não se pode fazer um contrato por força do qual a mulher que tem o parto renuncia à qualidade que a lei lhe confere, em favor de outra que pretende ser mãe; este contrato não dá legitimidade para se figurar no registo civil como mãe do filho que outra mulher deu à luz.” Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, in “Curso de Direito da Família, vol. II, tomo I, pág. 60.

mulher, cidadã estrangeira, que suportou a gravidez ou a mulher, cidadã portuguesa, que se apresenta a declarar o nascimento ou que é indicada naquela declaração?”.

2. No mundo actual o progresso da ciência e da técnica é de tal modo rápido que o que ontem era impossível, hoje é realidade e amanhã estará ultrapassado.

O progresso científico, no que respeita a um dos mais extraordinários acontecimentos da vida humana – o nascimento –, tem permitido que a infertilidade masculina ou feminina, considerada há alguns anos como irremediável, encontre hoje solução no âmbito das técnicas de procriação medicamente assistida.

Embora o progresso científico pressuponha um percurso sempre ascendente, a verdade é que o homem nem sempre é um criador de valores positivos, criando também os meios para a sua própria destruição.

Daí a necessidade social de regulação de vazios normativos a que Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, procurou dar resposta no ordenamento jurídico nacional.

O art.º 67.º, n.º 2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa, determina que incumbe ao Estado regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.

A Assembleia da República concretizou essa obrigação com a aprovação da mencionada Lei n.º 32/2006, procedendo posteriormente o Governo à sua regulamentação através do Decreto Regulamentar n.º 5/2008, de 11 de Fevereiro.

A referida Lei n.º 32/2006 regula a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, abreviadamente designada por PMA, elencadas no art.º 2.º (inseminação artificial; fertilização *in vitro*; injeção intracitoplasmática de espermatozóides; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação; outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias), mas sempre como método subsidiário e nunca alternativo de procriação.

Sobre a maternidade de substituição o art.º 8.º da Lei é muito claro, dele resultando de forma inequívoca a sua não admissibilidade na ordem jurídica interna:

“1 – São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

2 – Entende-se por “maternidade de substituição” qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

3 – *A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.*”

Naturalmente que o art.º 8.º insere-se num quadro normativo em que vigora o princípio da verdade biológica no que ao estabelecimento da filiação respeita. O art.º 1796.º, n.º 1 do Código Civil (CC), determina que o estabelecimento da filiação materna resulta do facto nascimento. Como refere o Prof. Guilherme de Oliveira, esta norma “*tem uma intenção determinada: vincar a total sujeição da lei ao facto biológico da maternidade ..., e retirar à mãe qualquer possibilidade de impedir a constituição do estado.*”

O princípio da verdade biológica determina a coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, mantendo inalterado o princípio herdado do direito romano *mater certa est*.

Este velho princípio funda-se na certeza de que é mãe a mulher de quem nasce o filho. A lei nacional não atende, no que respeita à filiação, aos casos em que a criança que nasce nada tem a ver com a mulher que a dá à luz.

Mas, é inegável que o avanço científico que conduziu à fecundação *in vitro* abriu as portas à gestação por conta de outrem, provocando um forte abalo num princípio que parecia inquestionável, havendo quem já proponha a sua substituição pelo princípio *mater non semper certa est*.³

Como refere Ana Paula Guimarães⁴, “Na fertilização *in vitro* a dissociação entre fecundação e gestação é nítida: por um lado, o encontro entre o óvulo e espermatozóides ocorre fora do corpo da mulher para depois se desenvolver no organismo materno, por outro, a possibilidade de intervenção de duas mulheres neste processo – a mãe *genitrix* que fornece o óvulo e a mãe *gestatrix* que acolhe no seu ventre o embrião resultante da fecundação do óvulo daquela, que leva a gravidez a bom termo e dá à luz.

Neste âmbito, podemos distinguir três tipos de maternidade que muitas vezes estão dissociadas: a genética ou biológica, a uterina e a social ou afectiva. A primeira corresponde à proveniência biológica, a segunda, a quem gera no seu organismo o embrião e dá à luz e, a última, a quem cria a criança e a educa. Se o filho pode ter três mães, juridicamente, de quem é o filho, afinal? Porque quem dá à luz nem sempre é a mãe genética ou biológica.”

³ Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña *in* “La maternidad es siempre cierta?”, pág. 499.

⁴ “Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida”, Coimbra Editora, 1999, pág. 100.

Os problemas éticos e jurídicos que a maternidade de substituição coloca podem ter conduzido o legislador nacional à solução que ficou preconizada no art.º 8.º da Lei n.º 32/2006.

Porém, em nome de outros valores como o do superior interesse da criança, mesmo o próprio princípio da verdade biológica admite as excepções legalmente previstas, como sejam o caso da adopção plena (em que o adoptado cessa o vínculo com a família natural e insere-se totalmente na família adoptiva, com a qual pode não ter qualquer laço de sangue⁵), e a inseminação artificial com sémen de terceiro (o consentimento do cônjuge inviabiliza a impugnação posterior da paternidade – art.º 1839.º, n.º 3 do CC).

Resulta também claro do acórdão do Tribunal Constitucional (proc. n.º 101/2009)⁶, citado no parecer dos SJC, que o facto de o art.º 39.º da Lei n.º 32/2006 não contemplar sanção criminal para a maternidade de substituição a título gratuito *“não revela permissividade por parte do legislador, pois nega a esta prática quaisquer efeitos jurídicos, permitindo que a esses casos se aplique a regra de estabelecimento da filiação constante do art.º 1796.º, n.º 1, do Código Civil, segundo a qual, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento. (...) Simplesmente, o legislador optou por diferenciar esses efeitos, consoante o negócio seja gratuito ou oneroso: em ambos os casos há um efeito civil (a nulidade do negócio) e no segundo caso há também uma sanção criminal.”*

Assim, se em Portugal for celebrado contrato para maternidade de substituição o efeito desse negócio é a nulidade, à qual acresce, no contrato oneroso, a sanção criminal. E, nesta situação, no momento da indicação da mãe no registo também não há qualquer dúvida: mãe é aquela que deu à luz.

Aliás, a última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, ao art.º 102.º, mais concretamente aos n.ºs 5 e 6, do Código do Registo Civil (CRC), inculca precisamente a manutenção e reforço do princípio da verdade biológica no momento do registo, ao determinar que sempre que o nascimento ocorra em território português em unidade de saúde onde não seja possível declarar o nascimento, ou fora

⁵ Cfr. art.º 1986.º do Código Civil

⁶ A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, foi objecto de pedido de inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material de algumas das suas normas, o qual não mereceu acolhimento pelo Tribunal Constitucional.

das unidades de saúde, deve ser exibido, no momento do registo, documento que comprove a ocorrência do parto e indique o nome da parturiente.

Não nos parece que seja diferente a solução final a dar à questão registral se o contrato for celebrado no estrangeiro, em país que legalmente autoriza a maternidade de substituição.

É que mesmo que pela aplicação das normas de direito internacional privado (art.ºs 35.º, 41.º, 42.º e 56.º do CC) sejamos levados a concluir que é aplicável a lei estrangeira, o art.º 22.º do CC não permite o acolhimento dos preceitos dessa lei na ordem interna, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português.

Bem sabemos que é cada vez mais difícil delimitar os contornos da noção de “ordem pública”⁷, até porque a sua definição varia com o tempo. No entanto, determinando a ordem interna a nulidade do negócio jurídico da maternidade de substituição, bem como o primado da verdade biológica no estabelecimento da filiação, nos termos atrás referidos, cremos que é possível afirmar que o contrato de maternidade de substituição é ofensivo da ordem pública do Estado português.

A questão colocada pela Direcção de Serviços de Administração e Protecção Consulares prende-se também com a aplicação da Lei da Nacionalidade.

De acordo com a Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, são portugueses de origem os filhos de mãe portuguesa ou de pai português nascidos no estrangeiro se tiverem o seu nascimento inscrito no registo civil português ou se declararem que querem ser portugueses [art.º 1.º, n.º 1, alínea c)].

A manifestação de vontade do interessado para a aquisição originária da nacionalidade portuguesa deve revestir uma das seguintes formas: a) declaração de que quer ser português; b) inscrição do nascimento no registo civil português mediante declaração prestada pelos próprios, sendo capazes, ou pelos seus legais representantes, sendo

⁷ “É o conjunto de princípios que, por serem fundamento de uma ordem jurídica determinada, impedem a aplicação, na respectiva esfera de influência, da lei estrangeira, normalmente competente, ou o conhecimento dos respectivos efeitos.” (Taborda Ferreira, in “Revista de Direito e Estudos Sociais”, X, pág. 186).

Para Mota Pinto ordem pública “é o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas.” (“Teoria Geral do Direito Civil”, 4ª reimpressão, 1980, pág. 434).

incapazes [art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro (Regulamento da Nacionalidade Portuguesa-RN)].

A declaração de nascimento atributiva da nacionalidade portuguesa pode ser prestada nos serviços consulares ou em conservatórias do registo civil (art.º 9.º do RN).

No que respeita ao ingresso no sistema registral nacional pela via da inscrição (a questão suscitada pela DGACCP prende-se com esta forma de ingresso), para além do pedido de inscrição dever ser instruído com prova da nacionalidade portuguesa de um dos progenitores (art.º 8.º, n.º 2 do RN), e por estarmos perante uma declaração de nascimento por inscrição à qual se aplicam as normas do Código do Registo Civil respeitantes à inscrição de nascimento⁸, deve ainda o interessado fazer prova da existência do nascimento o que poderá ser feito com a certidão de nascimento estrangeira⁹.

A constatação de que existiu uma maternidade de substituição só se colocará, no momento do registo, se o funcionário consular tiver conhecimento pessoal do facto, se o mesmo resultar dos documentos apresentados, ou se, inclusivé, derivar das declarações dos próprios interessados.

E se nada for declarado e o funcionário tiver dúvidas sobre a veracidade da declaração, - embora na certidão de nascimento estrangeira apresentada possam constar, como pais do interessado menor, os próprios declarantes da inscrição de nascimento atributiva da nacionalidade portuguesa -, apenas poderá exigir a intervenção de duas testemunhas (art.º 45.º do CRCivil)¹⁰, pois as mesmas são também testemunhas da veracidade das declarações prestadas.

Mas, suponhamos que o pai, cidadão português, declara no momento do registo no Consulado que o filho nasceu nas condições atrás referidas, mas desconhece a identidade da parturiente, sendo certo que o ordenamento estrangeiro admite a maternidade de substituição e a certidão estrangeira de nascimento apenas contém a identificação do pai e nada refere sobre a da mãe?

⁸ O declarante do registo deve sempre identificar a mãe do registando, considerando-se estabelecida a maternidade se o nascimento tiver ocorrido há menos de um ano (art.º 113.º do CRCivil).

⁹ Cfr. art.ºs 33.º, n.º 2, 37.º, n.º 1, 41.º, n.º 6 e 9.º, n.º 2 do RN.

¹⁰ Como é referido no parecer dos SJC (pág. 10) que remete para o parecer deste Conselho proferido no P.º CC 16/2009 SJC-CT.

Por respeitar a menor filho de pai português e, como tal, com direito à nacionalidade portuguesa, entendemos que a declaração de nascimento pode ser aceite só com a filiação paterna estabelecida se o pai declarar desconhecer a identidade da parturiente.

Caso essa identidade seja conhecida (o que nos parece bem mais provável), a filiação materna a declarar será a da parturiente estrangeira, muito embora a lei estrangeira reguladora da constituição da filiação não atribua efeitos jurídicos ao nascimento. Só que a não atribuição desses efeitos contraria a ordem pública do Estado português, pelo que não havendo normas mais apropriadas na legislação estrangeira competente, aplicam-se as regras do direito interno português que conduzem sempre à identificação da parturiente, quando conhecida.

Por outro lado, se da certidão estrangeira constar o nome da pessoa que deu à luz, então será esse o nome a levar à declaração de nascimento atributiva da nacionalidade, na qualidade de mãe, ainda que o pai declare que foi parto derivado de maternidade de substituição.

E se o óvulo fecundado e que originou o embrião não tiver pertencido à pessoa que deu à luz?

A resposta é similar à que foi dada para a questão anterior: nada constando da certidão estrangeira, e declarando o pai desconhecer a identidade da parturiente, também nada constará na declaração de nascimento atributiva da nacionalidade, mas caso seja conhecida a identidade da mãe deve esta ser declarada.

Se da certidão estrangeira constar como nome da mãe o nome da pessoa que forneceu o óvulo, e não o nome da parturiente, então não nos parece possível aceitar aquele estabelecimento materno da filiação por a aplicação das normas estrangeiras violarem princípios de ordem pública do Estado português (art.º 22.º, n.º 1 do CC), e consequentemente, o nome da mãe a levar ao registo será apenas e só o nome da parturiente.

Posteriormente, e como via legal na ordem jurídica portuguesa, a pessoa que sempre pretendeu ser a mãe, e que pode ter sido a “mãe genética ou biológica” (aquela que doou o óvulo fecundado, mas em cujo útero não ocorreu a gestação), ou a “mãe afectiva” (aquela que apenas cria e educa a criança), poderá recorrer ao instituto da adopção para estabelecer o vínculo de filiação que não lhe foi possível estabelecer no momento do registo (art.º 1576.º do CC).

3. As soluções propostas têm por base, como não poderia deixar de ser, o actual quadro normativo interno. Mas temos consciência das dificuldades futuras geradas pela existência de situações de facto que não encontram acolhimento legislativo satisfatório na ordem interna, e que podem ter na sua origem a existência de um projecto de maternidade.

A procriação faz parte da natureza humana, é o instinto de sobrevivência da espécie. Por via legislativa não é possível controlar o instinto e os sentimentos, a ética e a moral individual, mas é possível estabelecer parâmetros de comportamento e limites à intervenção humana.

“É imperioso que as novas gerações não venham um dia a considerar-se vítimas do nosso technologismo. E nós, teremos de assumir a grave responsabilidade de decidir que tipo de humanidade e de sociedade queremos preparar para o próximo milénio.”¹¹

Em face do exposto formulamos as seguintes conclusões:

1. Na ordem jurídica interna vigora o princípio da verdade biológica, pelo que o estabelecimento da filiação materna resulta do facto nascimento, devendo ser feita prova, no momento do registo, da ocorrência do parto e da identificação da parturiente (art.º 1796.º, n.º 1 do Código Civil, art.º 102.º, n.ºs 5 e 6 e art.º 113.º do Código do Registo Civil).
2. Por “maternidade de substituição” entende-se qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade (art.º 8.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006, 26 de Julho).
3. São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição (art.º 8.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006).
4. A mulher que suportar uma gravidez de substituição é havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer (art.º 8.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006).
5. Na ordem jurídica nacional não é reconhecida eficácia ao contrato de maternidade de substituição outorgado em país que o admita (art.ºs 41.º, 42.º e 22.º do Código Civil).

¹¹ Luís Archer “O progresso da genética e o espírito eugénico”, in Cadernos de bio-ética, 10 (1995), pág. 81.

6. À constituição da filiação é aplicável a lei pessoal dos progenitores (art.º 56.º, n.º 1 do Código Civil).
7. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira, para que remetem as normas de conflitos, se envolverem ofensa dos princípios de ordem pública internacional do Estado português (art.º 22.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil).
8. Se no momento da declaração de nascimento atributiva da nacionalidade portuguesa, por o interessado ser filho de pai português, se suscitarem dúvidas ao serviço intermediário sobre a identidade ou veracidade das declarações prestadas, designadamente sobre a identidade da mãe e os elementos do parto, pode e deve o funcionário solicitar a presença de testemunhas, ao abrigo do art.º 45.º do Código do Registo Civil.
9. Se, no momento da declaração referida no número anterior, for declarado, ou resultar dos documentos apresentados, a existência de gravidez de substituição, deve ser solicitada a identificação da parturiente para ficar a constar como mãe no registo. Caso seja invocado o desconhecimento da sua identidade, e a mesma não resultar dos documentos apresentados, da declaração de nascimento ficará a constar apenas a filiação paterna.

Parecer aprovado em sessão do Conselho Técnico de 23 de março de 2012.

Maria de Lurdes Barata Pires de Mendes Serrano, relatora, Laura Maria Martins Vaz Ramires Vieira da Silva, Maria Filomena Fialho Rocha Pereira, António José dos Santos Mendes, José Firmino Fernandes Lareiro, José Ascenso Nunes da Maia.

Este parecer foi homologado pelo Exmo. Senhor Presidente em 26.03.2012.