

BREVE ANÁLISE DE DUAS QUESTÕES PROBLEMÁTICAS: O DIREITO AO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO E O ANONIMATO DOS DADORES

Joaquim de Sousa Ribeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Por razões de tempo, vou debruçar-me apenas sobre duas das questões tratadas no Acórdão n.º 225/2018 — seguramente as duas de solução mais problemática e de maior impacto na prática da procriação médica assistida (PMA).

Em primeiro lugar, a relevância do arrependimento da gestante de substituição para a determinação do vínculo de filiação. O Acórdão entendeu ser constitucionalmente exigível que o consentimento da gestante se mantenha atual ao longo de todo o processo, até à entrega da criança aos beneficiários, devendo a revogação do consentimento anteriormente prestado importar a aplicabilidade do critério geral de filiação consagrado no Código Civil.

Por a norma não admitir esta possibilidade, foi declarada a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (alínea *b*) da decisão).

A segunda questão a tratar tem a ver com a obrigação de sigilo quanto à identidade do dador e quanto ao próprio ato de PMA. A regra do anonimato, já prevista no artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, em relação à utilização das técnicas de PMA então admitidas, foi alargada às situações de gestação de substituição, pela Lei n.º 25/2016, que deu nova redação aos n.ºs 1 e 5 do mesmo artigo.

Pela alínea e) da decisão, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional tal imposição de sigilo. A decisão é tanto mais de destacar quanto é certo que contraria a anteriormente tomada, pelo Acórdão n.º 101/2009, sobre a mesma regra, na formulação então vigente.

Com as contextualizações indispensáveis, serão apenas esses dois os pontos em análise.

I. O estabelecimento da filiação em caso de arrependimento da gestante de substituição

2. O riquíssimo conteúdo argumentativo da fundamentação do Acórdão n.º 225/2018 desenrola-se, quanto à gestação de substituição, em dois planos ou fases. Num primeiro momento, esteve em juízo a *admissibilidade de princípio* deste processo reprodutivo. Concluiu o Tribunal Constitucional que, nem quanto à dignidade da gestante, nem quanto à dignidade da criança nascida na sequência do recurso a esta técnica, se poderá retirar da Constituição qualquer fundamento para a inconstitucionalidade da consagração legal do instituto.

Com esta posição, o Tribunal contradisse e entendeu improcedente, nesta parte, o pedido, no essencial dirigido a sustentar a imposição constitucional de uma *proibição absoluta* da gestação de substituição, tida como “uma verdadeira mercantilização do ser humano” e, como tal, “algo que contraria frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada do valor da dignidade da pessoa humana”.

A posição do Tribunal quanto a esta questão prévia basilar foi alcançada com apoio numa soma, pouco menos do que exaustiva, de convincentes considerações estritamente jurídi-

co-constitucionais, em matéria muito delicada, de funda ressonância ética, em que facilmente vêm à tona pré-compreensões de natureza extraconstitucional.

3. Tendo chegado a essa conclusão primeira, pôde o Tribunal prosseguir para apreciação de “certos aspetos do regime da gestação de substituição lícita”.

Neste plano, decidiu o Acórdão que determinados pontos do regime, na sua configuração concreta, mereciam censura constitucional. Não estaria em causa o modelo português de gestação de substituição, em si mesmo considerado, mas “tão-somente certas soluções adotadas na sua concretização legislativa”. Entre essas soluções, contou-se a atribuição do vínculo da filiação aos pais intencionais, por via legal automática, pelo facto do nascimento, sem que o eventual arrependimento da gestante pudesse obstar à produção desse efeito.

Creio que esta separação entre o modelo e o regime que o concretiza é contestável, pois, ao fim e ao cabo, é a partir de um determinado regime que se pode construir o modelo que lhe corresponde. A afirmação é particularmente verdadeira no que diz respeito àquelas soluções legislativas que “marcam” o modelo, traduzindo uma opção identificadora e distintiva dos seus traços essenciais.

Difícilmente se poderá negar ser esse o caso do critério de determinação de paternidade da criança nascida por gestação de substituição. Não estamos perante um aspeto secundário e particular do regime, destacável do modelo, em si, e valorável de forma distinta. Pelo contrário. Em qualquer modelo de gestação de substituição, tendo em conta a razão de ser que a justifica, o critério de determinação da paternidade da criança assim gerada é um aspeto do regime decisivo para a sua identificação e caracterização. Daí que não possa pôr-se em causa a determinação do vínculo de filiação adotada pelo legislador português sem pôr em causa o modelo que este consagrou. A solução que o Acórdão teve por constitucionalmente admissível — a reposição, pelo menos num primeiro momento, do critério geral de filiação previsto no Código Civil, como consequência da revogação do consentimento da gestante — representa um outro modelo alternativo.

O *critério jurídico de paternidade* que fora adotado é o que mais longe e conseqüentemente leva o acolhimento pleno da natureza e do fim da gestação de substituição, que é o de se gerar uma criança, com gâmetas de ambos ou, pelo menos, de um dos pais intencionais, com o único desígnio de constituir uma relação de parentalidade protagonizada por estes.

O que a gestação de substituição tem de radicalmente inovador e próprio é o dissociar maternidade e gravidez: esta deixa de ser parte integrante e condição necessária daquela. O direito de arrependimento da gestante permite um volte-face que anula e reverte essa dissociação, repondo em vigor o padrão normalizado de que mãe é a mulher que gerou e deu à luz a criança.

Essa possível convergência de gravidez e maternidade, no termo de um processo que se finalizava ao objetivo contrário, elimina o traço essencial deste modelo pleno da gestação de substituição. Cria uma outra figura, mais ou menos próxima — “uma solução intermédia”, como o Acórdão designou o modelo britânico —, mas não se contém dentro do domínio concetual e funcional do tipo de gestação de substituição que o legislador português idealizou.

É óbvio que estas considerações não resolvem a questão de constitucionalidade, mas ajudam a precisar, com rigor e transparência, o significado e alcance da decisão que sobre ela recaia.

O entendimento que fez maioria aponta para um outro critério de atribuição da paternidade. Segundo esse entendimento, não basta que a gestante tenha expresso, até à implantação do embrião, a vontade de que a criança a nascer não seja tida como sua filha, mas antes dos beneficiários; é necessário ainda que, após o nascimento, e através da entrega, ela ratifique, como correspondente ao seu querer atual, essa disposição de vontade.

A esta luz, é a entrega da criança e não o seu nascimento que torna certa e definitiva a titularidade, pelos beneficiários, do vínculo de filiação. Até esse momento, a questão fica pendente e em suspenso, condicionada pela direção da vontade da gestante, que pode, opondo-se à entrega, reivindicar para si o vínculo de maternidade. É assim que a entrega pôde ser expressamente equiparada, no Acórdão, ao *consentimento para adoção* (ponto 47).

Esta construção subentende que o consentimento tácito da gestante, dado pela não oposição à entrega da criança recém-nascida, é causal do vínculo de filiação estabelecido em favor dos pais genéticos e intencionais. Só assim se pode defender que a revogação do consentimento deve importar a eliminação do efeito produzido com o nascimento, admitindo-se que a determinação legal da filiação, reportada a esse momento, possa ser suplantada por uma posterior manifestação em contrário de uma vontade privada.

Mas essa concepção desvia-se dos princípios estabelecidos em matéria de filiação, sempre tida como submetida a um regime de ordem pública, subtraído à disponibilidade e à autonomia privadas.

Em sintonia com esses princípios e com o modelo adotado, a celebração de um contrato de gestação e o consentimento para a execução das técnicas reprodutivas conducentes à gravidez devem antes ser vistos como *pressupostos de natureza volitiva*, que, associados a certos procedimentos obrigatórios, num rígido quadro regulatório e organizatório instituído pelo Estado, levam a que a lei determine excepcionalmente que a mulher que dá à luz não é a mãe, fazendo recair o vínculo parental sobre os pais intencionais e genéticos (cfr., em sentido muito próximo, as considerações expressas na declaração de voto conjunta dos Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa e Cláudio Monteiro, em especial no ponto 2).

4. É constitucionalmente admissível este modelo?

A questão é extremamente dilemática, não só (mas sobretudo) pela natureza do que está em causa, mas também porque não comporta uma solução harmonizadora, de concordância prática, que atenda, na medida do possível, a ambos os interesses: ou se opta pela gestante, ou se opta pelos pais intencionais. A satisfação dos interesses de um dos lados significará inevitavelmente a preterição total dos interesses do outro — sem prejuízo de alguns paliativos amenizadores, que alguma jurisprudência norte-americana tem praticado, como, por exemplo, a concessão do direito de visita.

Em favor da gestante arrependida, e como fundamento da revogabilidade do consentimento até à entrega da criança, invoca-se a regra da voluntariedade do cumprimento, em matéria de disposição contratual de um bem da personalidade. É um argumento poderoso, pois, nesta zona nuclear da identidade e da verdade pessoais, deve ser salvaguardada, em princípio, a livre expressão, em todas as fases do devir da pessoa, do que corresponde ao seu modo de ser e de sentir.

Estando em causa a execução de um programa contratual, a obediência a esse critério implica que, havendo mudança de propósitos, a vontade atual em não cumprir deva prevalecer sobre uma vinculação fundada na vontade pretérita. Mas, nesta específica configuração problemática que a gestação de substituição nos oferece, surgem dificuldades especiais, quer a nível da doutrina do contrato, quer, sobretudo, a nível jusfundamental, em obedecer cegamente e em atribuir carácter determinante a este critério. Essas dificuldades nascem por várias razões.

Em primeiro lugar, pelo facto de o cumprimento por parte da gestante ser de execução continuada, se prolongar no tempo, não representando uma prestação instantânea. E a questão não é aqui, como é na generalidade dos casos, a de saber se o direito de arrependimento deve ser reconhecido até ao cumprimento, ou, melhor, até ao início do processo duradouro de cumprimento. Isso a lei já garantia. É antes a de saber se esse direito deve ser exercitável, após o início e em todo o decurso desse processo, até ao momento final da entrega da criança.

Acresce que, aquando do arrependimento, os pais intencionais (ou, pelo menos, um deles) já há muito tinham disponibilizado os elementos genéticos que deram origem ao embrião. As prestações de cada um dos lados não são sincrónicas, pelo que não é possível aplicar um mecanismo do tipo da exceção do não cumprimento do contrato. Os pais já cumpriram e não é possível voltar atrás com as prestações efetuadas. A gestante já deu início ao cumprimento e, pelo menos findo o período em que não é criminalizada a interrupção voluntária da gravidez, por decisão livre da mulher, o processo que conduzirá ao nascimento já está parcialmente executado e já não pode ser deliberadamente feito parar. Pode ver-se na irreversibilidade, a partir daí, da vontade

manifestada pela gestante um reflexo da irreversibilidade da situação criada com o início do processo da sua execução.

Tanto mais que o que a gestante pretende, em caso de arrendimento, não é apenas deixar de cumprir: é aproveitar-se das prestações da contraparte para realizar um fim exclusivamente próprio, contrário ao fim negocialmente ajustado.

Não pode também ignorar-se que o contrato de gestação não é um negócio jurídico *a se stante*, como pura manifestação da autonomia privada. É antes um elemento volitivo de um complexo programa de gestação legalmente fixado, com requisitos apertados, autorização prévia e sujeição a um contrato-tipo e a um enquadramento institucional por uma entidade de direito público. A questão não é simplesmente a de execução de um contrato, estritamente privado, de “limitação voluntária dos direitos de personalidade” — é para esses negócios que o legislador previu o regime especial do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil — mas de cumprimento de um programa legalmente instituído, controlado e supervisionado, para dar oportunidade de realização a um projeto parental, com material genético próprio, a pessoas impossibilitadas de o concretizar de outro modo.

Por último, e decisivamente, tem que ser entendida nos seus precisos termos e alcance a afirmação do Acórdão (ponto 42) de que «diferentemente do que acontece no caso da gestante, o consentimento dos beneficiários não está necessariamente conexionado com o exercício de direitos fundamentais seus». Esta alegada *assimetria de posições, quanto à incidência em direitos fundamentais*, só existe no que diz respeito às obrigações assumidas: o pesado encargo de iniciar e desenvolver uma gravidez, com as restrições pessoais que implica, não tem contraponto do lado dos pais beneficiários, a quem cabe apenas, realizada a contribuição genética, esperar pelo termo do processo.

Mas, quanto aos direitos exercitados, não há qualquer disparidade de natureza. Também pelo lado dos beneficiários estamos no universo normativo de posições subjetivas com a dignidade e o merecimento de tutela de direitos fundamentais que pertencem ao núcleo da personalidade.

Senão, vejamos:

O projeto parental que dá origem à criança é, no seu início, exclusivamente protagonizado pelos pais intencionais e genéticos. Para a formação do embrião, pelo menos um deles disponibiliza um elemento corpóreo também de carácter pessoal. Dada a incapacidade uterina da futura mãe, o embrião é implantado numa outra mulher, que assume altruisticamente, em substituição daquela, a função de gestação. Em todo o processo está presente, como marca identificadora, o exercício do direito dos beneficiários ao *desenvolvimento da personalidade e a constituir família*, em vista a integrar na sua *identidade pessoal* a condição de pais, de acordo com a sua conceção de vida com sentido.

A eventualidade de o nascimento da criança não concretizar esse projeto, por a maternidade ser atribuída à gestante, não representa apenas a frustração da expectativa de se tornarem pais. Representa também a sujeição a que, contra a sua vontade, outros assumam essa condição, com base em elementos genéticos por si fornecidos e num projeto de vida que lhes era exclusivamente pessoal. A alienação que recaía sobre a gestante, mas em que esta livremente consentira, inverte-se e passa a incidir sobre os que intencionavam tornar-se pais, com a agravante de que a apropriação por outrem não se cinge àqueles elementos, mas abrange uma opção de vida que tinham pessoalmente formado, sob chancela pública, e que, na ordem dos factos, já se consubstanciara, com o nascimento da criança. De titulares únicos de um projeto parental que, com a colaboração da gestante, se concretizara com o nascimento, passam retrospectivamente a meros *participantes forçados* na criação de um vínculo de filiação assumido por outros.

Ninguém contestará que a solução representa uma afeição, com um grau muito elevado de intensidade, desde logo, do direito dos pais intencionais ao desenvolvimento da personalidade. Esse pólo valorativo não pode ser menosprezado, na ponderação a efetuar pelo *princípio da proporcionalidade*, que o Acórdão aplicou, ao fundar a inconstitucionalidade expressa na alínea b) da decisão na “restrição excessiva” do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante.

Sem dúvida que a atribuição a outra mulher, por força de lei e contra a vontade atual da gestante arrependida, da mater-

nidade de uma criança que se formou no próprio ventre desta representa, para ela, um pesadíssimo sacrifício, uma restrição muito severa ao seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Mas é também esse mesmo direito fundamental, com igual conteúdo volitivo, que está em causa e é exercitado pelo lado dos beneficiários. Estamos, pois, perante uma autêntica colisão de posições subjetivas no espaço normativo de um mesmo direito fundamental, e de um direito fundamental que, na expressão concreta aqui presente, se inscreve, em ambos os lados, na zona mais nuclear da personalidade e das opções de vida dos intervenientes.

Sem depreciar o contributo gestacional coadjuvante da procriação, e as suas repercussões, não só no plano biológico, mas também psico-afetivo, não menos saliente e decisivo é o contributo genético prestado no quadro da satisfação de um interesse a que unicamente se deve a ativação do instituto, a ele finalizado, da gestação de substituição.

5. No Acórdão, entendeu-se que não deve ser concedida prevalência *absoluta, sempre*, a qualquer das posições, censurando-se ao regime impugnado a “desconsideração total” das razões que a gestante arrependida possa legitimamente invocar, bem como, e sobretudo, do interesse da criança, “que deve presidir à solução do conflito entre os dois projetos parentais”.

Nessa linha de entendimento, o Tribunal Constitucional transferiu a decisão última, quanto à determinação da maternidade, para a esfera judicial, abrindo a porta a uma avaliação casuística, nessa sede, quer dessas razões, quer deste interesse. Assim, a revogação do consentimento da gestante deve implicar a aplicabilidade do critério geral de filiação previsto no Código Civil. Este efeito pode, por sua vez, ser contestado judicialmente pelos beneficiários.

Para além da incerteza que esta solução gera, não parece consequente, dentro da conceção que vê na exigência da atualidade do consentimento da gestante uma condição da conformidade constitucional do regime, atribuir à revogação do consentimento o efeito de abrir um conflito de pretensões de parentalidade, solucionável, em definitivo, por uma decisão judicial do esta-

belecimento da filiação. Se é o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante que justifica que o vínculo não seja automaticamente atribuído aos que pretendiam, desde o início, tornar-se pais, não vejo em que é que esse direito da gestante fique salvaguardado se a criança, por decisão judicial, acabar por ser atribuída, não a ela, mas aos pais intencionais.

Quanto à necessária consideração do interesse da criança, penso que torná-la o centro de uma disputa judicial, que se pode arrastar, é tudo menos favorável ao seu interesse, como uma das declarações de voto (a do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro) oportunamente acentua. Sobretudo quando há todos os motivos para pensar que aqueles que tinham um desejo tão forte de ser pais que não hesitaram em recorrer ao método excecional da gestação de substituição reúnem todas as condições — que, aliás, devem ser controladas no início do processo — para proporcionar à criança um ambiente afetivo propício à construção sadia da sua identidade.

6. Se, no campo estrito do direito ao desenvolvimento da personalidade é, em extremo, difícil atribuir uma prevalência, pois aí defrontam-se posições que podem ser vistas como tendencialmente equiparáveis, creio que o alargamento da valoração a outros parâmetros constitucionais ajuda a formar opinião.

Quanto ao *direito a constituir família*, julgo que a balança pende para o lado dos pais intencionais. Foi a sua motivação a procriar que os levou a recorrer à gestação de substituição, com utilização de uma técnica de PMA que incorpora material genético seu, e a um processo complexo de que veio a resultar, com a solidariedade ativa da gestante, o nascimento da criança. Se a conseqüente constituição da relação familiar paterno-filial lhes for vedada, tal significará muito provavelmente a frustração irremediável da realização daquele direito.

Pode, até, sustentar-se que tal configura também uma lesão ao *direito à identidade pessoal*, já que uma criança gerada de acordo com um projeto parental próprio e com elementos genéticos próprios não dá origem à relação de filiação que integraria constitutivamente aquela identidade. A condição de pais resultante da progenitura genética de, pelo menos, um dos be-

beneficiários, condição essa deliberadamente intencionada como elemento essencial de um projeto de vida, fica arredada da sua conformação identitária.

Quanto à gestante, que pode já ser progenitora — o que a legislação do Texas, por exemplo, exige — e não sofre de qualquer impedimento gestacional, o seu direito a ter filhos não é bloqueado. Mais rigorosamente, o que é obstaculizado é que ela constitua (ou, frequentemente, reforce) família à custa da realização do projeto parental dos pais intencionais.

A favor destes pesará também o elemento intencional que deu origem a todo o processo e ao surgimento de um novo ser. Para os que, desde o início, desejaram ser pais — tendo recorrido, para esse efeito, a um mecanismo que a lei lhes facultava e que só em vista dessa motivação foi acionado —, a atribuição de título parental à gestante, e não a eles, significará sempre o desrespeito total da sua vontade, não só atual como pretérita. Desrespeito esse que simultaneamente importa a frustração de todo um longo percurso procedimental, iniciado e concluído com o imprescindível concurso da vontade da gestante, num quadro institucional rigidamente fixado, com forte intervenção legitimadora e controladora de uma entidade pública.

7. Bom, mãe só pode haver uma, e há que optar. Tudo ponderado, e tendo sobretudo em conta que o nosso modelo de gestação de substituição é *puramente gestacional*, já que a gestante não pode ser progenitora genética e pelo menos um dos beneficiários o tem de ser, creio que a prevalência dada ao projeto parental destes, em caso de arrependimento da gestante, tinha por si suficientes razões justificativas da não desconformidade constitucional.

Operando uma predeterminação, por via exclusivamente normativa, do vínculo da filiação, como é, a todas as luzes, conveniente e correspondente ao nosso sistema de estabelecimento da paternidade, esta solução é igualmente, se bem ajuízo, a única que não suscita problemas, insolúveis satisfatoriamente, quanto à identificação do pai legal.

8. Uma nota final, quanto às consequências da declaração de inconstitucionalidade. A declaração de voto conjunta a que já fiz referência exprime a opinião de que ela «inviabiliza, para futuro, a consagração legal de verdadeiro e próprio regime de gestação de substituição».

É claramente assim, no plano da normatividade. Mas, em termos reais, creio que ela não obstará à operacionalização da figura, como meio efetivo de procriação assistida. Apenas limita o âmbito da procura das potenciais gestantes de substituição. De facto, desaparecendo a *confiança institucional* que o regime inconstitucionalizado propiciava aos pais intencionais, mantém-se de pé apenas a *confiança pessoal* depositada na gestante, quanto ao cumprimento cabal do programa. O que significa que ela será sempre do círculo de conhecimento dos beneficiários: ou uma familiar próxima, ou uma amiga chegada.

Mas isso, num sistema que só admite a gratuidade, já tenderia presuntivamente a acontecer, na esmagadora maioria dos casos.

II. O anonimato dos dadores de gâmetas

9. A exigência de conhecimento da identidade do dador tem sido fundamentalmente sustentada com base no *direito do filho ao conhecimento das origens genéticas*. E, na verdade, é pacífico, correspondendo à jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, que esse direito é constitucionalmente protegido, enquanto componente do direito à identidade pessoal. Simplesmente, como todos os direitos fundamentais, descontados os raríssimos casos em que da Constituição se infere uma imposição ou uma proibição absolutas, é um direito sensível aos contextos situacionais concretos em que é chamado à colação.

Di-lo, de forma lapidar, o Acórdão n.º 101/2009: «A Constituição supõe (...) a pessoa integrada na realidade efetiva das suas relações familiares e humano-sociais». Deste modo, o domínio de proteção do direito à identidade pessoal, prossegue o Acórdão,

«não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa. Assim sendo, as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal, como seja o direito ao conhecimento das origens genéticas, não têm necessariamente uma força jurídico-constitucional uniforme e totalmente independente dos diferentes contextos em que efetivamente se desenvolve essa identidade pessoal».

De forma que, também aqui, é inevitável uma *ponderação*, em que se avalie se o anonimato representa, para o concebido por doação, uma gravosa perda de identidade, um significativo obstáculo para a consciência e o desenvolvimento do seu sentido de quem é; em caso afirmativo, se essa perda é justificada e compensada pelo que ganham os outros interesses coenvolvidos na utilização desta técnica reprodutiva.

A resposta depende muito do significado a atribuir ao ato de doação. E eu tenho muita dificuldade em conceber como um ato de progeneração a simples transmissão de genes, resultante do aproveitamento, graças a procedimentos puramente técnicos, de um gâmeta disponibilizado a pessoas indeterminadas que pretendem tornar-se pais ou mães. A intervenção impessoal do terceiro é a de um mero fornecedor de material genético para que outros sejam pais, não tendo o mesmo significado, para a construção da identidade do filho, do concurso pessoal direto para a procriação.

Aqui reside a diferença capital em relação ao conhecimento da identidade da gestante de substituição, justificativa de uma valoração também diferenciada. Como salientam as declarações de voto onde se defende uma solução oposta, quanto a este ponto, à que deve recair sobre o anonimato dos dadores, a ligação, na fase uterina, entre a gestante e a criança, é um dado com uma natureza e um grau de intensidade relacional que conferem ao conhecimento da identidade da gestante um muito elevado merecimento de tutela, no quadro do direito ao conhecimento das origens e da historicidade pessoal. Tem bom fundamento, pois, a decisão de inconstitucionalidade da imposição do dever de sigilo, na parte em que abarca a identidade da gestante de substituição. A questão terá, aliás, um reduzido al-

cance prático, pois, na ordem dos factos, é pouco menos do que impossível ocultar a sua participação no processo reprodutivo.

No que diz respeito à doação de gâmetas (incluindo aquela que tenha sido necessária para a formação do embrião a implantar na gestante de substituição), só um *essencialismo genético* pode pretender que a identidade do dador é uma componente vital, um elemento básico, da identidade pessoal do filho. Há que ter em conta as condições muito específicas da concepção, a que a criança deve o bem da sua existência.

10. Esta conclusão tem impacto, de acordo com a “lei da ponderação” (Alexy), na apreciação do peso das razões contrárias ao levantamento do anonimato. São várias as consequências perniciosas que têm sido apontadas a esta medida, e que a prática, em maior ou menor grau e com maior ou menor persistência, tem demonstrado: decréscimo, não só da oferta de gâmetas como da procura, com maior tempo de espera, menor possibilidade de escolha das características do dador, aceitação de gâmetas de menor qualidade, e incremento do chamado “turismo reprodutivo”, com recurso ao comércio internacional e às clínicas de outros países fornecedoras de gâmetas sob anonimato. Tudo redundando em maior dificuldade e maiores custos de satisfação do direito dos pais a gerar e criar um filho, como experiência central do seu sentido de identidade e da sua concepção de vida.

Valorizo mais este impacto negativo sobre o acesso a um estatuto pessoal com relevância constitucional do que a frequentemente apontada afetação do direito do dador à intimidade da vida privada. Este tem um meio fácil para a evitar e que é o de, posto perante a possibilidade de identificação, não fazer a doação. O seu interesse é eminentemente autotutelável, dentro do pressuposto que a eliminação do anonimato é prospetiva, para o futuro.

Importa também observar, quanto à afetação da identidade pessoal do filho, que, antes de qualquer revelação sobre o modo de concepção, este atribuía aos pais, naturalmente, toda a sua ascendência biológica. Não há nenhum elemento em falta para a construção da sua identidade pessoal –nesse aspeto, a situação

diverge profundamente daquela em que está colocado o sujeito sem paternidade reconhecida.

O que se passa é que a narrativa subjetivamente interiorizada quanto à origem genética não corresponde inteiramente, neste caso, à verdade objetiva. O direito ao conhecimento das origens genéticas é aqui o *direito ao conhecimento da verdade sobre as origens genéticas*.

Ora, este direito não é de concretização certa e automática para os que foram concebidos, pelo “processo comum,” na constância do matrimónio. A presunção de que o pai é o marido da mãe não passa disso mesmo— de uma presunção, que a realidade dos factos biológicos pode desmentir. E não raras vezes desmente. Na Grã-Bretanha, foi calculado que, em 3,5 a 9% dos nascimentos “normais”, a origem biológica não estava no marido. Um grupo de trabalho dinamarquês calculou esse número, em 1992, entre 5 e 10%, tendo, aliás, referindo isso como argumento a favor do anonimato. Não gosto deste argumento, que é, reconheço-o, um tanto cínico, e só o refiro para evidenciar que a não coincidência entre a verdade biológica e a verdade social não é algo propiciado apenas pelo nascimento com recurso à doação por terceiro.

11. A posição do concebido por doação não estava, aliás, desprovida de tutela. Permitia-se o acesso irrestrito à informação não identificadora, satisfazendo assim muitas das razões invocadas pela doutrina internacional contra o anonimato: assegurar informação sobre o património genético e evitar o risco de consanguinidade.

E mesmo quanto à identidade do dador, não se erguia um muro intransponível, pois a solução não deixava de facultar o acesso, ainda que condicionado à existência de razões ponderosas, judicialmente comprovadas. O anonimato não era, no nosso sistema, sinónimo de segredo absoluto e muito menos de práticas de verdadeira camuflagem da verdade quanto às condições da conceção — como a utilização de mais do que um dador por ciclo e a destruição de registos, que foram correntes no início da utilização da inseminação heteróloga, no Reino Unido e noutros países.

Era uma solução de equilíbrio, de concordância prática, que, para além de apresentar uma justificação razoável, não violava, no seu figurino concreto, a *proibição de insuficiência de tutela* de direitos pessoais da criança concebida por este método.

12. O discurso argumentativo em prol da abolição do anonimato, apoiou-se também, sobretudo no Reino Unido, num alegado paralelismo com a situação de adoção. Uma das declarações de voto também invoca o princípio da igualdade, como parâmetro impositivo de uma identidade de tratamento.

Creio, todavia, que há suficientes diferenças entre o contexto social e biológico da adoção e o da reprodução assistida para que o argumento não proceda.

A adoção é um *substituto* da procriação, estabelecendo uma relação de filiação com um ser já existente; a conceção com a ajuda da inseminação heteróloga é uma *forma* de procriação. O que é doado não é uma criança, mas elementos do corpo humano que permitem à recetora conceber uma criança. Os laços sociais são estabelecidos, desde o início, com o progenitor ou progenitores, não com o dador, ao passo que a adoção envolve um processo em que existe uma relação familiar prévia, anulada e substituída por uma outra, com novos protagonistas. Na adoção, o adotado tem uma história que antecede o estabelecimento da filiação com os adotantes; na procriação com doação de gâmetas, a criança não preexiste, não tem uma história pessoal, só começa a criá-la com os seus pais.

Mais: contrariamente ao que se passa na adoção, a criança nascida por reprodução assistida tem, em geral, uma conexão biogenética com, pelo menos, um dos pais.

Acresce que o concebido por doação de gâmetas dispõe de informação quanto ao seu património genético, diretamente alcançável através do registo da autoridade médica, ao passo que para aceder ao do adotado é necessário conhecer o historial médico dos que lhe deram nascença.

Por último, na doação de gâmetas, é relativamente fácil aos pais ocultarem o processo, ao passo que a adoção é uma realidade socialmente perceptível.

13. A questão também tem sido abordada pela ótica dos interesses da criança. Neste domínio, facilmente se passa a fronteira do controlo da constitucionalidade para se cair num debate de política legislativa. E são mais as questões em aberto do que as certezas sólidas quanto ao contributo positivo que esta informação possa dar para a formação de uma identidade saudável. As opiniões divergem e, mais do que isso, há números para quase todas as opiniões. Mas não falta quem defenda que a revelação tem mais custos emocionais do que benefícios para a criança, provocando confusão, desapontamento e perda de auto-estima.

Acresce que o interesse da criança não pode ser visto isoladamente dos interesses da família em que se insere, como acentuou o legislador dinamarquês, aquando da revisão da lei desse país, em 2006, a qual manteve o anonimato (até à reforma de 2012, que abriu aos interessados a possibilidade de escolha). E se há alguma certeza neste campo é a de que o interesse da criança faz apelo a uma relação forte, estável e confiante com os seus pais. A revelação da identidade — sobretudo se satisfizer algo mais do que a curiosidade e for direcionada ao estabelecimento de contacto — pode gerar consequências que afetem o bem-estar e a tranquilidade da família, na sua totalidade.

14. Se se entender que o direito à identidade pessoal e os interesses do filho são afetados com o anonimato, então há que dizer que a sua abolição, sem mais, é uma medida inadequada, por insuficiente. Na verdade, a vontade do filho em exercitar o direito ao conhecimento da identidade do dador depende da prévia informação quanto ao modo de conceção, e esta está dependente, em regra, da vontade dos pais. Ora, os pais tendem, por larga maioria, a permanecer silentes quanto a esse dado, também nos países onde foi abolido o anonimato — na Suécia, o primeiro país a fazê-lo, em 1985, só 11% prestam a informação.

Essa retração é humana e compreensível, pois visando a inseminação substituir uma função natural, prevalecerá a tendência a aproximar a situação o mais possível dos traços desta. Só não é assim nos casos em que a progenitura é assumida por uma mu-

lher só ou por um casal de mulheres em que, naturalmente, há que explicar à criança a ausência da figura paterna.

De forma que a simples proibição do anonimato não redundaria necessariamente, em termos reais, num acréscimo de tutela do direito do filho. Para tal, seria necessário garantir o conhecimento do modo de concepção.

Ora, dos países que removeram o anonimato, apenas a Croácia, pelos dados de que disponho, impôs aos pais a revelação deste dado e nenhum formalizou um sistema autónomo de informação à criança. Na Grã-Bretanha, chegou a ser proposto, mas não foi aceite, que essa menção constasse do registo de nascimento. Entre nós, ela é, aliás, expressamente proibida (artigo 15.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006).

15. Vou concluir lembrando duas experiências normativas de sentido oposto.

No Reino Unido, após um intenso debate, com recomendações de comissões, consultas públicas, etc., foi suprimido o anonimato, em 2005. Em França, idêntica reflexão, tendo já em conta esta e outras soluções no mesmo sentido, conduziu, em 2011, à sua manutenção. E, no Reino Unido, fizeram-se ouvir vozes autorizadas reclamando a restauração do anonimato (como, por exemplo, logo em 2006, a do Prof. Colin Campbell, o primeiro presidente da *Human Fertilisation and Embryology Authority*).

Tudo isto mostra que estamos perante uma questão que suscita um vivo contraditório de pontos de vista e de opiniões igualmente razoáveis. E a diversidade de respostas que o direito comparado nos revela, em países com standards elevados de proteção dos direitos da pessoa e valores constitucionais similares a este respeito, é um bom indicador de que não há uma única solução constitucionalmente válida.

A Constituição não proíbe o acesso à identidade do dador, mas também não o impõe. O mesmo é dizer que esta é uma típica questão cuja resposta deve ser deixada ao legislador democrático, a quem cabe fazer uma opção e eventualmente alterar a anteriormente tomada, se e quando entender que ela já não é a mais adequada.