



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rafael Luís Vale e Reis

**PESSOA E DOMÍNIO NA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA**

**Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, ramo Direito Civil, orientada
pelo Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Maio de 2021

**PESSOA E DOMÍNIO NA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA**

*PERSONAL AND PROPERTY RIGHTS IN ASSISTED
REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES*

Nota: o texto da presente tese é elaborado conforme a grafia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, salvaguardando-se, nas transcrições efectuadas, a grafia do texto original.

NOTA PRÉVIA E AGRADECIMENTOS

Iniciei, em 2002, o meu percurso como investigador no Centro de Direito Biomédico.

Por sábia sugestão do meu orientador e Mestre, o Senhor Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, cedo comecei a concitar as minhas atenções nos problemas jurídicos colocados pela Procriação Medicamente Assistida.

A presente tese constitui, assim, o produto dos estudos e reflexões que fui fazendo ao longo dos últimos anos, primeiro com a preocupação de preparar as aulas a meu cargo nos vários cursos do Centro de Direito Biomédico, e, depois, com intenções de aprofundar a análise dos temas, já colhendo os frutos dos debates que se foram suscitando, nesse ambiente académico. As orientações de trabalhos de pós-graduação e de dissertações de mestrado (estas, na FDUC) contribuíram, igualmente, para a maturação das considerações que fui tecendo a propósito dos vários temas da PMA.

Também pude, amiúde, colher ensinamentos no estrangeiro, ao longo de vários anos, sobretudo nos locais onde os temas aqui em análise são mais acesamente discutidos, destacando-se, à cabeça, o Reino Unido e as conferências organizadas pela *Human Fertilisation and Embryology Authority* e o *Progress Educational Trust*.

É este o momento, também, para agradecer à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e aos Mestres das cadeiras em que colaborei: o saudoso Senhor Prof. Dr. António Barbosa de Melo, o Senhor Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, o Senhor Prof. Doutor Joaquim de Sousa Ribeiro, o Senhor Prof. Doutor Remédio Marques e o Senhor Prof. Doutor Luís Miguel Mesquita. De todos recebi e recebo muito mais do que dei.

Ao Senhor Prof. Doutor Guilherme de Oliveira devo agradecer, em especial, todos os ensinamentos que me deu, e o carinho e compreensão que sempre me dedicou. Cada conversa com o Prof. Doutor Guilherme de

Oliveira resulta, para o interlocutor, numa generosa lição, num gesto abnegado e translativo do seu rigoroso saber.

A minha Família (sobretudo os meus pais, irmão e afilhados), constituiu a força em que procurei assentar a determinação de que precisei para escrever a tese. A esta tarefa dediquei horas infindáveis, que espero, ainda, devolver-lhes.

À Têssia devo tudo! Sem o seu apoio, carinho, amor e compreensão diários não teria chegado aqui.

A versão final do texto que apresento foi, em parte, escrita em confinamento, causado pela pandemia que nos tem assolado. Se foi difícil, para todos, ultrapassar esses tempos, mais o foi para mim, pois sentia a angústia adicional resultante da necessidade de escrever, com o necessário rigor científico, o texto que agora apresento.

Só contando com o apoio de uma Mulher como ela consegui encontrar todas as forças necessárias. Espero ainda, também, retribuir-lhe tudo o que me tem dado.

RESUMO

A regulamentação jurídica da PMA, assentou, à escala global, desde a década de 80 do Século XX, em modelos díspares. Por outro lado, as soluções oferecidas não foram consistentes, tendo sido, até, em certos pontos, radicalmente opostas, o que colocou problemas transfronteiriços, num mundo globalizado. Não obstante, o Direito invadiu a PMA e esse cenário não mudará nos anos vindouros, havendo, porém, que encontrar as medidas certas de intervenção, por forma a que elas não sejam reduzidas a uma imediata ineficácia.

Acresce que, sendo matéria em constante evolução, a PMA não deixa de apresentar novos desafios ao Direito, que se agudizarão nos próximos tempos, como sejam, por exemplo, os resultantes da aplicação da *inteligência artificial*, da *ectógenese*, das novas discussões em torno da *clonagem reprodutiva*, da *gametogénese in vitro*, da *terapia de substituição mitocondrial* e da *escolha do sexo* da criança a gerar com recurso às técnicas de apoio médico à reprodução.

No contexto português, os últimos anos têm sido de grande evolução nas opções legais relativas à PMA.

Por um lado, o alargamento do leque de beneficiários, em 2016 (permitindo-se o acesso às técnicas a todas as mulheres, isoladamente ou integrando casal, e independentemente do respectivo estado civil), constituiu uma alteração com consequências muito relevantes, no contexto do *direito da família* e das *relações familiares*, correspondendo, ainda, a uma alteração de paradigma. A PMA passou a ser, para essas beneficiárias, um método alternativo de procriação, o que torna menos gravosas, por comparação, outras opções que se têm tradicionalmente por problemáticas, como, por exemplo, a *escolha de sexo* ou o recurso à *gestação de substituição* pelos casais homossexuais masculinos.

Por outro lado, a consagração da admissibilidade, em Portugal, em 2016/2017, do recurso à *gestação de substituição*, de natureza excepcional e altruística, revelou-se assaz discutível, tendo em consideração as opções do legislador e o seu resultado relativamente à posição da gestante. Essas fragilidades levaram o Tribunal Constitucional português, em 2018, a declarar a inconstitucionalidade do regime legal da *gestação de substituição*, com força obrigatória geral, pelo que importa definir uma regulamentação do procedimento que permita ultrapassar aquelas dificuldades. Para acomodar todos os interesses envolvidos, o modelo de gestação de substituição deverá ser *personalista e não contratualista*, devendo a filiação a favor do casal beneficiário resultar de *atribuição decisória* e não decorrer *ope legis*.

Num plano transfronteiriço, a *gestação de substituição* tem colocado problemas decorrentes das distintas opções dos Estados quanto à admissibilidade da figura, o que já determinou a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Acresce, por último, que, no que respeita ao anonimato do dador do material biológico utilizado na PMA, depois de a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na sua versão originária, ter assentado num modelo de segredo relativamente à identidade civil do dador, o sistema português transitou, por força da jurisprudência constitucional de 2018, para um regime sem anonimato. Este, porém, não se revela o modelo mais adequado, tendo em vista a necessidade de lograr um adequado equilíbrio entre todos os interesses em jogo. O sistema deve assentar, como ponto de partida, na regra da admissibilidade do conhecimento da identidade do dador do esperma, dos ovócitos ou do embrião, mas deve ser equilibrado, na esteira da jurisprudência alemã, com a possibilidade de essa faculdade ser paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a protecção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinem.

Esse regime de revelação da identidade do dador na PMA heteróloga deve, ainda, ser complementado com um mecanismo de *veto/preferência de contacto*, destinado a estabelecer os termos em que as partes envolvidas desejam, reciprocamente, ser contactadas.

Palavras chave: procriação assistida, direitos de personalidade, consentimento informado.

ABSTRACT

The legal regulation of Assisted Reproductive Technologies (ART's) has been based, on a global scale, since the 1980s of the 20th century, on different models.

In addition, the solutions offered have not been consistent. In certain points, solutions are radically opposed, which poses cross-border problems in a globalized world. Nevertheless, the Law invaded ART's and this scenario will not change in the years to come. However, it is necessary to find the right intervention measures, so that they are not reduced to an immediate ineffectiveness.

Being a matter in constant evolution, ART's do present new challenges to Law, which will become more acute in the near future, such as, for example, those resulting from the application of artificial intelligence, ectogenesis, new discussions around reproductive cloning, in vitro gametogenesis, mitochondrial replacement therapy and sex selection.

In the Portuguese context, in the last few years there has a great evolution in the legal options related to ART's.

The widening of the range of beneficiaries in 2016 (allowing access to techniques for all women, by themselves or as part of a couple, and regardless of their respective matrimonial status), constituted a change with very relevant consequences, in the context of the family law and family relations, also corresponding to a paradigm shift. ART's have become, for these beneficiaries, an alternative method of reproduction, which makes, by comparison, less problematic some other options that traditionally are object of debate, such as, for example, sex selection or access to surrogacy by male homosexual couples.

On the other hand, the admissibility, in Portugal, by legal changes enacted in 2016/2017, of surrogacy, of an exceptional and altruistic nature, proved to be quite problematic, considering the options of the legislator and

its result in relation to the position of the surrogate woman. These weaknesses led the Portuguese Constitutional Court, in 2018, to declare the legal regime of surrogacy unconstitutional, with general mandatory force, so it is important to define a regulation of the procedure that will allow to overcome those difficulties. In order to accommodate all the interests involved, the surrogacy model must be personal and not contractual, and the kinship in favour of the beneficiary couple must be the result of a decision assignment and not automatically determined by law.

In a cross-border perspective, surrogacy has posed problems arising from the different options of the States as to the admissibility of the figure, which has already determined the intervention of the European Court of Human Rights.

Finally, as regards the anonymity of the donor of the biological material used in ART's, Law no. 32/2006, of 26 July, in its original version, was based on a model of donor anonymity. However, the Portuguese system, under the constitutional jurisprudence of 2018, has changed to a regime without anonymity. Nevertheless, this does not prove to be the most appropriate system, in view of the need to achieve an appropriate balance between all the interests at stake. The system should be based, as a starting point, on the rule of admissibility of the disclosure of donor identity, but it must be balanced, like the German jurisprudence points out, with the possibility of this faculty being paralysed by a judicial decision to protect superior values (such as the protection of an established family or the psychological health of the donor).

Keywords: *assisted reproductive technologies, personal rights, informed consent.*

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	24
§ 1 – Problemas em análise.....	24
§ 2 – A importância da casuística.....	26
CAPÍTULO I – REGULAMENTAÇÃO DA PMA.....	28
§ 1 – A regulamentação da PMA e o seu papel impulsionador das preocupações éticas e jurídicas em torno da medicina.....	28
1. Desafios da construção do Direito aplicável à genética e à biotecnologia humana.....	28
2. Momento decisivo para a chegada do Direito à PMA.....	32
3. Modelos de regulamentação da PMA.....	34
3.1. Modelo de base constitucional.....	35
3.2. Modelo proscritivo, de pendor criminal.....	35
3.3. Modelo da regulação legislativa especial.....	37
3.3.1. Discussão em torno da necessidade de uma legislação especial de PMA.....	43
3.4. Modelo da auto-regulação, com ou sem normas expressas.....	46
3.5. Modelos mistos	48
§ 2 – <i>Quid</i> regulatório e desafios da regulamentação da PMA.....	50
1. A PMA responsável por quase 0,1% da população mundial e a <i>orientação para os resultados</i>	50

2. A necessidade de pensar a regulamentação da PMA como problema <i>sem fronteiras</i>	51
3. Novos desafios jurídicos na PMA.....	54
3.1. O papel da inteligência artificial	54
3.2. A ectogénese.....	57
3.2.1. Debate em torno da ectogénese	58
3.2.2. A ectogénese e o problema do feto paciente	60
3.3. A clonagem reprodutiva e a <i>gametogénese in vitro</i>	61

CAPÍTULO II – ACESSO AOS TRATAMENTOS, CONSENTIMENTO E OUTROS ASPECTOS CRÍTICOS 69

§ 1 – Acesso à PMA e consentimento informado..... 69

1. Beneficiários e limites do consentimento	69
1.1. O alargamento, em 2016, do quadro de possíveis beneficiários da PMA.....	69
1.1.1. Dúvidas trazidas pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio	71
1.2. Outros problemas, contradições e dificuldades.....	72
1.2.1. Acesso à PMA, pelas mulheres, fora de um quadro de infertilidade.....	73
1.2.2. A mulher casada precisa obter o consentimento do cônjuge ou companheiro(a) para recorrer isoladamente à PMA?.....	76
1.2.3. Implicações indirectas na PMA <i>post mortem</i>	79
1.2.4. Requisitos exigíveis na relação <i>more uxório</i>	80
1.2.5. A mulher casada pode recorrer à PMA com outro(a) companheiro(a), diferente do seu cônjuge?.....	81
1.2.6. Um homem transgénero, que tenha útero, pode ser beneficiário da PMA?.....	83
1.3. A versão originária do artigo 6.º da Lei da PMA, o Acórdão do STJ de 06/11/2018 e o fim da presunção de paternidade que constava do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA.....	86

1.3.1. A eliminação, em 2016, da presunção de paternidade que constava do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA	91
1.4. O recurso às técnicas de PMA pelas mulheres, isoladamente, e a dispensa de averiguação oficiosa	93
1.5. A gestação compartilhada em união homossexual feminina	95
1.6. O limite mínimo de 18 anos para beneficiar das técnicas de PMA	96
1.7. Não consagração de um limite máximo de idade para a aplicação das técnicas de PMA	98
1.7.1. Limitações de idade impostas no sistema nacional de saúde	100
1.7.2. Análise	102
1.8. O acesso à PMA após a ruptura da relação dos beneficiários: revogação do consentimento e a teoria do <i>consentimento mútuo contemporâneo</i>	106
1.8.1. Problema conexo: destino dos embriões na PMA	113
2. Restrições de acesso aos tratamentos baseadas no “estilo de vida” ou noutras condições subjectivas dos beneficiários.....	120
2.1. O tema no TEDH: Acórdão de 4 de Dezembro de 2007, no <i>Case of Dickson v. The United Kingdom</i>	123
2.1.1. Análise	126

§ 2 – Diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI).... 128

1. Da busca do <i>melhor embrião possível</i> à “cláusula de gravidade”	128
2. As soluções da Lei da PMA.....	130
3. A Lei da PMA e o <i>saviour sibling</i>	132
4. O tema no TEDH: <i>Case of Costa and Pavan v. Italy</i> , de 2012.....	136
4.1. O direito italiano em matéria de DGPI e o aborto terapêutico	138
4.2. Decisão do TEDH num caso em que um Estado ultrapassou a margem de apreciação	138
4.3. Análise.....	139

5. Posição do Tribunal Constitucional português.....	140
§ 3 – A escolha do sexo na PMA.....	143
1. Dois paradigmas antagónicos.....	143
2. Argumentos contrapostos.....	145
3. O tema no Acórdão do TC n.º 101/2009, de 3 de Março	149
4. Uma perspectiva de maior abertura relativamente à escolha do sexo	151
4.1. Um modelo possível de escolha de sexo para “ <i>family balancing</i> ”	153
§ 4 – A técnica de terapia de substituição mitocondrial (<i>mitochondrial replacement therapy - MRT</i>)	157
1. Enquadramento.....	157
2. Panorama internacional	160
3. Admissibilidade da técnica.....	162
4. A técnica à luz da Lei da PMA	164
§ 5 – Breve referência aos casos de responsabilidade médica na PMA.....	170
1. Enquadramento.....	170
2. Tipologia de casos	172
3. Análise de casos, em Portugal e em Espanha	174
3.1 Caso do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015.....	174
3.2 Dois casos espanhóis	177
§ 6 – PMA post mortem.....	182
1. A tendencial proibição da PMA <i>post mortem</i>	182
2. Propostas de alterações à lei em matéria de PMA <i>post mortem</i>	189
2.1. Projectos de alteração da Lei da PMA	189

2.2. Os pareceres negativos.....	192
2.3. O Decreto n.º 128/XIV, de 25 de Março de 2021 e o veto presidencial.....	194
3. Análise	197
CAPÍTULO III – A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	202
§ 1 – Enquadramento	202
1. O difícil caminho da <i>gestação de substituição</i> : das Escrituras ao “ <i>Baby M</i> ” e ao “ <i>Baby Gammy</i> ”.....	202
2. Atitudes em face da <i>gestação de substituição</i> : <i>personalismo</i> , <i>contratualismo</i> e <i>ultra-contratualismo</i>	205
3. A perspectiva tradicional: o contrato é nulo por ofender a <i>ordem pública</i>	208
4. O regime francês e o aproveitamento da figura do <i>accouchement sous X</i> (“parto anónimo”)	214
§ 2 – Problemas da <i>gestação de substituição</i> transfronteiriça	218
1. O tema na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: teoria do reconhecimento <i>ex post facto</i> em defesa do <i>superior interesse da criança</i>	218
1.1. Casos envolvendo o Estado francês	218
1.2. O caso <i>Paradiso and Campanelli</i> , na Itália.....	222
1.3. <i>Advisory opinion</i> de 10 de abril de 2019	226
2. A <i>Sentencia n.º 835/2013</i> , de 6 de Fevereiro de 2014, do Supremo Tribunal Espanhol.....	228
3. A <i>gestação de substituição</i> no Tribunal de Justiça da União Europeia	235

§ 3 – *De lege lata*: a gestação de substituição em Portugal

..... 238

1. A <i>gestação de substituição</i> no direito português.....	238
1.1. Solução originária.....	238
1.1.1. A criminalização do recurso à maternidade de substituição a título oneroso.....	239
1.1.2. A não criminalização do recurso à <i>gestação de substituição</i> a título gratuito: análise do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março.....	243
1.2. Solução resultante das alterações legislativas e regulamentares de 2016/2017.....	245
1.2.1. Situações clínicas que podem justificar o recurso à gestação de substituição.....	247
1.2.2. Impossibilidade de recurso pelos casais homossexuais masculinos.....	249
1.2.3. Possibilidade de recurso pelas mulheres, isoladamente?.....	254
1.2.4. Revogação do consentimento: espaço para a interrupção voluntária da gravidez?.....	255
1.2.5. Regulamentação da gestação de substituição em 2017.....	258
1.2.6. A incompreensível criminalização da <i>gestação de substituição</i> a título gratuito.....	261
1.3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril.....	264
1.3.1. A <i>gestação de substituição</i> é constitucionalmente admissível.....	269
1.3.2. Persistência no erro.....	270
1.4. O problema da cominação da nulidade para os contratos de <i>gestação de substituição</i> violadores das regras estabelecidas.....	272

§ 4 - De lege ferenda: um caminho para a gestão de substituição.....	279
1. Modelos de abertura à <i>gestação de substituição</i> em casos excepcionais: Grécia, Reino Unido e Israel.....	279
2. Realidade(s) norte americanas.....	284
3. Proposta de caminho para o problema do “arrependimento” ou da revogação do consentimento da <i>gestante de substituição</i> : a defesa de um modelo <i>personalista</i> em detrimento de uma solução <i>contratualista</i>	286
3.1. Sistema de <i>atribuição ipso iure</i> ou de <i>atribuição decisória</i> dos vínculos de filiação?.....	286
3.2. Revogação do consentimento na <i>gestação de substituição</i> : matéria contratual ou de direito das pessoas?.....	288
3.3. Necessidade de um sistema profilático do arrependimento....	293
3.3.1. Perfil da gestante: mulher que já deu à luz e familiar dos beneficiários?.....	294
3.3.2. Intervenção do tribunal para resolver o conflito entre a gestante e o casal beneficiário logo após o arrependimento da gestante?.....	297
3.3.3. Solução proposta.....	299
3.3.4. Justificações para a correção do modelo do Reino Unido.....	303
4. Conteúdo do compromisso entre gestante e beneficiários: imposição de comportamentos à gestante de substituição.....	308
5. Mecanismo especial de arbitramento de compensação de danos na <i>gestação de substituição</i>	315
6. Serão admissíveis, em Portugal, as agências de <i>gestação de substituição</i> ?.....	320
7. Pode o sistema português abrir-se a um modelo comercial de <i>gestação de substituição</i> ?.....	322

8. Problemas futuros: arrependimento para efeitos de ectogénese, substituição da <i>gestação de substituição</i> e <i>gestação de substituição tardia</i>	327
---	-----

CAPÍTULO IV – O ANONIMATO DO DADOR DO MATERIAL BIOLÓGICO UTILIZADO NA PMA 329

§ 1 – Enquadramento material: o direito ao conhecimento das origens genéticas 329

1. O papel do TEDH, do <i>Bundesverfassungsgericht</i> e do legislador alemão na construção do direito ao conhecimento das origens genéticas.....	329
1.1. A jurisprudência do TEDH.....	330
1.2. O papel do <i>Bundesverfassungsgericht</i> : a posição clássica iniciada em 1989 e as novidades de 2007/	333
1.2.1. As origens da construção jurisprudencial	333
1.2.2. As decisões do <i>Bundesverfassungsgericht</i> iniciadas em 1988	335
1.2.3. Acórdão do <i>Bundesverfassungsgericht</i> de 13 de Fevereiro de 2007 e a <i>Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren</i>	340
1.2.4. Novidades legislativas de 2017: <i>Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen</i> , de 17 de Julho de 2017	346
2. O direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas no direito português.....	348
3. Dimensões complexas direito ao conhecimento das origens genéticas	350
3.1. Breve referência ao conhecimento das origens genéticas no regime da filiação e da adopção à luz das alterações legislativas de 2009 e 2015, respectivamente, e da posição do TEDH de 2017	353

3.1.1. Os prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade	353
3.1.2. Os prazos de caducidade do direito de impugnar a paternidade presumida do marido da mãe	360
3.1.3. O direito do adoptado a conhecer a identidade dos progenitores biológicos à luz das alterações legislativas de 2015	365
3.1.4. O caso <i>Silva e Mondim Correia v. Portugal</i> , decidido no Acórdão do TEDH de 3 de Outubro de 2017.....	369

§ 2 – Enquadramento processual: admissibilidade da *acção de informação pessoal*..... 374

1. O exemplo alemão e a importância da <i>acção de informação pessoal</i>	374
2. A <i>acção de informação pessoal</i> como acção declarativa e a eventual consagração da possibilidade de suprimento do consentimento para a realização de testes de ADN.....	379
3. Ponto sensível: a <i>interesse em agir</i> e a protecção da organização familiar	381

§ 3 – A PMA heteróloga e a solução do anonimato do dador do material biológico 388

1. A falência da perspectiva tradicional em torno da defesa do anonimato na PMA.....	388
2. Várias perspectivas legais para o anonimato ou a sua abolição.....	393
2.1. Os casos particulares da Alemanha e da França.....	399
2.1.1. Modelo Alemão.....	399
2.1.2. Modelo Francês	403
3. A solução portuguesa do anonimato de 2006.....	405
4. Os riscos da abolição absoluta da regra do anonimato – o argumento da escassez de dadores e os “ <i>double track</i> ” systems.....	410

5. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril	413
5.1. Posição inovadora do TC.....	413
5.2. A não limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade	415
6. Regime introduzido pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho	418
6.1. Sentido do actual n.º 5 do artigo 15.º da Lei da PMA	423
7. Proposta de soluções mais harmonizadoras dos interesses em conflito	425
7.1. Regras para a revelação da identidade civil do dador	427
7.2. A importância da ponderação dos interesses conflitantes no caso concreto.....	429
8. Questões complementares em matéria de anonimato/revelação da identidade.....	431
8.1. Conhecimento da identidade da gestante na <i>gestação de substituição</i>	431
8.2. O problema do anonimato na <i>terapia de substituição mitocondrial</i>	436
8.3. O <i>veto/preferência de contacto</i> : contribuição para o equilíbrio de modelo de abolição retroactiva do anonimato	437
8.3.1 O <i>veto/preferência de contacto</i> em Portugal em caso de necessidade de abolição do anonimato <i>tout court</i>	439
8.3.2 Vantagens do sistema de <i>veto/preferência de contacto</i> no modelo de revelação, <i>prima facie</i> , da identidade civil do dador	440
8.4. Aconselhamento especializado e o seu financiamento.....	443
8.5. Importância de um registo central de dadores.....	444
8.6. O dador tem direito a conhecer a sua descendência biológica?	446
CONCLUSÕES.....	449

BIBLIOGRAFIA 466

JURISPRUDÊNCIA 515

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

ADN – ácido desoxirribonucleico

Art. - artigo

BverfG – Tribunal Federal Constitucional Alemão
(*Bundesverfassungsgericht*)

BverfGE – Decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão

BGB – Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*)

BGH – *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemão)

CC – Código Civil

CDHB ou Convenção de Oviedo – Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

DGPI – Diagnóstico genético pré-implantatório

EschG – *Embryonenschutzgesetz* (Lei alemã de protecção dos embriões, de 13 de Dezembro de 1990)

ESHRE – Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia
(*European Society of Human Reproduction and Embryology*)

EUA – Estados Unidos da América

GG – Lei Fundamental (ou Constituição) alemã (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)

HFEA – *Human Fertilization and Embryology Authority* (Reino Unido)

HFEAct 1990 – *Human Fertilization and Embryology Act 1990* (Reino Unido)

HFEAct 2008 – *Human Fertilization and Embryology Act 2008* (Reino Unido)

IA – inteligência artificial

LPMA ou Lei da PMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)

MRT - Técnica de terapia de substituição mitocondrial (*mitochondrial replacement therapy*)

PMA - Procriação Medicamente Assistida

p(p). – página(s)

s(s). – seguinte(s)

Sep. - separata

STJ – Supremo Tribunal de Justiça português

TC – Tribunal Constitucional português

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

V. – *vide*

ZPO – *Zivilprozessordnung* (Código de Processo Civil alemão)

*“Nada na vida deve ser temido,
apenas compreendido. É tempo de
entender mais, para que tenhamos menos
medo.”*

Marie Curie

INTRODUÇÃO

§ 1 – Problemas em análise

Neste estudo, procuramos analisar alguns dos aspectos mais discutidos, no plano jurídico, no domínio da Procriação Medicamente Assistida (PMA).

O auxílio médico à reprodução atingiu, à escala global, uma importância na vida dos cidadãos que ultrapassou as melhores expectativas da década de 80 do Século XX.

Estima-se que, em todo o mundo, aproximadamente 9% dos casais em idade reprodutiva sofre de infertilidade ou incapacidade para conceber um filho, e, em muitos países em desenvolvimento, as percentagens de infertilidade serão significativamente mais altas, chegando a 25% ou 30% em algumas populações¹, não sendo, pois, de estranhar que a PMA seja olhada como uma das “maravilhas da ciência médica” dos últimos 50 anos, revolucionando o tratamento da infertilidade e transformando a falta de filhos dos casais inférteis numa doença tratável².

Lembra ALBERTO BARROS que, *“mesmo nos casais em que “tudo” está aparentemente bem, a probabilidade mensal de alcançar uma gravidez de forma natural ronda os 25%, em mulheres até aos 30 anos, mas já será de 5-10% aos 40 anos e inferior a 1% a partir dos 45 anos”*³.

¹ INHORN, M.C. / BIRENBAUM-CARMELI, D., “Assisted Reproductive Technologies”, in *The International Encyclopedia of Anthropology*, (H. Callan, Ed.), 2021.

² Apesar de lidar com taxas de sucesso no tratamento relativamente baixas (entre 30% e 50%).

³ BARROS, Alberto, “Procriação Medicamente Assistida: Novos Direitos, Novos Desafios”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 7. O Autor recorda, ainda, que o conceito clínico de infertilidade foi recentemente actualizado: *“a disease characterized by the failure to establish a clinical pregnancy after 12 months of regular, unprotected sexual intercourse or due to an impairment of a person’s capacity to reproduce either as an individual or with his/ her partner (The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017)”*. Para ALBERTO BARROS, esse conceito reflecte agora *“o abandono da exclusividade de pensar a infertilidade como um problema de um casal,*

Todavia, como é sabido, essa relevância da PMA no tratamento de uma séria doença (a infertilidade) foi sempre acompanhada de debate e controvérsia.

Assim, começaremos por estudar as dificuldades que o Direito tem sentido na regulamentação desta área da medicina, bem como as várias metodologias utilizadas para o efeito, e os desafios futuros que a mesma enfrenta.

Analisaremos, também, os termos do acesso à PMA e as restrições que aqui se têm erigido e eliminado.

Em 2016, as alterações na regulamentação da PMA trouxeram, no nosso país, uma verdadeira *revolução* ao *direito da família*, sendo da maior relevância analisar o impacto dessas mudanças.

Daremos, ainda, particular atenção a domínios específicos em que o debate em torno da PMA costuma ser aceso: o *dignóstico genético pré-implantatório*, a escolha de sexo, a *terapia de substituição mitocondrial*, a responsabilidade médica e a PMA *post mortem*.

Entraremos, em seguida, em dois capítulos que consideramos da maior relevância em matéria de PMA, e que têm estado, nos últimos anos, no centro do debate, num plano internacional, mas sobretudo em Portugal, depois de ter sido proferido o Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, pelo Tribunal Constitucional português.

O primeiro respeita à *gestação da substituição*, que examinaremos, também, numa perspectiva transnacional, com a preocupação de propor um modelo de procedimento que permita vencer as fragilidades que levaram à formação da jurisprudência do Tribunal Constitucional e que procure harmonizar, da melhor forma possível, os interesses conflitantes envolvidos.

passando também a considerar-se a dificuldade ou a impossibilidade reprodutiva individual" (BARROS, Alberto, "Procriação (...)", *ob. cit.*, p. 8).

O segundo capítulo reconduz-se ao problema do *anonimato do dador* na PMA heteróloga.

Defendemos, há vários anos, a abolição do regime (quase) absoluto de anonimato criado pelo legislador em 2006, mas isso não significa, pensamos, que tenha de consagrar-se uma solução totalmente oposta. É possível encontrar mecanismos adequados que permitam afirmar um princípio de concretização *do direito ao conhecimento das origens genéticas*, sem prejuízo de, excepcionalmente, e desde que exista justificação adequada para tal, ele poder ceder a outros interesses que se tenham por prevaletentes.

§ 2 – A importância da casuística

Constitui uma preocupação permanente, no decurso da investigação que subjaz ao texto agora apresentado, o recurso à jurisprudência, nacional e estrangeira.

Na PMA, como em muitos outros domínios do *direito da medicina*, a casuística é fundamental para se compreender a verdadeira implicação das soluções legais, oferecidas ou a constituir⁴.

Nesta matéria, o leque de casos e decisões judiciais disponíveis é muito abrangente.

Será possível, por exemplo, analisar com detalhe vários Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (sendo o mais antigo de 1989), com implicações directas ou indirectas na PMA. Com essas pesquisas, consegue adentrar-se, as mais das vezes, nas filigranas e idiosincrasias de regimes estrangeiros, o que contribui enormemente, pensamos, para o alargamento de perspectivas e o enriquecimento do discurso.

⁴ É na casuística que se perscruta a *judicativo-decisória realização do direito* (CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvudia Ivridica*, Coimbra Editora, 1993, p. 17 e *passim*).

Por certo se acentuará, nos próximos tempos, a tendência de os problemas em matéria de medicina da reprodução serem apreciados pelas mais altas instâncias jurisprudenciais, à escala mundial. O TEDH tenderá, julgamos, a ver acentuado o seu papel de correcção de comportamentos dos Estados ofensivos da *vida privada e familiar*, na medida em que é expectável que estes continuem, nos próximos anos, a consagrar proibições cuja justeza terá de ser apreciada à luz daqueles valores fundamentais.

Dar-se-á, também, grande importância, à jurisprudência interna dos países europeus cujo Direito costuma ser inspirador das soluções que acabam vertidas no quadro legal nacional, destacando-se, nesse estudo, a análise da jurisprudência alemã e espanhola.

CAPÍTULO I – REGULAMENTAÇÃO DA PMA

§ 1 – A regulamentação da PMA e o seu papel impulsionador das preocupações éticas e jurídicas em torno da medicina

1. Desafios da construção do Direito aplicável à genética e à biotecnologia humana⁵

Volvidas quatro décadas das primeiras intervenções relevantes e sistemáticas do Direito na PMA, consegue, hoje, constatar-se que essa operação regulatória constitui um claro exemplo de interferência problemática, e não consensual, nos domínios do *direito das pessoas*.

Tal circunstância, porém, revela-se como resultado perfeitamente normal, atendendo à complexidade em torno dos problemas da PMA.

Lembra AMEL ALGHRANI, que “*no campo das tecnologias de reprodução assistida, progredimos rapidamente e a ciência reprodutiva continua a impulsionar-nos ainda mais para territórios desconhecidos*”⁶. A Autora fala mesmo, expressivamente, numa revolução reprodutiva ocorrida em quatro décadas, tendo em conta os avanços verificados, entre outros, em domínios como a *escolha de sexo*, a *clonagem reprodutiva*, a *selecção embrionária*, o *transplante de útero e mitocondrial*⁷.

A longo de todo esse lapso temporal de quarenta anos, não raro ocorreram inversões na estratégia legiferante, alterações de perspectivas sociológicas, pressões democráticas e intervenções correctivas judiciais. De tudo um pouco aconteceu, nesta matéria, entre a década de 80 do século XX, e os dias de hoje⁸.

⁵ ROMEO-CASABONA, Carlos M., “La construcción del Derecho aplicable a la genética ya a la biotecnología humanas a lo largo de las dos últimas décadas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 27-52.

⁶ ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted Reproductive Technologies: New Horizons*, Cambridge University Press, Kindle Edition, 2018, loc. 334.

⁷ ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted (...)*, *ob. cit.*, loc. 334.

⁸ Cfr., para uma perspectiva global: GUNNING, Jennifer, “Regulating assisted reproduction technologies”, in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 20, n.º 3, 2001,

Por exemplo, alguns sistemas legais deixaram de proibir a *gestação de substituição*, outros passaram a admitir a *terapia de substituição mitocondrial* e mudaram-se radicalmente regimes do *anonimato do dador*. Outros ordenamentos alargaram amplamente o leque de beneficiários da PMA.

No plano judicial, o TEDH aboliu fronteiras e impôs, ainda que indirectamente, comportamentos aos Estados.

A História tem, assim, demonstrado quão problemático é regulamentar a PMA, sobretudo porque, muitas vezes, o receio da “*slippery slope*” tem conduzido a intervenção normatizante a uma atitude defensiva ou a uma lógica, quase maniqueística, da permissão ou da proscricção, ou, se quisermos, do *tudo ou nada*.

Por exemplo, no plano transnacional, a *gestação de substituição* pode ser proibida e criminalizada, ou regulada num esquema de comércio aberto de verdadeiros “*contratos de locação do útero*”. A inseminação *post mortem* pode ser absolutamente proibida, ou considerada necessária, em face da abertura da fertilização *in vitro* às mulheres solteiras com recurso a espermatozoides de um dador (de identidade civil passível de ser conhecida), que pode já ter morrido. A *terapia de substituição mitocondrial* pode ser criminalizada, por permitir gerar um ser humano com ADN de três progenitores, ou considerada uma técnica perfeitamente aceitável para tratar patologias graves de mulheres beneficiárias. O *anonimato do dador* pode ser diabolizado, em face das correntes modernas em torno da descoberta das *origens biológicas*, ou imposto como necessário para salvar o sistema de apoio médico à procriação humana, ante o perigo da escassez de dadores. Os exemplos são quase infindáveis.

Este cenário, aparentemente problemático, a olhos destreinados, é, aliás, agravado se pensarmos que o caminho percorrido tem demonstrado,

pp. 425-433; IDEM, “Regulation of assisted reproductive technology: a case study of Japan”, in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 22, n.º 4, 2003, pp. 751-761.

muitas vezes, que as soluções cristalizadas na lei são, na verdade, pouco perenes. São vários os exemplos em que o Direito passou a oferecer, quase da noite para o dia, soluções radicalmente opostas, por vezes até em prejuízo da segurança jurídica, como veremos *infra*⁹. Pense-se, por ora, no caso português, na “legalização” da *gestação de substituição*, em 2016/2017, antes odiosa, e o quase imediato retrocesso determinado pelas questões de inconstitucionalidade que encerrava e que foram denunciadas pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril. Ou, ainda, na implosão, por via do mesmo aresto, da solução do *anonimato do dador*, sem limitação dos respectivos efeitos, o que gerou preocupação nos centros de PMA, desconfiados quanto à resposta a dar aos doentes e dadores relativamente aos gâmetas e embriões que já tinham criopreservados.

Todavia, repete-se, só olhos incautos teriam a leviandade pensar que a história poderia ser outra na PMA. Não pode, por certo.

A comunidade tem de aceitar que, no campo da medicina e das ciências que em torno dela gravitam, a rapidez da evolução dos conhecimentos, cada vez mais complexos tecnicamente, tem de deixar em apuros, não raras vezes, a Ciência Jurídica. Faz parte das regras deste jogo complexo, deste *tango* entre tecnologia médica e Direito.

ROMEO-CASABONA procura sabiamente explicar como as descobertas científicas foram alterando as relações entre *Direito, Ciência e Tecnologia*, levando mesmo à criação de um novo modelo (e permitindo falar de um Direito da Ciência e da Tecnologia)¹⁰.

Se, numa primeira fase, o Direito se foi enamorando das “leis científicas” (por exemplo, em matéria de investigação de delitos), logo (a par da Bioética) se impôs em pose paralela, fazendo a sua discussão concomitante com o próprio debate científico, desaparecendo o desfasamento temporal entre a descoberta da ciência e a reflexão jurídica,

⁹ Cap. IV § 3, 5.2.

¹⁰ ROMEO-CASABONA, Carlos M., “La construcción (...)”, *ob. cit.*, p. 30.

tudo desembocando numa “*relação pluridimensional e ao mesmo tempo mais estreita entre Ciência, Tecnologia e Direito*”¹¹.

Estas mudanças, ainda segundo ROMEO-CASABONA, permitiram, inclusive, identificar novos direitos fundamentais, ou novas dimensões de direitos já consagrados, como por exemplo, a *identidade e individualidade genéticas*, o *direito ao conhecimento das origens genéticas*, o *direito a não saber* e a *não ser informado*, o *direito a estar doente* e a *não ser discriminado* por determinadas características genéticas¹².

Este é, afinal, também o campo da medicina reprodutiva, que tem lidado, nos últimos anos, com uma pergunta simultaneamente desafiadora, no plano científico, e problemática, na perspectiva legal e ética: se a medicina o permite, devemos contribuir para o nascimento de pessoas mais saudáveis, mais inteligentes e com mais esperança de vida?

Este dilema é analisado de forma muito estimulante por MATTI HÄYRY, no seu livro *Rationality and the Genetic Challenge - Making People Better?*¹³

O auxílio médico à reprodução tem evoluído para um plano em que já não está em causa, apenas, o combate à infertilidade, mas também a optimização das condições do nascimento, ou, se preferirmos, das características genéticas dos seres gerados com recurso à PMA.

Para MATTI HÄYRY, as complexas questões aqui envolvidas ultrapassam o estrito domínio clínico, para se elevarem ao plano da

¹¹ IDEM, *ob. cit.*, pp. 30-31.

¹² ROMEO-CASABONA, Carlos M., “La construcción (...)”, *cit.*, pp. 33 e 34. O Autor explica, ainda, como o *direito internacional das ciências biomédicas* se foi moldando em torno de várias características peculiares: a) recurso a *soft law*; b) a sobreposição ou confusão com a Bioética; c) a influência directa nos direitos internos; d) o levantamento da questão dos novos titulares de direitos (como o embrião e o feto) (ROMEO-CASABONA, Carlos M., “La construcción (...)”, *ob. cit.*, pp. 33-41).

¹³ HÄYRY, Matti, *Rationality and the Genetic Challenge - Making People Better?*, Cambridge Law, Medicine and Ethics, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

complexidade da responsabilidade dos progenitores, da eventual concepção das pessoas como meios, enfim, da própria *dignidade humana*^{14/15}.

Se, com facilidade, a maioria do público responderia afirmativamente à pergunta que colocámos *supra* (em suma: “queremos melhores pessoas?”), não deixa de ser verdade, também, que uma outra parte tenderia a dizer que tais práticas são inaceitáveis, porque eugénicas, clamando, até, por intervenções legislativas proscritivas.

Resulta do exposto, porém, a verdade inexorável: a História demonstrou que é difícil regulamentar a PMA. Em face dela, outra conclusão não menos assertiva se impõe: o Direito invadiu a PMA e não quer (nem o deixariam) sair desse domínio.

Se aceitarmos pacificamente essa realidade, mais facilmente contribuiremos para a resolução de dois dos principais problemas que aqui se levantam: a) na PMA, terão eficácia relativamente reduzida as posições normativizantes proscritivas e repressivas; b) a intervenção legiferante não pode fechar os olhos à hodierna realidade imposta por um Mundo globalizado, sob pena de, por perda de eficácia, fazer desaparecer totalmente a sua credibilidade.

2. Momento decisivo para a chegada do Direito à PMA

Não obstante as dificuldades acabadas de referir, é seguro que a regulação ética e jurídica da assistência científica à reprodução humana, que

¹⁴ *Dignidade humana* que deve ser “fundamento da ética numa sociedade plural e secular, conceito do qual decorrem os valores estruturantes da nossa sociedade designadamente a liberdade ética da pessoa, a solidariedade interpessoal, e a igualdade de oportunidades no acesso aos bens sociais” (NUNES, Rui, “A Liberdade Ética da Pessoa Humana”, in NETO, Luísa / PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 148).

¹⁵ Para uma perspectiva constitucional, na relação com a biomedicina, da dignidade humana, v. LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais*, Vol I. e II, Coimbra, 2003, pp. 458-472.

hoje é considerada, apenas, um ramo do vasto domínio do Direito Médico, ou, noutro plano, da Bioética, começou por ter, na verdade, um papel primordial na intensificação e desenvolvimento dos estudos sistemáticos em torno dos problemas da medicina e da investigação científica que lhe está associada. Basta pensar que, no cenário português, foi a PMA a determinar a constituição, na década de 80 do Século XX, da *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias* (no contexto que se identificará já de seguida) que se constituiria o embrião do Centro de Direito Biomédico, e idênticas experiências tiveram réplicas um pouco por toda a Europa.

O fenómeno que espoletou esse movimento está bem localizado no tempo e no espaço: o Reino Unido, nos finais da década de 70 do século passado.

Surgiu então a prova irrefutável de que era possível controlar, em certa medida, parte do processo criador da vida humana, e de que se concretizara a profecia do *admirável mundo novo*¹⁶: em 25 de Julho de 1978 nascia, no *Oldham General Hospital*, no Reino Unido, o primeiro ser humano concebido com recurso à fecundação *in vitro*, ou como ficou amplamente conhecido, o primeiro “bebé proveta” (de nome Louise Brown¹⁷).

Até ao caso Louise Brown, as discussões jurídicas e éticas em torno da PMA não criavam comoção no público, na medida em que a inseminação heteróloga (a única técnica verdadeiramente problemática, à época) merecendo contestação de alguns sectores científicos e sociais (desde logo das instituições religiosas), estava longe de conseguir provocar o abalo que a fertilização *in vitro* causou.

¹⁶ ALDOUS HUXLEY (“*Brave New World*”), publicada na década de 30 do século XX.

¹⁷ Cfr. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao património genético*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 46 e ss..

A possibilidade de “criar” o embrião humano em laboratório contribuiu decisivamente para o despertar das consciências e, logo de seguida, determinar a intervenção do Direito¹⁸.

Os alarmes soaram e os envolvidos na PMA clamaram pela definição urgente de regras.

AMEL ALGHRANI documenta o fenómeno, dando conta de como o caso Louise Brown “*deu origem a uma onda de preocupação pública em torno dos possíveis danos, riscos e dilemas éticos associados ao uso de novas tecnologias reprodutivas artificiais para criar filhos*”¹⁹.

3. Modelos de regulamentação da PMA

Se o caso Louise Brown trouxe, definitivamente, o Direito para a PMA, a verdade é que as respostas regulatórias foram, desde o início, díspares²⁰.

Podemos, assim, identificar vários modelos de regulamentação jurídica da PMA^{21/22}.

¹⁸ Para DANIEL SERRÃO o caso Louise Brown “*instalou um debate técnico-científico, ético-moral, sócio-jurídico, religioso e político, primeiro no Reino Unido e depois na Europa*”. Segundo o Autor, “*a emoção suscitada pelo nascimento do impropriamente chamado «bebé-proveta» resultou do incontestável valor natural e simbólico da geração de filhos como meio próprio de garantir a perpetuidade da espécie humana, tal como ocorre nas outras espécies animais gonocócicas, nas quais o filho resulta da união corporal da forma masculina com a forma feminina*” (SERRÃO, Daniel, *Livro Branco – Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica*, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, Maio de 2003, p. 11).

¹⁹ ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted (...)*, *ob. cit.*, loc. 334-335.

²⁰ LENTI, Leonardo, *La procreazione artificiale: genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, pp. 381-396, sobretudo pontos 1 a 4.

²¹ PRÄG, Patrick / MILLS, Melinda C., “Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care”, in Kreyenfeld M., Konietzka D. (eds), *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences. Demographic Research Monographs (A series of the Max Planck Institute for Demographic Research)*, Springer, pp. 289-309.

²² Sobre o ponto, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 1093-1124.

3.1. Modelo de base constitucional

Neste modelo, a regulamentação da PMA tem como ponto de partida a lei fundamental, que não se limita a fazer um ligeiro enquadramento da matéria (como acontece em Portugal com o artigo 67.º da Constituição, que, na alínea e) do n.º 2, estabelece que incumbe ao Estado, para protecção da família “*regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”), mas antes oferece as linhas gerais do quadro regulatório²³.

É nestes termos que assenta a regulamentação da PMA na Suíça, onde o artigo 119.º da *Constitution fédérale de la Confédération suisse* (cuja epígrafe é “*Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain*”) define os princípios regulatórios, como por exemplo: a) proíbe-se a clonagem e qualquer intervenção no património genético de gametas e embriões humanos; b) proíbe-se a criação de embriões para outros fins que não os da PMA; c) consagra-se o carácter subsidiário da PMA; d) proíbe-se a dádiva de embriões e a *gestação de substituição*; e) consagra-se o *direito ao conhecimento das origens genéticas*²⁴.

3.2. Modelo proscritivo, de pendor criminal

Este modelo constituiu a opção da Alemanha, que, logo em 1990, adoptou, na sequência do *Benda Report*, a *Embryonenschutzgesetz (EschG)* (Lei de protecção dos embriões), de 13 de Dezembro²⁵.

²³ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico da procriação medicamente assistida em Portugal e a utilização dos embriões – notas breves”, in *Parentalidade – Análise Psicojurídica*, org. Ivone Maria Cândido Coelho de Souza, Juruá Editora, Curitiba, 2009, p. 32.

²⁴ Sobre as alterações mais recentes no quadro regulatório suíço, concretamente, sobre o acesso à PMA pelos casais de mulheres, v. MITTERA, Vera R. / WIDMERB, Regina Y., “Procréation médicalement assistée: inégalité d’accès en Suisse”, in *Bulletin des Médecins Suisses*, 2021, 102(6), pp. 222–224.

²⁵ Analisando o estatuto do embrião no direito alemão, pode ver-se TAUPITZ, Jochen, “The right to life of the unborn”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 3, n.º 5, 2005, pp. 5-14.

O objectivo primordial da lei é, como a sua designação denuncia, assegurar um nível adequado de protecção do embrião, através da consagração da “regra de três”: os médicos só podem fertilizar os ovócitos que serão transferidos num único ciclo de tratamento, e o número de embriões que podem ser transferidos em cada ciclo é limitado a três²⁶.

A *EschG* é um diploma tipificador de condutas criminalmente relevantes, e, portanto, bastante lacunoso no que respeita à regulamentação dos aspectos civilísticos do problema. Por isso mesmo, desde o início da sua vigência, a doutrina tem pedido a aprovação de uma lei abrangente, que regule todos os aspectos da reprodução humana assistida²⁷.

É certo que, na Alemanha, o ponto de partida da regulamentação da PMA figura na *Grundgesetz*, mas apenas no sentido em que esta, no *Artikel 74 (1) 26*, determina que a PMA está incluída nas matérias da competência legislativa concorrential, pelo que os *Länder* podem legislar enquanto a Federação o não faça.

Assim, é a *EschG* que estabelece os princípios fundamentais que regem a utilização das técnicas de PMA. É da *EschG* que se retira, por exemplo, a referida limitação a três do número de óvulos a fecundar e de embriões a transferir em cada ciclo de tratamento (§ 1, (1) 3, 4 e 5), tal como a proibição da escolha do sexo da criança (§ 3), só admitida no quadro da profilaxia das doenças genéticas, ou a proibição da fertilização *post mortem* (§ 4, (1) 3), da *gestação de substituição* e da clonagem (§ 6).

Este modelo de pendor criminal é complementado, na prática médica, com as orientações da Ordem Federal dos Médicos (“*Bundesärztekammer*”)²⁸.

²⁶ TRAPPE, Heike, “Assisted Reproductive Technologies in Germany: A Review of the Current Situation”, in Kreyenfeld M., Konietzka D. (eds), *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences. Demographic Research Monographs (A series of the Max Planck Institute for Demographic Research)*, Springer, p. 270.

²⁷ TRAPPE, Heike, “Assisted Reproductive (...)”, *ob. cit.*, p. 271.

²⁸ IDEM, p. 272.

O modelo alemão revela, porém, uma tendência para a evolução no sentido de a matéria da PMA ser regulada por lei especial, de natureza não criminal, devido à referida pressão doutrinal²⁹, mas também porque começam a ser publicados diplomas avulsos importantes sobre a matéria, como é o caso da *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, de 2017 (Lei que regulamenta o direito ao conhecimento da ascendência no caso de uso heterólogo de sêmen), que entrou em vigor no dia 1 de Julho de 2018³⁰.

3.3. Modelo da regulação legislativa especial

A resposta mais comum para a regulamentação da PMA tem passado pelo recurso ao modelo normativo, quase sempre ancorado em diplomas de valor legislativo e com carácter especial.

Essa tendência foi, até, de certo modo incentivada.

O Conselho da Europa, através da sua Comissão da Assembleia Parlamentar, aprovou em 18 de Setembro de 1981, um Relatório sobre a *inseminação artificial humana* onde defendia a necessidade de regular juridicamente a PMA, afastando o princípio da omissão legislativa intencional. Defendia-se, ainda, nesse documento, e *inter alia*, o carácter subsidiário da inseminação artificial, relegando-a para a condição de método de combate à infertilidade humana e de contorno das dificuldades normalmente criadas à adopção, a limitação da utilização da inseminação artificial na mulher casada, a adopção de cuidados necessários a fim de se evitar a transmissão de doenças contagiosas, e o carácter secreto e gratuito da dádiva de sêmen.

²⁹ Sendo certo que a preparação de uma lei que regule, de modo completo, a PMA, terá a dificuldade resultante da reabertura do debate público em torno do *estatuto do embrião* (TRAPPE, Heike, “Assisted Reproductive (...)”, *ob. cit.*, p. 271).

³⁰ Que será objecto da nossa análise *infra* (Cap. IV § 1, 1.2.4.).

A Suécia terá sido um dos primeiros países a responder ao desafio quando, em 1984, através da Lei n.º 1140, de 20 de Dezembro, legislou sobre inseminação artificial. Esse diploma entrou em vigor no dia 1 de Março de 1985 (sem efeitos retroactivos quanto à inovadora e problemática disposição – constante no art. 4.º – que consagrava o direito da criança a conhecer a identidade do dador de esperma).

Em 1989, o Conselho da Europa voltava a debruçar-se sobre a PMA e apresentava, por intermédio de um Comité *ad hoc* de peritos em ciências biomédicas (CAHBI), um documento com 21 princípios disciplinadores da matéria³¹.

Portugal procurou, desde cedo, ter uma regulamentação legislativa especial da PMA.

Através do Despacho n.º 37/86, de 14 de Abril, o Ministro da Justiça de então, Mário Raposo, criava a *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias*, presidida por Pereira Coelho³², que, em pouco mais de um ano apresentaria (a 28 de Julho de 1987) o seu *Relatório*, acompanhado de três projectos legislativos: “*um projecto sobre a utilização de técnicas de procriação assistida e, em anexo a este texto e de certo modo a completá-lo, um projecto de regulamento dos centros de procriação assistida e um projecto sobre um conselho nacional de bioética a instituir*”³³. Só o contexto politicamente conturbado da época impediu que Portugal tivesse sido dos primeiros países do Mundo a contar com uma legislação completa e extensiva sobre os principais problemas em torno da PMA, o que aconteceria, porém, apenas quase 20 anos depois, com a publicação da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho³⁴.

³¹ Entre nós, esse documento foi publicado pela COMISSÃO DA CONDIÇÃO FEMININA, *Conselho da Europa - Procriação Artificial Humana: princípios orientadores*, Lisboa, 1990.

³² MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 32.

³³ CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias – Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, 1990, p. 23 e ss.

³⁴ Não obstante, desse trabalho da década de 80 do Século passado sobrou-nos o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro, cuja emanação terá sido precipitada pelas

No Reino Unido, na sequência do trabalho da Comissão Warnock, seria publicado o *Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEAct)*³⁵.

Já antes, em 1985, se havia legislado sobre a *gestação de substituição (Surrogacy Arrangements Act 1985)*.

O *HFEAct* foi objecto de uma alteração em 2000 (*Human Fertilisation and Embryology (Amendment) Act 2000*) no sentido de permitir o estabelecimento da paternidade relativamente a homem já falecido nos casos inseminação *post mortem* (desde que, à data da morte, esse homem estivesse casado ou vivesse maritalmente com a beneficiária).

Cedo se percebeu, todavia, que a regulamentação da PMA dificilmente pode cristalizar no tempo. Por exemplo, no caso do Reino Unido, logo após a entrada em vigor do *HFEAct 1990*, foram sentidas debilidades na regulamentação oferecida, tendo em conta, sobretudo, os casos de disputas entre beneficiários acerca do destino de embriões criopreservados, os pedidos de recurso à PMA para gerar *saviour babbies*, e a controvérsia em torno da clonagem reprodutiva.

A essas dificuldades, somaram-se as alterações ocorridas após a publicação do *Human Rights Act 1998*, do *Gender Recognition Act 2004*, do *Human Tissue Act 2004* e do *Civil Partnerships Act 2004*, devendo ainda

notícias que circularam à época, na comunicação social, e que davam conta da actividade de uma clínica no país que recebia dadores e efectuava inseminações com *sémen fresco*, sem que este fosse previamente submetido a análises de despistagem de doenças transmissíveis. O diploma teve por objectivo primordial disciplinar genericamente os termos em que podia ocorrer a fecundação artificial com sémen fresco de um dador, sobretudo tendo em consideração, não só os “*problemas técnicos e ético-jurídicos*” que levanta, mas também “*o risco para a saúde da mulher, o perigo de transmissão de doenças hereditárias e a total ausência de registo fidedigno das operações*”. A somar a isso, procurava-se evitar “*o risco de transmissão da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA)*”. Sobre o diploma, v. LOUREIRO, João Carlos, ““Quis Saber Quem Sou”: Direito à Identidade Pessoal e Procriação Medicamente Assistida Entre a Ocultação Mimética e a Revelação Aletéica. Em Diálogo com Miguel Oliveira da Silva”, in ANTUNES, Maria João / SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, p. 90.

³⁵ Fazendo um balanço de 10 anos de aplicação da *HFEAct*, v. DEECH, Ruth, “The HEFA – 10 Years On”, in Gunning, Jennifer / Szoke, Helen, (ed.), *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, Ashgate, 2003, pp. 21-38.

referir-se a importante alteração de 2004, que passou a permitir, às pessoas geradas com recurso a gâmetas objecto de dádiva, o acesso à identidade do dador, ao atingir a idade de 18 anos³⁶.

O processo acabaria por levar à publicação do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

Em Espanha existe uma lei especial sobre PMA desde 1988³⁷, altura em que foi publicada a *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*³⁸, depois revogada pela *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, que actualmente regula a matéria^{39/40}.

Em França, a disciplina geral da PMA surge no *Code de La Santé Publique*, que se encontra actualmente em revisão nas normas relativas à matéria da reprodução medicamente assistida, como veremos, mas o *Code Civil* também contém disposições a respeito da matéria, como, por exemplo, o artigo 16-7, que proíbe a *gestação de substituição*, e os artigos 311-19 e 311-20, que contêm disposições relativas ao estabelecimento dos vínculos da filiação no caso de utilização de gâmetas de dador⁴¹.

³⁶ ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted (...)*, *ob. cit.*, loc. 334-395.

³⁷ A legislação de 1988 foi preparada por uma comissão especial criada para abordar legislativamente a fertilização extracorporal (cfr. ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (1984-2019)”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 4).

³⁸ A publicação dessa lei foi precedida de amplas discussões, e em 1995 foi mesmo formada “uma Comissão especial Parlamentar integrada por especialistas, cientistas e juristas a fim de estudarem e elaborarem recomendações” tendo sido entregue “no princípio do mês de Março de 1986 um relatório com as respectivas conclusões” (SILVA, Paula Martinho da, *A Procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 21).

³⁹ Em comentário à lei, no plano legal, clínico e ético, v. LACADENA, Juan-Ramón, “La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, Janeiro/Julho 2006, pp. 157-184.

⁴⁰ Ao longo deste estudo, faremos, por diversas ocasiões, referências a aspectos do regime espanhol de regulamentação da PMA.

⁴¹ BALESTRA, Luigi, “La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell’esperienza francese”, in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Nov./Dez. 2004, pp. 1096-1107.

Os CECOS (“Centres d’Etude et de Conservation des Oeufs et du Sperme humains”) sempre assumiram grande relevo em França, bem como a respectiva Federação nacional, que exerce uma função reguladora, auto-estabelecendo regras de conduta, muitas delas especialmente preocupadas com a conservação do sistema de anonimato em torno da dação de óvulos e espermatozóides, e guiados por regras de conduta^{42/43}.

Na Itália, a *Legge 19 febbraio 2004 n.40* veio estabelecer as *norme in materia di procreazione medicalmente assistita*⁴⁴, regulando a matéria de forma muito conservadora. Antes dessa lei, a PMA era regulamentada por circulares ministeriais e estava sujeita ao Código de Ética Médica, que, já na versão de 1998, estabelecia limites precisos sobre a matéria⁴⁵.

A Lei de 2004 veio proibir a PMA heteróloga, determinando que em caso de violação da proibição, o membro do casal que consentiu não pode

⁴² Os CECOS “*asseguram não só o recrutamento e a selecção dos dadores de esperma, como aceitam pedidos de inseminação, recolha do esperma, operações de congelamento e a inseminação em si mesma*” (SILVA, Paula Martinho da, *A Procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 23).

⁴³ Votaremos à regulamentação francesa em matéria de PMA a propósito de aspectos do regime relevantes para os temas deste estudo.

⁴⁴ Analisando o diploma, v.: DOGLIOTTI, Massimo / FIGONE, Alberto, “Procreazione assistita – Fonti, orientamenti, linee di tendenza – Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40”, “Biblioteca del Diritto di Famiglia”, 2004; STANZIONE, Pasquale / SCIANCALEPORE, Giovanni, “Procreazione Assistita – commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40”, Giuffrè Editore, 2004; CASINI, Carlo, / DI PIETRO, Maria Luisa, / CASINI, Marina, “La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milão, Abr./Jun. 2004, pp. 489-533; CAGGIA, Fausto, “Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)”, in *Giurisprudenza Italiana*, Nov. 2004, pp. 2093-2098; LIPARI, Nicoló, “Legge sulla procreazione assistita e técnica legislativa”, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, Milano, 2005, pp. 517-523; PISANI, Stefano, “La lege sulla procreazione assistita: note a margine di un recente volume”, in “Il diritto di famiglia e delle persone”, Milão, Set. 2005, pp. 1079-1084; DELLA ROCCA, Paolo Morozzo, “Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistida”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milão, 2005, pp. 211-226; SALANITRO, U., “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G. Di Rosa (ed), *Della famiglia*, IV, Leggi collegate, Commentario codice civile Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 1655-1824; AZZARRI, Federico, “I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita”, in *Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, settembre - ottobre 2019, pp. 561-595.

⁴⁵ AZZARRI, Federico, “I quindici (...)”, *ob. cit.*, p. 563.

impugnar os vínculos estabelecidos, e o dador não pode reclamar quaisquer direitos em face da criança.

O recurso à PMA ficou restringido aos casais heterossexuais, ainda que vivendo em união de facto e passou a ser proibida a experimentação em embriões humanos (apenas se admitindo a investigação terapêutica).

Nos dias 12 e 13 de Junho de 2005, esta lei foi objecto de referendo quanto aos seguintes aspectos da regulamentação: investigação em embriões; limitação a três do número de ovócitos a fecundar; direitos do embrião (ou seja, equiparação dos direitos jurídicos do embrião aos da pessoa nascida) e manutenção da proibição das técnicas heterólogas. A lei manteve-se inalterada já que o referendo não foi vinculativo.

Em face do quadro legislativo de 2004, coube à jurisprudência italiana o papel impulsionador de uma verdadeira revolução de costumes em matéria de PMA⁴⁶.

Em 2009, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a obrigatoriedade da transferência de três embriões⁴⁷ e em 2015, o Tribunal Constitucional italiano, no Acórdão 96/2015, de 14 de Maio de 2015, declarou inconstitucional a impossibilidade de recurso às técnicas de procriação medicamente assistida aos casais férteis portadores de doenças genéticas transmissíveis, que satisfaçam os critérios de gravidade que permitem o acesso à interrupção da gravidez terapêutica⁴⁸, bem como declarou inconstitucional a proibição do recurso à PMA heteróloga.

A interferência judicial na regulamentação italiana da PMA ocorrera já em 2012, ao nível do TEDH, que, no Acórdão tirado no *Case of Costa and Pavan v. Italy*, a 28 de Agosto de 2012⁴⁹ (que analisaremos com mais detalhe

⁴⁶ Sobre o ponto, v. GRASSO, Alfio Guido, *La maternità surrogata altruistica - Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, 2020, p. 23-32.

⁴⁷ IVONE, Vitulia, "Perfis Atuais da Saúde Reprodutiva na Itália, Entre Proibições Legislativas e Julgamentos Jurisprudenciais", in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 198.

⁴⁸ IVONE, Vitulia, "Perfis Atuais (...)", *ob. cit.*, p. 196.

⁴⁹ Acórdão do TEDH de 28 de Agosto de 2012, *Case of Costa and Pavan v. Italy*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

*infra*⁵⁰), decidiu que o Estado italiano violava o artigo 8.º da CEDH, ao proibir a possibilidade de casais portadores de anomalia genética à procriação medicamente assistida e ao *diagnóstico genético pré-implantatório*, ao mesmo tempo que permitia a interrupção da gravidez nos casos em que o feto padecia de doenças genéticas.

3.3.1. Discussão em torno da necessidade de uma legislação especial de PMA

A própria opção de intervir legislativamente regulando a matéria constituiu-se objecto de discussão⁵¹, sendo possível encontrar diferentes posições quanto à necessidade ou pertinência de ingerência legislativa.

Para PAULO OTERO, este é um campo especialmente vocacionado para a discussão sobre os limites ou a imperatividade da intervenção do Direito⁵², dando exemplos de situações, no contexto da PMA, para as quais a falta de lei reguladora pode constituir um problema para o julgador que não pode escurar-se na ausência de intervenção legislativa (em face da proibição do *non liquet*)⁵³.

Em 1991, GUILHERME DE OLIVEIRA identificava as tendências da época, apresentando as opiniões e os argumentos daqueles que defendiam uma

⁵⁰ Cap. II § 2, 4.

⁵¹ Sobre este debate, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, “A necessidade da Lei de Procriação medicamente assistida: Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 201-214, sobretudo pp. 201-204.

⁵² OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 26.

⁵³ Para PAULO OTERO, alguns dos problemas, não equacionáveis à data da elaboração do Código Civil são: a questão dos direitos sucessórios daquele que nasce de inseminação homóloga “vários anos após a morte do doador”; a questão da condição de herdeiro relativamente ao dador de esperma ou ao “pai adoptivo” daquele que nasce na sequência de inseminação heteróloga *post mortem* (OTERO, Paulo, *Personalidade (...)*, *ob. cit.*, p. 24).

abstenção legislativa, e dos que defendiam a necessidade de intervenção do legislador (tendência, já então, majoritária)^{54/55}.

JORGE DUARTE PINHEIRO, reportando-se ao caso português, manifesta-se pela necessidade de uma lei reguladora da “*generalidade da matéria da procriação medicamente assistida*”⁵⁶, embora considere que a Lei da PMA apresenta lacunas⁵⁷.

Já FERNANDO ARAÚJO aconselha prudência quando se pretende intervir legislativamente nos domínios da Bioética, manifestando uma preferência pela intervenção de comissões de ética⁵⁸.

É possível também encontrar posições intermédias.

Antes da publicação da Lei da PMA, CÔRTE-REAL falava na existência de uma “*lacuna intencional, de expectativa*”, afastando “*qualquer tipo de inconstitucionalidade por omissão*” (embora considerasse conveniente a intervenção legislativa)⁵⁹. Para TIAGO DUARTE, a opção pela não intervenção seria estratégica, pois o legislador deixaria “*espaço livre*” aos aplicadores do direito, assim chamados activamente para a integração da lacuna⁶⁰.

Porém, também em 1991, PEREIRA COELHO chamava a atenção para o perigo de uma demora prolongada, pois, sendo certo que “*qualquer legislação deve ser precedida de amplo debate e esclarecimento de opinião pública*”, a verdade é que “*há um tempo para tudo e o debate não deve*

⁵⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, “Legislar sobre procriação assistida”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 73-97.

⁵⁵ Referindo uma corrente majoritária, favorável à intervenção legislativa, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 10.

⁵⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, “A necessidade (...)”, *ob. cit.*, p. 208.

⁵⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 6.^a edição, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 166.

⁵⁸ ARAÚJO, Fernando, *A procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 7 e 17.

⁵⁹ CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, p. 352).

⁶⁰ DUARTE, Tiago, *In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 28.

*protelar indefinidamente a concretização de projectos legislativos que venham a ser apresentados*⁶¹.

Portanto, a maioria das opiniões foi apontando, ao longo do tempo, para a necessidade de uma intervenção normativizante⁶², sobretudo com o argumento segundo o qual, numa área como esta, onde tantas questões éticas se colocam, é preferível intervir (eventualmente proscrevendo alguns comportamentos), a fim de se evitar um sentimento generalizado de irrestricção e impunidade, contrariando-se a ideia de que quando nada é proibido, tudo é permitido.

Assim, DANIEL SERRÃO defendia a produção de legislação sobre a PMA, com preocupação especial a dedicar à *“questão da constituição de embriões para a procriação e dos que venham a ficar na situação de serem excluídos do projecto de tratamento da infertilidade e a questão da tutela desses embriões*⁶³.

Alertando para os cuidados a observar nesta matéria, GUILHERME DE OLIVEIRA refere que a resposta social a estes problemas colocados pela utilização das técnicas de PMA não cabe apenas aos juristas, pois *“a delicadeza dos assuntos sugere que as soluções não sejam ditadas apenas pelos juristas, ou apenas pelos médicos ou ainda pelos moralistas. Sendo um problema básico da cidadania, ele requer a humildade que faz escutar a voz de todos os cidadãos*⁶⁴.

Certo é que, em Portugal, a regulamentação da PMA passou a ser uma imposição especial, pois em 1997 foi introduzida uma alínea no artigo 67.º

⁶¹ COELHO, Francisco Pereira, “A Procriação Assistida com gâmetas do casal”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 11 e 13.

⁶² Em 1986, PAULA MARTINHO DA SILVA defendia, igualmente, necessidade de intervenção do legislador, e de obtenção de *“um consenso entre os Estados sobre os princípios gerais, encarregando-se o legislador em cada país, de acordo com a especificidade ética, cultural e social dos cidadãos, de legislar nos pontos concretos”* (SILVA, Paula Martinho da, *A Procriação Artificial. Aspectos Jurídicos*, Moraes Editores, 1986, p. 109).

⁶³ SERRÃO, Daniel, “Livro Branco (...)”, *ob. cit.*, p. 31.

⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, III, Dezembro, Lisboa, 1989, pp. 767-768.

da Constituição, cominando ao Estado, para protecção da família, “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

3.4. Modelo da auto-regulação, com ou sem normas expressas

Não é incomum fazer assentar a regulação da PMA em normas internas disciplinadoras da prática médica^{65/66}. Esse modelo vigorou em Portugal até 2006, se desconsiderarmos a escassa regulamentação que resultava da Constituição⁶⁷, Código Civil⁶⁸, do Código Penal⁶⁹, e do Decreto Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro^{70/71/72}.

No Brasil, na ausência de legislação infraconstitucional específica sobre a matéria, são as normas deontológicas que regulam as práticas médicas na PMA⁷³.

⁶⁵ Apresentando as vantagens da auto-regulação profissional na medicina, cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “Auto-regulação profissional dos médicos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3923, 2001, pp. 34-40.

⁶⁶ Na Alemanha, como vimos, as orientações da “*Bundesärztekammer*” complementam a regulamentação legal de natureza criminal.

⁶⁷ Cfr. o já referido artigo 67.º, n.º 2, alínea e), que estabelece que incumbe ao Estado, para protecção da família “*regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”.

⁶⁸ Cfr. artigo 1839.º, n.º 3, que impede a impugnação da paternidade “*com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”.

⁶⁹ Cfr. Artigo 168.º, que pune com pena de prisão de 1 a 8 anos “*quem praticar acto de procriação artificial em mulher virgula sem o seu consentimento*”.

⁷⁰ Que proíbe a inseminação artificial com sémen fresco, salvo tratando-se de técnica homóloga.

⁷¹ Diplomas a que poderiam, ainda, acrescentar-se a Lei n.º 3/84, de 24 de Março, sobre educação sexual e planeamento familiar e a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, sobre colheita e transplante de tecidos de origem humana, embora meramente enunciativos em matéria de PMA.

⁷² Sobre o Decreto Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro, v. MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 32.

⁷³ Analisando os principais problemas que se colocam, em matéria de PMA, no Brasil, v. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira / SÁ, Maria de Fátima Freire de, “Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil”, in *Revista de Bioética y Derecho*, no.34, Barcelona, 2015, pp. 64-80.

Assim, na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.168, de 21/09/2017⁷⁴, estabelece-se o carácter subsidiário da PMA e a regra de que só ocorrerá a selecção de sexo para evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer. Quanto ao número de embriões a transferir, estabelece-se uma diferenciação, de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões. Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas PMA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

O recurso à PMA não é restringido aos casais e é permitida a gestação compartilhada em união homossexual feminina em que não exista infertilidade (o embrião obtido a partir da fecundação do(s) ovócito(s) de uma mulher é transferido para o útero da companheira).

Estabelece-se a regra do sigilo sobre a identidade dos dadores de gâmetas e embriões, assim como dos receptores (admitindo-se, porém, que em situações especiais, as informações sobre dadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do dador).

Limita-se a duas o número de gestações por dador, numa área de um milhão de habitantes^{75/76} (salvo tratando-se da mesma família receptora) e determina-se, ainda, que o DGPI apenas deve ser utilizado para fazer o diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, e para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de seleccionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco.

⁷⁴ Também sobre o regime brasileiro de regulamentação da PMA, embora reportando-se a uma Resolução anterior do Conselho Federal de Medicina, v. DANTAS, Eduardo / CHAVES, Marianna, *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida - Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, GZ Editora, 2018.

⁷⁵ Criticando a não consagração de semelhante limitação em Portugal, v. MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, pp. 37-38.

⁷⁶ Alertando para a importância da limitação, v. MALTA, João, “Procriação Medicamente Assistida Heteróloga”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, pp. 125.

Admite-se, também, a *gestação de substituição*, desde que as gestantes pertençam à família da dadora genética, num parentesco consanguíneo até o quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (não podendo a cessão temporária do útero ter carácter lucrativo ou comercial).

É permitida a reprodução assistida *post-mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado.

3.5. Modelos mistos

Nos EUA, desde a década de 60 do século XX que os aspectos éticos e jurídicos da PMA são discutidos⁷⁷.

Os EUA são, por vezes referidos como o “oeste selvagem” do uso de tecnologia reprodutiva, tendo em conta que, quando em comparação com países como o Canadá, a Austrália, o Reino Unido e a Alemanha, são aí permitidas mais formas de uso de tecnologia reprodutiva do que em qualquer outro lugar, fazendo desse país um destino preferencial do *turismo reprodutivo*⁷⁸.

Alerta JENNIFER GUNNING, porém, que é incorrecto pensar que a medicina reprodutiva não é regulamentada nos EUA. Trata-se, é certo, de uma regulação mais fragmentada, tanto em termos de instância de controlo (*autoridade federal vs. autoridade estadual, autorregulamentação governamental vs. profissional*, etc.) como das fontes legais envolvidas (com

⁷⁷ Sobre a regulação da PMA na Austrália, v. SZOKE, Helen, “Australia – A Federated Structure of Statutory Regulation Of ART”, in “The Regulation of Assisted Reproductive Technology”, Ashgate, 2003, pp. 75-94. Para uma compreensão da regulação no Canadá, v. MANSEAU, Francine, “Canada’s proposal for legislation on assisted human reproduction”, in “The regulation of assisted reproductive technology”, Ashgate, 2003, pp. 45-54. Quanto à Nova Zelândia, v. DE LUCA, Rosemary, “The New Zealand Way: ART Within An Ethical”, in “The Regulation of Assisted Reproductive Technology”, Ashgate, 2003, pp. 95-107.

⁷⁸ COHEN, I. Glenn, “The Right(s) to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in the United States”, in *The Oxford Handbook of Comparative Health Law* (Tamara K. Hervey and David Orentlicher eds., 2020), Harvard Public Law Working Paper No. 20-11.

mais foco no direito civil e no direito da família, do que ao nível da regulamentação directa e no plano constitucional)⁷⁹.

A investigação em embriões é regulada ao nível federal, porém a política de saúde é da competência dos Estados⁸⁰, e assume aí um primordial relevo a auto-regulação profissional médica em matéria de PMA⁸¹. Tanto a *American Society for Reproductive Medicine (ASRM)*, como a *Society for Assisted Reproductive Technology (SART)* têm emitido *guidelines* relativas à utilização das técnicas de PMA, por exemplo, em matéria de transferência de embriões (ASRM, 1999) ou DGPI (ASRM e SART, 2001)⁸².

Têm ocorrido, porém, tentativas, pouco expressivas, de regular aspectos da PMA a nível federal. Nesse contexto, foi promulgada logo em Outubro de 1992 a *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*, que visa assegurar o fornecimento ao público de “*informação fidedigna e estandardizada acerca da eficácia dos serviços de infertilidade e assegurar a qualidade dos mesmos*”⁸³.

⁷⁹ IDEM.

⁸⁰ GUNNING, Jennifer, “Regulation ART in the USA: a mixed approach”, in “The regulation of assisted reproductive technology”, Ashgate, 2003, pp. 55-56.

⁸¹ IDEM.

⁸² IDEM, p. 61.

⁸³ IDEM, p. 62.

§ 2 – *Quid* regulatório e desafios da regulamentação da PMA

1. A PMA responsável por quase 0,1% da população mundial e a *orientação para os resultados*

Desde o caso Louise Brown, em 1978, o número de pessoas concebidas por tecnologia reprodutiva cresceu mais rápido do que era esperado, chegando a vários milhões. O número de pessoas geradas com recurso à PMA aproxima-se, hoje, de 0,1% da população mundial total⁸⁴. Se os níveis actuais de nascimentos (cerca de 400.000 crianças por ano) se mantiverem, estima-se que 157 milhões de pessoas vivas no final do século XXI deverão as suas vidas às tecnologias de PMA (1,4% da população global); se ocorrer, por hipótese, um acréscimo de 30.000 nascimentos anuais, haverá, por essa altura, 394 milhões de pessoas adicionais vivas por recurso à PMA, correspondendo a 3,5% da população mundial⁸⁵.

A literatura mostra haver interesse no sucesso ou insucesso da aplicação das técnicas, o que muitas vezes é perspectivado numa lógica orientada para os resultados, procurando saber-se se as técnicas de PMA dão origem a seres humanos mais ou menos saudáveis.

A controvérsia sobre a saúde dos seres humanos nascidos na sequência da aplicação de técnicas de PMA é, aliás, antiga. Com grande debate, as técnicas de PMA foram sendo associadas a resultados obstétricos e perinatais adversos, a um risco acrescidos de defeitos congénitos, problemas oncológicos e distúrbios de crescimento e desenvolvimento, doenças como obesidade, diabetes tipo 2 e doenças cardiovasculares⁸⁶.

⁸⁴ FADDY, Malcolm J. / GOSDEN, Matthew D. / GOSDEN, Roger G., “A demographic projection of the contribution of assisted reproductive technologies to world population growth”, in *Reproductive BioMedicine Online*, Volume 36, Issue 4, 2018, p. 455.

⁸⁵ IDEM.

⁸⁶ CHEN, M., / HEILBRONN, L. (2017), “The health outcomes of human offspring conceived by assisted reproductive technologies (ART)”, in *Journal of Developmental Origins of Health and Disease*, 8(4), 2017, p. 388.

Apesar da discussão, e da necessidade de estudos mais detalhados, podem identificar-se factores potenciais que contribuem potencialmente para esses riscos de saúde, havendo suficientes evidências de que as gravidezes múltiplas, devido à transferência de múltiplos embriões, aumentam os riscos de doença nas pessoas nascidas, e, bem assim, indivíduos concebidos por aplicação de técnicas de PMA podem ter um risco aumentado de distúrbios metabólicos crónicos relacionados com o envelhecimento⁸⁷.

Em certa medida, a consideração destes problemas entra em choque com as concomitantes preocupações, de manifestação frequente em matéria de PMA, quanto às suas potencialidades eugénicas.

O que resulta, porém, é que a PMA, ao longo das últimas décadas, tem permitido gerar seres humanos em contextos individuais em que esse resultado parecia, *prima facie*, impossível, e mesmo que essas pessoas não sejam mais saudáveis do que as demais, cumpre-se um objectivo precípua: trata-se, em larga escala, uma outra doença: a *infertilidade humana*.

2. A necessidade de pensar a regulamentação da PMA como problema *sem fronteiras*

Um dos principais desafios com se se debate a regulamentação da PMA resulta da circunstância de as soluções normalmente oferecidas se situarem num plano nacional ou estadual. Porém, por um lado, a PMA constitui um relevante domínio científico que tende a esbater fronteiras (ou a torná-las menos importantes), sobretudo se considerarmos os sistemas políticos democráticos, e, por outro, a globalização torna, muitas vezes, quase caricatas certas atitudes proscritivas, que logo são vencidas *crossing*

⁸⁷ IDEM, p. 398.

the border (fronteira, muitas vezes, fisicamente inexistente, como acontece em grande parte da Europa)⁸⁸.

Diz ALBIN ESER que “os desenvolvimentos ambivalentes na medicina moderna e na biotecnologia não estão confinados a um país, antes apresentam natureza além-fronteiras (...)”, pelo que, “para promover standards iguais no tratamento de seres humanos e para evitar iniquidades discriminatórias entre investigadores na medicina e biotecnologia de diferentes países, devem encetar-se esforços para atingir standards e regras internacionalmente uniformes, ou pelo menos harmonizadas” e “na medida em que se revelem necessárias normas legais vinculativas, as mesmas devem ser introduzidas num plano internacional”⁸⁹.

Um dos desafios globais, em matéria de regulamentação da PMA, passa, assim, por encontrar as medidas certas de intervenção que não sejam reduzidas ao abalo subsequente da sua eficácia^{90/91}, por via do *turismo reprodutivo*⁹².

⁸⁸ A diversidade regulatória não é, porém, em si mesma, negativa. Sobre o ponto, v. ÁSGEIRSSON, Hrafn / SALVÖR NORDAL, *Reproductive Technology and Surrogacy : A Global Perspective*, Nordic Council of Ministers, 2015, *ProQuest Ebook Central*, pp. 25-27.

⁸⁹ ESER, Albin, “Perspectives of Medical Law under the Challenges of Modern Biotechnology”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, p. 90.

⁹⁰ Nesse sentido, a propósito da proibição, em Espanha, da *gestação de substituição*, v. ROMO, María Raquel Belinchón, “Gestación subrogada: especial referencia a la situación y a la voluntad de la mujer para prestar el consentimiento en el contrato de gestar para outro”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 169.

⁹¹ Colhendo o ensinamento de CASTANHEIRA NEVES: “o direito só autenticamente o é enquanto histórico socialmente vigente” (CASTANHEIRA NEVES, António, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica I”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 51, 1975, p. 119), e “só logra cumprir-se (vigorar) como tal numa certa realidade, i. é, se revelar essa realidade na sua perspectiva de juridicidade – o direito é humano-historicamente social” (CASTANHEIRA NEVES, António, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica (continuação)”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 52, 1976, p. 239).

⁹² O *turismo reprodutivo* pode apresentar-se como um fenómeno interno, em países pluri-legislativos, como acontece nos EUA, em que a regulamentação da PMA é hiper-dispersa (tanto vertical, como horizontalmente). GLENN COHEN acentua, a título de exemplo, “como a diversidade de regimes legais dá origem ao turismo de fertilidade dentro dos EUA, com muitos residentes de outros estados a migrar para a Califórnia, em particular, para tirar proveito de jurisprudência aí bem estabelecida, que dá aos pais genéticos direitos de filiação, em detrimento da possível objeção de uma gestante de substituição” (COHEN, I. Glenn, “The Right(s)” (...), *ob. cit.*, pp. 14-15).

Se esta preocupação é verdadeira, não pode deixar de notar-se que é, por vezes, a própria regulamentação estadual a criar novas barreiras, como que levantando fronteiras que já não existem fisicamente, muitas vezes em nome de valores ou princípios atinentes à protecção do próprio sistema de apoio médico à procriação humana. Pense-se no caso da *gestação de substituição* e da defesa, por muitos, da limitação do acesso aos nacionais do país em causa, como forma, por um lado, de evitar o *turismo reprodutivo* de potenciais beneficiários, e, por outro, proteger as candidatas a gestantes a um potencial *tráfico de úteros humanos*⁹³.

Ainda no caso da *gestação de substituição*, e considerando insuficiente, para a tutela dos interesses envolvidos, a intervenção *ex post facto* do TEDH⁹⁴, ROBERTO ANDORNO fala no dilema em que se encontram Estados europeus que proíbem *gestação por intermédio de outrem*. Ou reconhecem a relação pai-filho de crianças nascidas sob um acordo de *gestação de substituição* noutro país, e aceitam que as leis nacionais em matéria de ordem pública possam ser contornadas, ou tentam fazer cumprir a proibição e são, muitas vezes condenados pelos tribunais, por desrespeitar o interesse da criança⁹⁵. Alerta, pois, o Autor, para a necessidade de uma abordagem multilateral, por exemplo, através de uma convenção, como a Convenção de Haia sobre Adopção Internacional, de 1993, estabelecendo um conjunto de regras e procedimentos mínimos para a *gestação de*

⁹³ Sobre o fenómeno do *turismo reprodutivo* no contexto da *gestação de substituição*, v. MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, “El futuro de la maternidad subrogada en España entre el fraude de ley versus orden público internacional”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 306-309.

⁹⁴ Repondo a justiça (em nome do *superior interesse da criança*) em casos de não reconhecimento dos efeitos da figura por estados que a não admitem na sua legislação e os beneficiários se deslocaram ao estrangeiro para o efeito.

⁹⁵ ANDORNO, Roberto, “Acordos Transfronteiriços em Matéria de Maternidade de Substituição e o Melhor Interesse da Criança”, in Neto, Luísa/ Pedro, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 135-136.

substituição internacional, tornando-a compatível com os vários sistemas nacionais⁹⁶.

3. Novos desafios jurídicos na PMA

A par dos problemas que tradicionalmente reclamam a atenção do Direito na PMA, haverá que considerar alguns desafios novos⁹⁷, que ocuparão os debates nos próximos tempos. Abordaremos, em seguida, três exemplos: a aplicação da inteligência artificial, a ectógenese e a clonagem reprodutiva⁹⁸.

3.1. O papel da inteligência artificial

A inteligência artificial (IA) traz para o campo da PMA vantagens promissoras, à semelhança do que acontece noutras áreas da prestação de cuidados de saúde.

Aplicada à PMA, a IA pode revolucionar a capacidade de tomar decisões em novos casos, na medida em que facilita a descoberta de padrões em dados recolhidos em grande escala. Também permitirá otimizar os protocolos de estimulação ovariana, analisando mais elementos genéticos durante o *diagnóstico genético pré-implantatório* ou auxiliando na avaliação e triagem do embrião. A sua vantagem na triagem de embriões é mesmo realçada, na medida em que permitirá identificar mais precisamente os embriões com maior probabilidade de sucesso, e várias entidades estão já comprometidas com este esforço⁹⁹.

⁹⁶ ANDORNO, Roberto, "Acordos Transfronteiriços (...)", *ob. cit.*, pp. 133-134.

⁹⁷ Para uma perspectiva histórica dos problemas que a PMA tem colocado ao Direito, V. DIAS, João Álvaro, "Procriação assistida e responsabilidade médica", in *Stvdia Ivridica*, 21, Boletim da Faculdade de Direito, 1996, p. 5 e ss..

⁹⁸ Esta última, não sendo um fenómeno novo, tende a apresentar uma nova roupagem.

⁹⁹ JOHNSON, Walter G. / BOWMAN, Diana M., "Emerging Technologies and the future of Assisted Reproductive Technology", in *Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology*, 08971277, Spring2020, Vol. 60, Edição 3.

Actualmente, a par da cirurgia robótica, existem duas categorias principais de métodos de IA que são amplamente usadas em aplicações médicas: *aprendizagem automática (machine learning* ou ML) *processamento de linguagem natural (natural language processing* ou NLP)¹⁰⁰.

O método ML procura agrupar as características dos pacientes e prever o resultado de doenças através da análise de dados estruturados, como imagens médicas e dados genéticos. O método NLP extrai e processa informações significativas de dados clínicos não estruturados, como registos médicos eletrónicos, para complementar os dados estruturados, ou seja, a PNL converte os dados brutos em dados estruturados, que a máquina pode ler e analisar usando técnicas de ML.

Estas duas técnicas de IA podem também ser aplicadas à PMA, melhorando consideravelmente as condições da selecção gamética e embrionária¹⁰¹.

No caso dos embriões, é expectável que a IA traga duas vantagens muito consideráveis: a) melhorará consideravelmente os resultados que actualmente se conseguem obter a partir da observação visual focada na morfologia e no desenvolvimento dinâmico do embrião; b) permitirá diminuir a necessidade de recurso ao *diagnóstico genético* do embrião, aliviando assim a pressão da discussão ética e jurídica em torno da sua admissibilidade.

A vinda da IA para os domínios da PMA não deixará de trazer, também, as questões que hoje já se discutem, por exemplo, em matéria de responsabilidade civil, designadamente, quanto à questão de saber se o actual sistema consegue dar resposta à necessidade de ressarcimento de danos causados na sequência da utilização de tecnologias inteligentes,

¹⁰⁰ WANG, R. / PAN, W. / JIN, L. / LI, Y. / GENG, Y. / GAO, C. / CHEN, G. / WANG, H. / MA, D. / LIAO, S., "Artificial intelligence in reproductive medicine", in *Reproduction*, (Cambridge, England), 158(4), 2019, R139–R154.

¹⁰¹ IDEM.

quanto à necessidade de convocar a responsabilidade civil objectiva e quanto ao problema do caminho a trilhar quanto à filigrana de um futuro regime jurídico (e se o mesmo passará, por exemplo, pela criação da *personalidade jurídica electrónica* ou do *robô*¹⁰²).

Como se sabe, ao nível da União Europeia, já se pode contar com a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, de 16 de Fevereiro de 2017¹⁰³, e o documento da Comissão Europeia, de 25 de Abril de 2018^{104/105}.

No dia 21 de Abril de 2021, a Comissão Europeia apresentou um novo quadro jurídico em matéria de inteligência artificial e um Plano Coordenado com os Estados-Membros, com o objectivo de garantir a segurança e a defesa dos direitos fundamentais das pessoas e das empresas, reforçando simultaneamente o investimento, a inovação e a utilização da inteligência artificial, em toda a União Europeia¹⁰⁶.

De todo esse enquadramento resulta que os regimes de responsabilidade em vigor nos Estados-Membros garantem, já, uma protecção básica aos lesados cujos danos são causados pela exploração dessas tecnologias, sendo certo que as suas características específicas podem tornar mais difícil a obtenção de uma solução ressarcitória sempre que esta se apresenta justificada.

Assim, constata-se que existe, nesta matéria, um caminho importante a percorrer pelos sistemas jurídicos, na busca das soluções mais adequadas

¹⁰² Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos”, in *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a.5 n.2, 2020, pp. 261-305; SILVA, Nuno Sousa e, “Inteligência artificial, robots e responsabilidade civil: o que é que é diferente?”, in *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a.4 n.4, 2019, pp. 691-711; FERREIRA, Ana Elisabete, “Responsabilidade civil extracontratual por danos causados por robôs autónomos: breves reflexões”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, a.25 n.27, Dez. 2016, pp. 39-63.

¹⁰³ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu>.

¹⁰⁴ Disponível em <https://ec.europa.eu>.

¹⁰⁵ Foi também publicado, em 19/02/2020, o Livro Branco sobre Inteligência Artificial, disponível em <https://op.europa.eu>.

¹⁰⁶ Disponíveis em <https://ec.europa.eu>.

aos novos contextos impostos pela nova revolução tecnológica que a IA trouxe, e, não restam dúvidas que, pelas razões indicadas, a PMA estará envolvida nessa discussão.

3.2. A ectogénese

Uma das novas dimensões da PMA, com a qual terá de contar-se, no Direito, num futuro próximo, respeita à ectogénese, ou seja, a gestação do feto fora do corpo da mulher^{107/108}, técnica que permitirá prescindir, total ou parcialmente, da gestante no processo biológico de surgimento de um novo ser humano¹⁰⁹.

A descoberta de novos métodos que permitem manter vivo o embrião ou o feto humano nos estágios iniciais, fora do corpo da mãe, podem seriamente abrir as portas à ectogénese, sobretudo quando, ao mesmo tempo, os avanços na tecnologia neonatal permitem reduzir a quantidade de tempo total que o feto precisa de passar no útero da mãe de 40 semanas para 24 semanas ou menos¹¹⁰.

A ciência precipita-se, assim, a passos largos, para a possibilidade de criação de uma *incubadora humana ectogénica*.

As vantagens da técnica são várias: salvar a vida a fetos prematuros que, de outro modo, não sobreviveriam; permitir, em alternativa à *gestação de substituição*, que mulheres com problemas de fertilidade associados a enfermidades do útero, ou até estilos de vida prejudiciais, possam aceder, por esta via, à maternidade biológica; contribuir para a igualdade de género, na medida em que a gestação de um novo ser humano fica dissociada do

¹⁰⁷ Sobre a matéria, v. SEGERS, Seppe / PENNING, Guido / MERTES, Heidi, “The ethics of ectogenesis-aided foetal treatment”, in *Bioethics*, 2020, 34, pp. 364–370; ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted (...)*, ob. cit., passim.

¹⁰⁸ Entre nós, sobre o ponto, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pp. 27-29.

¹⁰⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 400-401.

¹¹⁰ ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted (...)*, ob. cit., loc. 4287.

género feminino; aliviar o peso físico, social e económico da gravidez; permitir uma solução para a reprodução, sem recurso a terceira pessoa, por parte dos casais homossexuais masculinos¹¹¹.

3.2.1. Debate em torno da ectogénese

O uso de úteros artificiais para humanos pode trazer esperança para muitos potenciais beneficiários, como vimos, mas é necessário que, no crivo da avaliação ética, se conclua pela existência de um equilíbrio entre esses benefícios e os possíveis problemas suscitados.

O debate ético em torno da ectogénese concentrou-se, até agora, na análise de como a técnica poderia fornecer uma alternativa para a *gestação de substituição* ou o *transplante de útero*.

Interessante é, ainda, a circunstância de a ectogénese poder trazer uma terceira via em matéria de interrupção da gravidez: a técnica pode deixar de significar, necessariamente, o fim da vida do feto nos casos em que a gestação é interrompida.

Outro problema, por exemplo, passa por discutir em que condições o feto poderia ser transferido para o útero artificial a fim de beneficiar de tratamentos médicos, como veremos em seguida.

Portanto, os potenciais problemas são quase infindáveis: qual o estatuto do embrião/feto durante a *gestação ectogénica*?; em que condições o processo pode ser interrompido e que relação tem tal acto com a *interrupção voluntária da gravidez*?; quais os critérios que permitirão definir a ocorrência de um nascimento, com as consequência legais daí decorrentes?

A doutrina começou já a analisar os problemas jurídicos colocados pela ectogénese, distinguindo os casos de *ectogénese parcial* (em que a concepção e a gestação ocorrem inicialmente no corpo da mulher, mas, em

¹¹¹ IDEM, loc. 4310-4354.

dado momento, durante a gravidez, o feto é transferido para um dispositivo ectogénico pelo período restante) e *total* (em que o feto é criado fora do corpo de uma mulher, via fertilização *in vitro*, e imediatamente transferido para um útero artificial onde se desenvolve por todo o período de quarenta semanas)¹¹².

No caso da *ectogénese parcial*, são duas as principais questões levantadas: a) mulheres que desejem terminar a gravidez, mas não a vida do feto, podem optar pela ectogénese?; b) nos casos de *interrupção voluntária da gravidez*, havendo viabilidade do feto, os Estados podem impor a ectogénese¹¹³?; c) nos casos em que a *gestação de substituição* é permitida, qual o papel da ectogénese no caso de arrependimento da gestante¹¹⁴?

Quanto à primeira questão, o recurso à incubadora ectogénica poderá equacionar-se, por exemplo, em casos de complicações na gravidez, de ruptura da vida conjugal, falecimento de membro do casal, vontade de evitar o parto ou de encaminhar a criança para a adoção¹¹⁵.

Quanto à segunda questão, AMEL ALGHRANI recorda que, mesmo nesses casos, a obrigação legal de entregar o feto à nova “roda” da ectogénese esbarra com a circunstância de o *direito a não reproduzir* e a tutela da autonomia da mulher continuarem em jogo¹¹⁶.

No que respeita à *ectogénese total*, a sua regulamentação terá de contar com as seguintes dificuldades¹¹⁷: definição das condições em que os beneficiários poderão terminar o processo (“desligando a máquina”); qual o estatuto do feto/embrião enquanto estiver na incubadora ectogénica; qual o destino do feto ou da criança em caso de ruptura da relação dos beneficiários; que solução adoptar no caso de a técnica ser mal sucedida e a criança não vier a nascer, ou nascer com malformações.

¹¹² ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted (...)*, *ob. cit.*, loc. 5276.

¹¹³ IDEM, 5747.

¹¹⁴ Este problema será analisado autonomamente *infra* (Cap. III § 4, 8.).

¹¹⁵ ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted (...)*, *ob. cit.*, 5753.

¹¹⁶ IDEM, loc. 6026 e ss..

¹¹⁷ IDEM, loc. 6217 e ss..

3.2.2. A ectogénese e o problema do feto paciente

Uma das vantagens da ectogénese decorre, como se referiu, da possibilidade de a mesma ser utilizada para permitir, em melhores condições técnicas, realizar intervenções médicas sem que o feto esteja ligado ao corpo de uma mulher.

Esta possibilidade altera profundamente o quadro em que, actualmente, as intervenções no feto decorrem, desde logo, porque transforma o feto num paciente¹¹⁸.

Não é certo, porém, que a ectogénese torne as intervenções fetais mais fáceis¹¹⁹, e deve ter-se presente que a transferência do feto para um útero artificial também exigirá um procedimento invasivo no corpo da mulher¹²⁰, desde logo a cesariana.

A tecnologia actual ainda não permite, por certo, a produção de um útero artificial humano, mas caminhamos em direcção a uma aplicação futura da ectogénese (pelo menos parcial) em humanos, com a consequência de a técnica catalisar a atribuição do estatuto de paciente ao feto¹²¹, pelo que não serão, por esta via, aliviadas as complicações éticas que hoje já se colocam no campo das intervenções no feto, quando este se encontra no corpo da mãe.

¹¹⁸ SEGERS, Seppe / PENNING, Guido / MERTES, Heidi, "The ethics (...)", *ob. cit.*, pp. 365–366.

¹¹⁹ Não está assegurado que o tratamento fora do corpo da mulher seja, sempre, tecnicamente mais simples.

¹²⁰ SEGERS, Seppe / PENNING, Guido / MERTES, Heidi, "The ethics (...)", *ob. cit.*, pp. 366–367.

¹²¹ IDEM, pp. 366–367.

3.3. A clonagem reprodutiva e a *gametogénesis in vitro*

A discussão em torno da clonagem reprodutiva, cuja proibição¹²² resulta, entre nós, dos artigos 7.º, n.º 1, e 36.º da Lei da PMA¹²³, em linha com o Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, de 1998, vai continuar a pairar sobre o universo da PMA^{124/125/126}.

Nela está em causa, como é sabido, a transferência para um ovócito (previamente enucleado) de núcleos de células somáticas adultas (células diferenciadas), geneticamente reprogramadas e revertidas ao estado embrionário¹²⁷, podendo, ainda, falar-se de clonagem reprodutiva através da divisão do embrião (*embryo splitting*¹²⁸).

No caso da transferência nuclear, com o apoio da ciência, a célula somática pode retomar o seu estado embrionário, e passa a comportar-se como um autêntico embrião, num estado de desenvolvimento inicial^{129/130}. Na clonagem, o ser gerado deixa de ser o resultado da junção gamética, mas

¹²² Criada, em grande medida, pensamos, por força de uma *regra de precaução* (sobre o conceito, v. OLIVEIRA, Guilherme de / LOUREIRO, João Carlos / REIS, Rafael Vale e, “Los Principios De Precaución Y De Debida Diligencia: Entre La Tradición Y La Innovación”, in Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 125-138).

¹²³ ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, p. 41.

¹²⁴ Sobre a clonagem, v.: LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina (...)*, *ob. cit.*, pp. 634-640, 662-665, 848-880, 1095-1101; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, “Clonagem, alma e direito”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 257-264.

¹²⁵ Para uma perspectiva crítica da proibição, v. MACINTOSH, Kerry, *Human Cloning: Four Fallacies and their Legal Consequences*, Cambridge Bioethics and Law, Cambridge University Press, 2012.

¹²⁶ Sobre o tema, cfr., também, SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, pp. 39-47.

¹²⁷ Sobre as várias modalidades de clonagem, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade - O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 396-399.

¹²⁸ LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina (...)*, *ob. cit.*, p. 868.

¹²⁹ Um estudo clássico sobre o tema pode ver-se em DOUARIN, Nicole Le, *Quimeras, Clones e Genes*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, *passim*.

¹³⁰ Cfr., também, BERIAIN, Iñigo de Miguel, *Bioética y nuevas biotecnologías en salud humana*, 2009, pp. 6-21.

o que nela é mais problemático é a circunstância de o novo ser que, eventualmente, venha a nascer, ter a *mesmidade genética* da pessoa que contribuiu com a célula somática adulta^{131/132}, perdendo-se a “*posse de um ADN original*”¹³³. Nessa medida, com a *unidade e identidade genética* do indivíduo colocadas em causa, poderia até abrir-se uma perigosa porta que levasse à criação de diferentes classes de indivíduos: os clones e os genuínos.

A tudo isto se associa a perigosidade da técnica, que, nas experiências com mamíferos, tem revelado taxas de mortalidade elevadas, bem como resultados que colocam em causa a vida^{134/135}. A transposição da técnica para os humanos poderia, assim, colocar em perigo valores fundamentais como a dignidade e vida humanas¹³⁶.

Contra a clonagem reprodutiva, também é comum a apresentação do argumento segundo o qual, na técnica, já não se está no âmbito da *autonomia*

¹³¹ Sobre o problema conexo da patenteação dos genes humanos, sob o ponto de vista jurídico, biológico e ético, v.: MARQUES, J. P. Remédio, *Patentes de Genes Humanos?*, Coimbra Editora, 2001; IDEM, “A genética e as patentes”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 7-45.

¹³² Em todo o caso, deve ter-se presente que é contestada a ideia de que o *clone* seja 100% idêntico, no plano genético, à pessoa clonada, na medida em que o ADN mitocondrial também contribui, ainda que talvez infimamente, para o genoma do *clone* (BERIAIN, Iñigo de Miguel, “¿Existe un Derecho a la Identidad Genética?”, in *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXIV 730 marzo-abril (2008), p. 262).

¹³³ A expressão é utilizada por IÑIGO DE MIGUEL BERIAIN (BERIAIN, Iñigo de Miguel, “¿Existe (...)”, *ob. cit.*, p. 263).

¹³⁴ O facto de as pessoas gerados através da clonagem terem, previsivelmente, expectativa de vida menor do que a média e serem particularmente propensos a doenças constitui argumento importante, segundo alguma doutrina, para banir a clonagem reprodutiva (cfr. AHLBERG, Jaime / BRIGHOUSE, Harry, “An Argument Against Cloning”, in *Canadian Journal of Philosophy*, 40(4), pp. 539-566).

¹³⁵ Defendendo que, eliminando-se os problemas de segurança que a clonagem envolve, deixa de haver justificações para a proibição absoluta da técnica, v. STEINBOCK, Bonnie, “Reproductive Cloning: Another Look”, in *University of Chicago Legal Forum* 2006, pp. 87-112.

¹³⁶ Cfr. SERRÃO, Daniel, “O clone humano – perspectivas científica, ética e jurídica”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. II, Almedina, 2008, pp. 345-368.

reprodutiva^{137/138}, na medida em que o ser gerado já não resulta de qualquer junção de gâmetas^{139/140/141}.

Claro que a clonagem reprodutiva teria as suas vantagens, ao permitir que casais que não são capazes de produzir gâmetas pudessem gerar prole com ligação biológica¹⁴², ao dar a oportunidade a casais homossexuais femininos para gerarem filhos sem recorrer a gâmetas de dador, ao possibilitar que casais homossexuais masculinos, ainda que com recurso à *gestação de substituição*, pudessem dispensar o material genético de um óvulo de dadora¹⁴³.

Uma família em sofrimento pela perda de um ente querido poderia sanar a falha, gerando um descendente geneticamente copiado do familiar falecido.

Quem considera a proibição da clonagem reprodutiva exagerada, defende que o direito à *identidade genética* (no sentido referido) é renunciável, pelo que poderia ser dado consentimento, pelo próprio, para que se produzisse um clone seu, sobretudo nos casos em que precisa da técnica para se reproduzir¹⁴⁴.

¹³⁷ Sobre os direitos reprodutivos, em geral, v. RAPOSO, Vera Lúcia, "Direitos Reprodutivos", in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, pp. 111-13.

¹³⁸ Para uma análise do conceito de autonomia reprodutiva, entre nós, v. SILVESTRE, Margarida, *Embriões excedentários: entre a técnica, a lei e a ética*, Coimbra Editora, 2015, p. 58-61.

¹³⁹ Ao que normalmente é contraposto o argumento segundo o qual, no âmbito da PMA, se anda sempre longe do que seja a "reprodução ordinária" (STRONG, Carson, "The ethics of human reproductive cloning", in *Reproductive BioMedicine Online*, Volume 10, Supplement 1, 2005, p. 46).

¹⁴⁰ Sobre as implicações da clonagem nas noções de parentalidade, v. KOLERS, Avery, "Cloning and Genetic Parenthood", in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 12(4), pp. 401-410.

¹⁴¹ Referindo estar-se, aqui, já no âmbito da replicação, ao invés da reprodução, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, p. 1065.

¹⁴² Cfr. STRONG, Carson, "The ethics (...)", *ob. cit.*, p. 4.

¹⁴³ Sobre a vantagem da técnica para os beneficiários em união homossexual, v. SUTER, Sonia M, "In Vitro Gametogenesis: Just Another Way to Have a Baby?", in *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 3, no. 1, April 2016, pp. 87-119.

¹⁴⁴ BERIAIN, Iñigo de Miguel, "¿Existe (...)", *ob. cit.*, p. 265.

Porém, depois do conhecido caso Dolly, em 1996 (uma ovelha clonada a partir da utilização de uma célula mamária diferenciada), e em face do debate internacional instalado, as Nações Unidas adoptaram, a 8 de Março de 2005, a *Declaração sobre Clonagem Humana* que proíbe “todas as formas de clonagem humana na medida em que sejam incompatíveis com a dignidade humana e a protecção da vida humana”, afirmando o compromisso dos Estados membros na proibição de “todas as formas de clonagem humana que sejam incompatíveis com a dignidade humana e a protecção da vida humana”¹⁴⁵.

Em 2008, a UNESCO criou um Grupo de Trabalho para investigar a possibilidade de uma convenção juridicamente vinculativa para proibir a clonagem reprodutiva humana, o que ainda não foi conseguido.

Ou seja, embora a clonagem reprodutiva humana seja um assunto desafiador, o estabelecimento de uma estrutura de governança global robusta nesta área é extremamente complicado, na medida em que teria de assentar em instâncias internacionais e numa negociação baseada em interesses representados nos órgãos intergovernamentais, compostos por uma ampla gama de partes interessadas^{146/147}.

A proibição pelo Direito, da clonagem reprodutiva¹⁴⁸ tem, porém, novos desafios.

¹⁴⁵ Sobre a Declaração, v. BERGUEL, Salvador Darío, “La Declaración de las Naciones Unidas Sobre la Clonación de Seres Humanos del 08-03-05”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, Janeiro/Junho 2005, pp. 49-56.

¹⁴⁶ LANGLOIS, Adèle, “The global governance of human cloning: the case of UNESCO”, in *Palgrave Communications*, 3, 2017, 17019.

¹⁴⁷ Defendendo a adopção de uma Convenção internacional, proibindo da clonagem, v. RIORDAN, Peter Jeremiah, “Cloning Consensus: Creating a Convention to Ban Human Reproductive Cloning”, in *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 26, Issue 2 (2002-2003), pp. 411-444.

¹⁴⁸ Sobre o problema v., também, BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, “Testes genéticos, terapia génica, clonagem”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. I, Almedina, 2005, pp. 309-328.

A atitude generalizada dos ordenamentos jurídicos, como vimos, passou por proibir a disponibilidade do direito à *identidade genética*, tornando-o um *direito subjectivo irrenunciável*, um *direito-dever*, não para proteger o *clonado*, mas para proteger o *clone*, logo um terceiro (que ainda não existe), e o direito deste a ter a sua *identidade genética*, circunstância que não deixa de levantar dúvidas sobre a legitimidade da proibição¹⁴⁹. Ou seja, o *direito à identidade genética* só é titulado pelo indivíduo que pode ser clonado, e não pelo ser humano resultado pela clonagem, pelo que é difícil, para esta corrente, aceitar a proibição da clonagem, a não ser que se defenda um *direito do clone a não existir*^{150/151/152}.

Este debate, que já não é novo, tenderá a agudizar-se (em benefício das tendências pro-clonagem reprodutiva) quando se disseminar, por exemplo, a utilização da *terapia de substituição mitocondrial*, e se conhecerem avanços relativamente à aplicação em humanos da tecnologia genética denominada como *CRISPR-Cas9*¹⁵³.

Por outro lado, começa a ver-se a clonagem reprodutiva com outros olhos, sobretudo tendo em conta a sua comparação com a *gametogénese in vitro*.

¹⁴⁹ BERIAIN, Iñigo de Miguel, “¿Existe (...)”, *ob. cit.*, pp. 265-276.

¹⁵⁰ IDEM, pp. 270-271.

¹⁵¹ Em Portugal, doutrina inclui o direito a não ser clone no âmbito da tutela constitucional da *identidade genética* (PEREIRA, André Dias, “Gene Editing: Portuguese Constitutional, Legal and Bioethical Framework”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, p. 237).

¹⁵² Em Portugal, a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, veio determinar que “a intervenção médica que tenha como objecto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, verificadas as condições estabelecidas nesta lei, por razões preventivas ou terapêuticas” (artigo 8.º, n.º 1) e que “é proibida qualquer intervenção médica que tenha por objectivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa” (artigo 8.º, n.º 2).

¹⁵³ A *CRISPR-Cas9* (*Clustered regularly interspaced short palindromic repeats*) é uma técnica de edição de genes que permite corrigir várias doenças que causam mutações genéticas, podendo ser aplicada para controlar a disseminação de doenças parasitárias, como a malária, por meio da introdução de elementos genéticos egoístas que são passados de gerações em geração e disseminados pela população, através da reprodução (KHAN, FA / PANDUPUSPITASARI, NS / CHUNJIE, H / AHMAD, HI / WANG, K / AHMAD, MJ / ZHANG, S, “Applications of CRISPR/Cas9 in Reproductive Biology”, in *Current Issues in Molecular Biology*, 2018, 26, pp. 93-102).

A ciência pode, em breve, permitir a reconstituição, fora do corpo humano, do processo de criação do ovócito e do espermatozóide.

Está técnica terá a importante vantagem de permitir o tratamento de casais com anomalias na gametogénese, ou seja, casais cuja infertilidade decorre da sua incapacidade de produzir os gâmetas necessários, podendo esses beneficiários, com a nova técnica, produzir descendência com ligação genética, a partir de gâmetas produzidos em laboratório.

Estes gâmetas podem ser obtidos a partir de células estaminais embrionárias ou de células somáticas que são reprogramadas para funcionar como *células estaminais pluripotentes induzidas* (iPSCs)^{154/155}. Em qualquer das hipóteses, o gâmeta é gerado a partir de uma célula não gamética da pessoa a partir da qual o gâmeta é gerado *in vitro*.

Ou seja, se na clonagem reprodutiva o principal receio reside na possibilidade de se gerar um ser humano geneticamente idêntico a um pré-existente, normalmente já adulto, tal preocupação não pode ser afastada da discussão em torno da utilização de gâmetas *in vitro*: o ser gerado tem as

¹⁵⁴ Cfr. SEGERS, Seppe / PENNING, Guido / MERTES, Heidi / DONDORP, Wybo / DE WERT, Guido, “Balancing Ethical Pros and Cons of Stem Cell Derived Gametes”, in *Annals of Biomedical Engineering*, volume 45, 2017, pp. 1620–1632.

¹⁵⁵ Sobre a discussão em torno das células estaminais, v: LOUREIRO, João Carlos, “Células Estaminais”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 2, n.º 4, 2005, pp. 11-26; BARBOZA, Helena Heloisa, “Aspectos jurídicos da pesquisa com células-tronco”, in *Revista LexMedicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 3, n.º 5, Coimbra, 2005, pp. 15-22.; DIAFÉRIA, Adriana, “Código de Ética de Manipulação Genética no Direito Brasileiro – Alcance e Interface com Regulamentações Correlatas”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 1, n.º 1, 2004, pp. 43-51; MORA, Asier Urruela, “La investigación con células-madre en el contexto europeo. Resulta posible el consenso?”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 3, n.º 5, 2005, pp. 31-44.; MORA, Asier Urruela, “Los principios de responsabilidad y de precaución como ejes de la intervención jurídica en el campo de la Genética y de las Biotecnologías”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 15-25; ROMEO-CASABONA, Carlos M., “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionárias humanas com fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, Janeiro/Julho 2006, pp. 75-128.

características genéticas proveniente, não de uma célula sexual, mas de uma célula estaminal ou somática¹⁵⁶.

A verdade é que, apesar de a comunidade científica ainda colocar reservas e reclamar mais estudos, assiste-se à formação um movimento tendencialmente favorável à futura utilização de gâmetas *in vitro*¹⁵⁷.

No Reino Unido, a consulta pública, que deu origem à reforma do *HFEAct* de 2008, mostrou alguma receptividade à futura utilização dos gâmetas *in vitro* (apesar de ainda ser proibida), ao mesmo tempo que se mantém a tendência de recusa relativamente à *clonagem reprodutiva*¹⁵⁸.

A diferente reacção do público não deixa de ser interessante, na medida em que os gâmetas *in vitro* colocam problemas muito similares, em matéria de *segurança, dignidade, instrumentalização, identidade genética e autonomia*.

Alguns autores entendem mesmo ser difícil continuar a defender a proibição da *clonagem reprodutiva* e, ao mesmo tempo, aceitar o uso reprodutivo de gametas produzidos a partir de células estaminais ou somáticas¹⁵⁹.

Assim, nos próximos anos, a evolução da discussão em torno da utilização de gâmetas *in vitro* pode alterar radicalmente a perspectiva relativamente à clonagem reprodutiva.

Se, hoje, a proibição da utilização da técnica da clonagem para gerar um ser humano surge como a mais necessária possível, deve ter-se presente que tal prisma poderá ter de ser reequacionado, se passar a admitir-se gerar um ser humano com material genético proveniente de uma célula não sexual.

¹⁵⁶ A técnica constitui um passo na possibilidade de obtenção de “*designer babies*” (cfr. SEGERS, Seppe / PENNING, Guido / MERTES, Heidi, “In Vitro Gametogenesis and the Creation of ‘Designer Babies’”, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 28(3), pp. 499-508).

¹⁵⁷ SEGERS, Seppe / PENNING, Guido / MERTES, Heidi / DONDORP, Wybo / DE WERT, Guido, “In vitro gametogenesis and reproductive cloning: Can we allow one while banning the other?”, in *Bioethics*, Jan2019, Vol. 33 Issue 1, p. 69.

¹⁵⁸ IDEM.

¹⁵⁹ Cfr. SEGERS, Seppe / PENNING, Guido / MERTES, Heidi / DONDORP, Wybo / DE WERT, Guido, “In vitro (...)”, *ob. cit., passim*.

Nessa hipótese abrir-se-á um enorme desafio para o Direito, que se verá a braços com a necessidade de levar a cabo a tarefa de definir em que termos se poderá aplicar tal técnica, e, designadamente, que testes e ensaios serão feitos, como se protegem os seus participantes, que limites devem considerar-se inultrapassáveis e que consequências devem prever-se para as violações das regras impostas.

CAPÍTULO II – ACESSO AOS TRATAMENTOS, CONSENTIMENTO E OUTROS ASPECTOS CRÍTICOS

§ 1 – Acesso à PMA e consentimento informado

1. Beneficiários e limites do consentimento

1.1. O alargamento, em 2016, do quadro de possíveis beneficiários da PMA

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 6.º da Lei da PMA, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho¹⁶⁰, *“podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”*¹⁶¹. Já o n.º 2 do mesmo artigo estabelece que *“as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas”*.

¹⁶⁰ Com início de vigência no dia 1 de Agosto de 2016.

¹⁶¹ No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.168, de 21/09/2017, admite o recurso à PMA às pessoas integrantes de relacionamentos homoafetivos e às pessoas solteiras. Para uma análise da figura da *união estável* no Brasil, com contornos e efeitos distintos da união de facto portuguesa, v. PAINI, Reynaldo Castilho, *Reconhecimento de Paternidade e União Estável*, 2.ª edição act., Editora Saraiva, 1999, *passim*; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Da união estável”, in Dias, Maria Berenice, / Pereira, Rodrigo da Cunha, *Direito da Família e o Novo Código Civil*, 4.ª edição, IBDFAM, Belo Horizonte, 2005, pp. 219-234; TARTUCE, Flávio, *Direito Civil – Direito de Família*, Editora Forense, 2015, pp. 313-388; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “União Estável”, in *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015, pp. 195-243.

A nova redacção consagra um alargamento considerável do âmbito dos possíveis beneficiários¹⁶² da PMA^{163/164/165}. Para ALBERTO BARROS, “a aplicação tão alargada das técnicas de procriação medicamente assistida é uma exaltação adicional à competência rigorosa dos profissionais, na informação que divulgam e nos actos que praticam, tendo sempre presente que as técnicas de PMA constituem um acto terapêutico, desejavelmente o menos invasivo e intervencionista possível, e não um “acto comercial”, de resposta favorável só porque é feito o pedido”^{166/167}.

A redacção originária do artigo 6.º era, assim, bem mais restritiva¹⁶⁸, uma vez que, antes do alargamento introduzido pela referida Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, as mulheres isoladamente (portanto, fora do contexto de casal heterossexual), ou integrando casal do mesmo sexo, viam ser-lhes vedado o acesso à PMA^{169/170/171}.

¹⁶² OLIVEIRA ASCENSÃO critica a utilização da mesma expressão (“beneficiários”) independentemente de a criança a nascer ter ou não ligação biológica aos utilizadores da PMA (ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 28).

¹⁶³ O problema da definição do quadro de beneficiários da PMA é um tema clássico. Sobre o mesmo, cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “Beneficiários da Procriação Assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, pp. 40 e ss..

¹⁶⁴ A este propósito, RUTE TEIXEIRA PEDRO fala de uma revolução no direito da filiação (PEDRO, Rute Teixeira, “Uma Revolução na Conceção Jurídica da Parentalidade?”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 149-168).

¹⁶⁵ Analisando o problema antes das alterações legislativas de 2016, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à (...)*, *ob. cit.*, pp. 301-306.

¹⁶⁶ BARROS, Alberto, “Procriação (...)”, *ob. cit.*, p. 8.

¹⁶⁷ Sobre o ponto, v. NETO, Luísa, “O (Novo) Regime da Procriação Medicamente Assistida: Possibilidades e Restrições”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 85-88.

¹⁶⁸ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 32.

¹⁶⁹ O n.º 2 do artigo foi, depois, alterado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, por forma a adaptar a norma ao novo regime do regime jurídico do maior acompanhado, que eliminou os institutos da interdição e da inabilitação.

¹⁷⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO alerta para o facto de o n.º 2 do artigo 6.º impedir a utilização das técnicas de PMA em benefício de maior acompanhado que esteja impedido por sentença de recorrer às mesmas, mas não estende a proibição aos indivíduos que, não estando submetido ao regime do maior acompanhado, sofram de *demência*. O Autor defende, porém, que o acesso à PMA lhes está vedado, por analogia com o disposto no artigo 1850.º, n.º 1, do Código Civil (PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 173).

¹⁷¹ OLIVEIRA ASCENSÃO refere que a lei se esqueceu de vedar o recurso à PMA aos candidatos que sofram notoriamente de anomalia psíquica (ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 28).

1.1.1. Dúvidas trazidas pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio

Após a publicação da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, colocou-se a questão de saber se as mulheres casadas (em união homossexual) poderiam aceder à PMA, na medida em que a redacção originária do artigo 6.º da Lei da PMA admitia que “pessoas casadas” fossem beneficiárias, sem fazer qualquer distinção entre tipos de casamento (entre pessoas de sexo diferente, ou do mesmo sexo)¹⁷².

Tal possibilidade, porém, nunca se concretizou, na medida em que o argumento histórico apontava para a admissibilidade exclusiva, no acesso à PMA, de beneficiários unidos em casamento de pessoas de sexo diferente. Claro que, quando o legislador, na redacção originária, se referiu a “pessoas casadas” só poderia ter pensado neste tipo de casamento, mas era difícil aceitar, sem mais, esse alargamento imediato do âmbito de aplicação por força da alteração do conceito de casamento¹⁷³.

Contribuía para esse entendimento o facto de o artigo 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, na sua redacção originária, afastar a possibilidade de recurso à adopção, em qualquer das suas modalidades, às pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo, solução que só viria a ser alterada, em termos radicalmente opostos, com a nova redacção dada àquele diploma pela Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro.

Acresce que, admitir o acesso à PMA (apenas) às mulheres casadas (em casamento homossexual) abriria uma diferenciação pouco compreensível para com as mulheres em união de facto, que estavam, pela letra da lei, impedidas de assumir a condição de beneficiárias, o que constituía uma ruptura no tradicional paralelismo, no que respeita ao acesso às técnicas, que se foi fazendo entre casamento e união de facto.

¹⁷² Tal distinção não faria qualquer sentido, pois, à data, o casamento só era admitido entre pessoas de sexo diferente.

¹⁷³ Criticando esse resultado prático, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...), ob. cit.*, pp. 26-27.

O CNPMA veio a acolher formalmente esse entendimento, em *Declaração interpretativa relativamente às implicações da entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, no acesso às técnicas de PMA (de 18 de Junho de 2010)*, esclarecendo que o acesso às técnicas de PMA continuava “legalmente vedado às pessoas do mesmo sexo casadas entre si, proibição que se manterá se não for produzida, pela forma constitucionalmente prevista, uma alteração legislativa”^{174/175}.

A questão esvaneceu-se totalmente com a referida abertura expressa, em 2016, da PMA às mulheres (a todas as mulheres), independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

1.2. Outros problemas, contradições e dificuldades

Levantam-se, porém, neste contexto do acesso à PMA, quatro outros problemas.

O alargamento do âmbito subjectivo de aplicação das técnicas de PMA, ocorrido em 2006, constituiu uma alteração legislativa de efeitos profundos na *economia do sistema*, com consequências muito relevantes, não só relativamente aos termos em que a PMA deve passar a ser encarada no nosso país, como também quanto aos efeitos no contexto do *direito da família* e das *relações familiares* que a mesma provoca.

¹⁷⁴Cfr. CNPMA, *Declaração interpretativa relativamente às implicações da entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, no acesso às técnicas de PMA (de 18 de Junho de 2010)*, disponível em www.cnpma.org.pt.

¹⁷⁵ Criticando a posição do CNPMA, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 716-720.

1.2.1. Acesso à PMA, pelas mulheres, fora de um quadro de infertilidade

O primeiro problema diz respeito ao alargamento do acesso à PMA às mulheres *fora de um cenário de infertilidade em sentido estrito*¹⁷⁶, possibilidade que já em 1985 merecia a reflexão de GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁷⁷.

Uma mulher isoladamente, sem qualquer problema de infertilidade, pode hoje recorrer à PMA. Um casal homossexual feminino, cujos membros (um ou ambos) sejam férteis, isoladamente considerados, pode igualmente recorrer à PMA (resultando isso, expressamente, do n.º 3 do artigo 4.º, na redacção da já referida Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho)¹⁷⁸.

Em face desta opção legislativa, a PMA deixou de ser, para estas beneficiárias, um método subsidiário de procriação, mal se compreendendo as hesitações do legislador na redacção conferida ao artigo 4.º da Lei da PMA¹⁷⁹. Num plano estritamente técnico, estamos fora de um cenário de infertilidade, pelo que o n.º 1 deste artigo (que dispõe que “*as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação*”) deveria, pura e simplesmente, ser eliminado¹⁸⁰.

Terá havido algum receio do legislador, nesta sede, de receber críticas no sentido de ter abalado um dos principais pilares fundamentais em que assentou acesso às técnicas de PMA, logo desde a década de 80 do século passado.

¹⁷⁶ Possibilidade que também se verifica, por exemplo, nos seguintes países: Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Grécia, Hungria, Islândia e Letónia (cfr. PRÁG, Patrick / MILLS, Melinda C., “Assisted Reproductive (...)”, p. 298).

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, “O estabelecimento da filiação mudança recente e perspectivas”, *ob. cit.*, pp. 72-73.

¹⁷⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, refere, a este propósito, que “*as técnicas atuais de PMA permitem uma miríade de “novas famílias”*” (PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015, p. 72).

¹⁷⁹ Cfr., no mesmo sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 170.

¹⁸⁰ Em 2003, antes da Lei da PMA, já JOÃO CARLOS LOUREIRO alertava para um certo fim de vida do princípio da subsidiariedade da PMA, afirmando, porém, que a evolução não teria de significar a “*passagem para o que poderíamos designar como PMA assente num mero pedido*” (LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina (...)*, *ob. cit.*, p. 785).

A PMA foi sempre encarada como um conjunto de técnicas científicas destinada a resolver doenças, a curar casais inférteis. Desde tempos muito precoces se erigiu a ideia segundo qual a aplicação de qualquer técnica de PMA pressupunha a existência de um *diagnóstico de infertilidade*¹⁸¹, acrescentando-se, porém, logo também, em face das preocupações criadas pelo HIV¹⁸² (e por outras infecções e doenças, como as hepatites), a possibilidade de utilizar a PMA para evitar a transmissão de doenças, hipótese que passou a constar da versão originária do n.º 2 do artigo 4.^º¹⁸³.

A abertura da PMA às mulheres isoladamente altera profundamente este quadro, na medida em que uma mulher, por si só, pode ser ou não infértil. No entanto, em face da abertura legal, uma mulher fértil pode, isoladamente, recorrer às técnicas de PMA, opção que corresponde a uma escolha reprodutiva e já não à necessidade de resolver um problema clínico, uma doença (a infertilidade).

A escolha do legislador é, pensamos, totalmente legítima, mas ela corresponde a uma alteração radical de paradigma que deveria ser assumida expressamente no texto legal¹⁸⁴.

Esta mudança de modelo, no sentido da dissociação da aplicação das técnicas de PMA do tradicional contexto da infertilidade do casal, foi confirmada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, que no seu artigo 7.º veio determinar ser *“proibida a existência de tempos de espera distintos para os tratamentos de PMA, em função do beneficiário ser*

¹⁸¹ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 34.

¹⁸² IDEM, pp. 34 e 35.

¹⁸³ A técnica *semen washing*, por exemplo, apresenta-se bastante eficaz, reduzindo de forma muito significativa o risco de transmissão do HIV (cfr. ZAFER, M. / HORVATH, H. / MMEJE, O. / VAN DER POEL, S. / SEMPRINI, A. E. / RUTHERFORD, G. / BROWN, J., “Effectiveness of semen washing to prevent human immunodeficiency virus (HIV) transmission and assist pregnancy in HIV-discordant couples: a systematic review and meta-analysis”, *in Fertility and sterility*, 105(3), 2016, pp. 645–655). Ainda sobre o tema, mas na perspectiva da infecção no elemento feminino, v., entre nós, MARQUES, C. / GUERREIRO, C. / SOARES, S. R., “Lights and Shadows about the Effectiveness of IVF in HIV Infected Women: A Systematic Review”, *in Infectious diseases in obstetrics and gynecology*, vol. 2015.

¹⁸⁴ Dessa alteração deveria, também, o legislador ter retirado as devidas consequências no sentido do equilíbrio do regime da PMA, o que não sucedeu.

casal de sexo diferente, casal de mulheres ou mulheres sem parceiro ou parceira, sem prejuízo das prioridades estabelecidas com base em critérios objetivos de gravidade clínica”.

Ou seja, no novo paradigma de PMA, introduzido em 2016, a situação de uma mulher (fértil) que tem o desejo de procriar com recurso à PMA, gerando uma criança num contexto de monoparentalidade¹⁸⁵, é equiparável à dos casais inférteis, não admitindo o regime a concessão de uma prioridade automática, no acesso aos tratamentos, aos casos de infertilidade certificada, apenas aceitando a definição de prioridades casuísticas em função da gravidade clínica que as situações envolvam¹⁸⁶.

Esta opção legislativa é muito problemática, sobretudo se, na prática, der causa a atrasos consideráveis no acesso aos tratamentos para os casos de infertilidade, em benefício de meras escolhas reprodutivas, na medida em que constitui uma alteração radical dos pilares em que assenta o sistema médico de apoio à reprodução humana e obriga a colocar em perspectiva outros limites que este vem consagrando, e cujo desvalor pode ser menor.

Abordaremos *infra*¹⁸⁷ o problema das restrições de acesso à PMA em função de condições subjetivas dos beneficiários, incluindo a idade, designadamente quando está em causa o financiamento público dos tratamentos. Ora, não pode deixar de ser controverso, neste contexto, a circunstância de o mesmo sistema de PMA, ao mesmo tempo que restringe o acesso ao financiamento estadual, devido à escassez de meios financeiros (limitando o acesso aos tratamentos, por exemplo, a mulheres com mais de 42 anos), admitir tratar, com fundos públicos e com frágeis critérios de

¹⁸⁵ Sobre a discussão em torno de um suposto direito à biparentalidade, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 674-676.

¹⁸⁶ PARA JORGE DUARTE PINHEIRO, “*custa a aceitar que se afectem recursos médicos, mais ou menos escassos, num contexto em que se desencadeiam ponderosas questões éticas e jurídicas que se não se cingem ao problema da mono- ou biparentalidade, com vista à concepção deliberada de uma criança que, quando nascer, terá somente um progenitor efetivo*” (PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 172).

¹⁸⁷ Cap. II §1, 2.

correção de precedência ou prioridade, mulheres totalmente férteis, que se apresentam, isoladamente, pedindo uma inseminação.

Assim, seria desejável que o legislador estabelecesse critérios claros que permitissem atribuir, objetiva e efectivamente, prioridade aos tratamentos de casais inférteis, em detrimento de casos em que o recurso à PMA é uma pura *opção reprodutiva*, sobretudo no sistema nacional de saúde, em que há necessidade de gerir a alocação de recursos.

Acresce que a opção do legislador em tornar a PMA um método alternativo de procriação torna menos gravosas, em face do referido resultado possível da PMA (inseminação da mulher fértil, por pura escolha, e criação deliberada de família monoparental), por comparação, outras opções que se têm tradicionalmente por problemáticas.

Nesse cotejo, não parece assim tão grave, pensamos, permitir a escolha de sexo nos casais férteis para conseguir o designado “*family balancing*”, ou permitir a *gestação de substituição* para a realização de um *projecto parental* de um casal homossexual masculino¹⁸⁸, que, por natureza (e até novos desenvolvimentos da ectogénese), está afectado por uma infertilidade naturalística absoluta e inultrapassável¹⁸⁹.

1.2.2. A mulher casada precisa obter o consentimento do cônjuge ou companheiro(a) para recorrer isoladamente à PMA?

O segundo problema respeita ao recurso à PMA por mulher casada e à não exigência legal de qualquer anuência do cônjuge (que, por certo, não será legalmente progenitor da criança a nascer, caso contrário estaríamos

¹⁸⁸ Se o procedimento de substituição gestacional for admitido, por exemplo, num modelo altruístico.

¹⁸⁹ Temas a que voltaremos *infra* (Cap. II § 3 e Cap. II § 3, 1.2.2.).

perante um pedido de recurso à PMA heteróloga por casal¹⁹⁰), para a aplicação das técnicas¹⁹¹.

O ponto apresenta-se delicado, por dois motivos: a) no estado actual da evolução das concepções igualitárias no que respeita ao género, a exigência legal de qualquer autorização marital surge, para certas concepções, desfasada dos expectáveis níveis óptimos de equilíbrio¹⁹²; b) pode sempre questionar-se se o recurso à PMA pela mulher casada, sem anuência do cônjuge, constitui uma violação dos deveres conjugais, nomeadamente, do dever de respeito, sendo o acto totalmente equiparável ao caso em que o cônjuge, sem o consentimento do outro, introduz no lar conjugal filho concebido fora do matrimónio, o que está vedado pelo art. 1883.º do Código Civil¹⁹³.

Poder-se-ia dizer que o sistema já aceita que, num casamento, o cônjuge marido tenha de contar com a integração de uma criança, concebida na constância do matrimónio, que não é seu(ua) filho(a) biológico(a) nem relativamente a ele(a) funcionou a presunção de paternidade marital, uma vez que o artigo 1832.º do Código Civil determina que “*a mulher casada pode fazer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido*” (n.º 1), e que “*a declaração prevista no número anterior faz cessar a presunção de paternidade*”, podendo logo ocorrer perfilhação pelo terceiro (que não o seu marido) (n.º 3).

Porém, não só este regime não se aplica aos casais de mulheres, como é possível encontrar arrimos para defender outra solução¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Note-se que este pedido até seria negado se o casal não beneficiasse de *diagnóstico de infertilidade*.

¹⁹¹ Cabe questionar se não está em causa o *princípio da igualdade dos cônjuges*. Sobre o sentido clássico deste princípio, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Dois numa só carne”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, pp. 5-12.

¹⁹² Argumento que é totalmente eliminado no caso de casamento homossexual, pois a anuência adviria, nesse caso, de outra mulher.

¹⁹³ Dando a hipótese prevista nesse artigo como um exemplo de violação do dever de respeito, v. OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual (...)*, p. 138.

¹⁹⁴ Solução que passe, portanto, pela consagração de um qualquer nível de intervenção do cônjuge no sentido de dar a sua anuência à aplicação da técnica heteróloga na mulher.

RUTE TEIXEIRA PEDRO critica a opção legal que dispensa o consentimento do cônjuge nesta hipótese de recurso à PMA, sobretudo, tendo por referência que, se a mulher casada quiser adotar singularmente, carece do consentimento do outro elemento do casal, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 1981.º do Código Civil)¹⁹⁵.

Esta comparação com o instituto da adoção torna claro, pensamos, que a solução do legislador deveria ter sido semelhante à que vigora no direito espanhol, desde 2006. A primeira parte do n.º 3 do artigo 6 da Ley 14/2006, de 26 de mayo estabelece que *“si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente”*¹⁹⁶.

Claro que, a ser assim também no direito português, a regulação da matéria teria de ser mais complexa, pois o consentimento, na Lei da PMA, determina o estabelecimento dos vínculos de filiação.

Ora, o que está em causa não é saber se deve exigir-se o consentimento do cônjuge para dele retirar consequências do ponto de vista do estabelecimento da filiação. Se assim fosse, não estaríamos perante qualquer admissibilidade legal de acesso à PMA pelas mulheres isoladamente¹⁹⁷.

O que aqui interessa é saber qual o tipo de intervenção do cônjuge ou do companheiro(a) (quando exista) da mulher beneficiária que pretende recorrer à PMA, por si só.

Tal como acontece na adoção singular, nestes casos a mulher tem um núcleo familiar estabelecido com o seu cônjuge ou companheiro(a), e vai nele introduzir inovadoramente uma criança. Neste cenário, considerar que

¹⁹⁵ PEDRO, Rute Teixeira, “Uma Revolução (...)”, *ob. cit.*, pp. 161-162.

¹⁹⁶ Alguma doutrina é muito crítica da solução espanhola que permite o recurso à PMA às mulheres isoladamente, com o argumento de que, tendo o homem sempre que contar com uma mulher para poder ser pai, constitui-se, com aquela solução, um problema de desigualdade (BLANCO, Victorio Magariños, “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 80).

¹⁹⁷ Resultado que o legislador, manifesta e expressamente, quis.

o cônjuge ou companheiro(a) não deve poder tomar posição pode constituir-se uma solução que corresponda a um preço demasiado alto a pagar para defender uma concepção igualitária exacerbada e um individualismo reprodutivo extremo, tendo como corolário a solução segundo a qual a mulher casada não carece da opinião de ninguém para o que quer que seja.

A solução poderia passar, pensamos, pela consagração de uma *anuência* do cônjuge para a aplicação da técnica na mulher, como requisito necessário, e como acto distinto do *consentimento*, pois deste a Lei da PMA retira consequências ao nível do estabelecimento dos vínculos da filiação.

1.2.3. Implicações indirectas na PMA *post mortem*

Em terceiro lugar, as implicações do alargamento do leque de beneficiários da PMA fizeram sentir-se sobremaneira noutro aspecto do regime da PMA.

Ao permitir o recurso à PMA às mulheres, isoladamente, e ao transformar o modelo da PMA em modelo tributário de uma *alternativa procreativa*, o legislador criou uma incongruência resultante da concomitante proibição da inseminação *post mortem*.

Se uma mulher, por si só, pode escolher a PMA para gerar um criança com gâmeta de dador (vivo ou falecido), cuja identidade civil pode ser conhecida, não faz sentido que este tipo de família monoparental¹⁹⁸ não possa ser considerado menos problemático do que aquele resultante da inseminação *post mortem* de uma mulher, para realização de *projecto parental* sólido. Neste último caso de monoparentalidade, a criança gerada poderá ainda contar com toda a eventual linha de parentesco paterno (e,

¹⁹⁸ Sobre a evolução do direito da família, no sentido de uma maior aceitação da monoparentalidade, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, p. 775.

bem assim, contar com a linha da paternidade devidamente preenchida no registo civil).

O desenvolvimento deste tema terá tratamento autónomo *infra*¹⁹⁹.

1.2.4. Requisitos exigíveis na relação *more uxório*

O quarto problema prende-se com a eventual exigência de os beneficiários em *união de facto* terem vida em comum há mais de 2 anos, em aplicação do critério geral para a produção dos efeitos da relação *more uxorio*, previsto no artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio^{200/201/202}, tendo em consideração que o artigo 6.º deixou, em 2016, de fazer referência a qualquer prazo mínimo de convivência.

O problema da prova da união de facto entre os beneficiários chegou a preocupar o CNPMA, sobretudo depois de a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto²⁰³, ter aditado o artigo 2.º-A à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, passando a determinar que “*na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível*” (n.º 1 do artigo 2.º-A). O CNPMA, na *Declaração decorrente da entrada em vigor da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (de 14/05/2012)*, considerou ser desproporcional impor aos centros de PMA a

¹⁹⁹ Cap. II § 6.

²⁰⁰ Analisando o diploma na sua versão originária, v. FRANÇA PITÃO, *União de facto e economia comum: (comentário crítico às leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11.05)*, Coimbra, Almedina, 2002.

²⁰¹ Sobre os requisitos da união de facto, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, pp. 525-529.

²⁰² Para um enquadramento histórico completo da união *more uxorio*, v. CID, Nuno de Salter, *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: Entre o Facto e o Direito*, Almedina, 2005. Para uma análise da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio e dos seus antecedentes, v. *ob. cit.*, pp. 497 e ss.

²⁰³ Analisando as alterações introduzidas por este diploma, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das União de Facto)”, *in Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 7, n.º 14, Coimbra, 2010, pp. 139-153.

obrigação de comprovação de veracidade relativamente às declarações de convivência em união de facto²⁰⁴.

Na verdade, depois do alargamento da PMA a todas as mulheres, ainda que fora de um contexto de relação afectiva, deixou de fazer sentido exigir aos beneficiários a prova da convivência *more uxorio*, ainda que por intermédio de declarações sob compromisso de honra, pois, de outro modo, abrir-se-ia a oportunidade para as mais criativas formas de contornar a exigência legal: se a mulher, por si só, pode ser inseminada, e se apenas vive com o companheiro/a há poucas semanas (ou dias), basta apresentar-se sozinha na clínica e a técnica não lhe poderá ser negada. Assim, em face do novo enquadramento (de 2016), não é exigido qualquer tempo mínimo de convivência *more uxorio* ao casal beneficiário da PMA.

Esta solução é a única razoável em face das novas opções legislativas, mas, mais uma vez, é criticável, por derrubar outro pilar tradicional do sistema de PMA, que considera as respectivas técnicas como instrumentos destinados a debelar a infertilidade de um casal, e não ao serviço de um puro exercício de autonomia individual.

1.2.5. A mulher casada pode recorrer à PMA com outro(a) companheiro(a), diferente do seu cônjuge?

A opção de não se exigir o consentimento do cônjuge para que a mulher casada possa recorrer isoladamente à PMA, associada à circunstância de não se impor um tempo mínimo de convivência em união de facto enquanto requisito para esse acesso, cria um outro problema: poderá mulher casada recorrer à PMA com outro(a) companheiro(a) diferente do seu cônjuge, de tal forma que aquele possa dar o seu

²⁰⁴ CNPMA, *Declaração decorrente da entrada em vigor da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (de 14/05/2012)*, disponível em www.cnpma.org.pt.

consentimento, dele se retirando o estabelecimento do vínculo de paternidade?

Este resultado da obtenção de um consentimento do(a) companheiro(a) para aplicação da técnica de PMA em termos plenos, ou seja, para dele se retirar também o estabelecimento do vínculo de filiação, dependerá de saber se, neste cenário, existe uma união de facto que preencha o requisito legal (concretamente previsto no artigo 6.º, n.º 1), pois só o(a) companheiro(a) que viva com a mulher beneficiária em condições análogas à dos cônjuges pode dar o seu consentimento relevante para efeitos de estabelecimento dos vínculos de filiação.

Ora, a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, considera impedimento à atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto, a existência de casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens (alínea *c*), do artigo 2.º).

Note-se que pode ser beneficiário da PMA um casal separado de facto (sendo certo que lhe está expressamente vedado o recurso à adopção, o que é criticado pela doutrina²⁰⁵). O cônjuge, separado de facto, pode consentir na técnica e será, juridicamente, o progenitor da criança que vier a nascer.

Quanto à mulher isoladamente, se em causa estiver o desejo de, enquanto mulher casada, recorrer à PMA, juntamente com um companheiro(a) (homem ou mulher diferente do seu cônjuge), este só poderá consentir na técnica (com todos os efeitos associados) se aquela mulher estiver separada de pessoas e bens do seu marido.

Se essa separação não tiver sido decretada, não pode dizer-se que existe entre essa mulher casada (e não separada de pessoas e bens) e o(a) companheiro(a) uma relação de união de facto que permita incluir este último no lote de beneficiários possíveis da PMA, com a consequência inexorável de o seu consentimento não poder ser considerado nesta sede.

²⁰⁵ PEDRO, Rute Teixeira, “Uma Revolução (...)”, *ob. cit.*, p. 160.

1.2.6. Um homem transgênero, que tenha útero, pode ser beneficiário da PMA?

Tendo em consideração o regime resultante da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, (que regula o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa^{206/207/208}), o reconhecimento jurídico da identidade de género pressupõe a abertura de um procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, mediante requerimento²⁰⁹.

O legislador deixou claro que podem requerer o procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e a consequente alteração de nome próprio as pessoas²¹⁰ cuja identidade de género não corresponda ao

²⁰⁶ Sobre a igualdade e a transexualidade, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de direito da família e das crianças*, 1ª ed., AAFDL Editora, 2015, pp. 341-348.

²⁰⁷ Um estudo essencial sobre os problemas em torno da mudança de sexo pode ver-se em MARQUES, J. P. Remédio, *Mudança de sexo. O problema jurídico: o problema do “paradigma corporal” da identificação/identidade sexual no registo civil*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Coimbra, 1991. Cfr., ainda, do mesmo Autor: MARQUES, J. P. Remédio, “Transexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas”, in *Tribuna da Justiça*, Fundação, (36), Dezembro 1987, pp. 11-15; (37), Janeiro 1988, pp. 10-14; (38), Fevereiro 1988, pp. 10-14; (39), Março 1988, pp. 9-13; (40), Abril 1988, pp. 11-18.

²⁰⁸ Para uma análise assaz crítica do diploma, v. BARBOSA, Mafalda Miranda, “Direito à Autodeterminação da Identidade de Género e Responsabilidade Civil. Reflexões em Torno da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 94, n.2, 2018, pp. 1097-1152.

²⁰⁹ Cfr. o n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto.

²¹⁰ De nacionalidade portuguesa, maiores de idade e que não se mostrem “interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica”, como consta da redacção legal, pelo que, nos termos do disposto no artigo 23.º da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, deverá ser considerada a correspondente remissão para o regime do maior acompanhado.

sexo atribuído à nascença^{211/212}, logo a partir do momento que se manifeste a respetiva identidade de género²¹³.

Não exige, a lei, porém, que a mudança da menção do sexo no registo civil e a conseqüente alteração de nome próprio fiquem dependentes de *qualquer prova de que o requerente foi submetido a procedimentos médicos, incluindo cirurgia de reatribuição do sexo*, esterilização ou terapia hormonal, assim como a tratamentos psicológicos e ou psiquiátricos^{214/215}.

Em face deste regime, é possível que se apresente numa clínica a solicitar tratamento de fertilidade um homem (já constando como tal no registo civil, depois de ter mudado de género) que tenha útero (desde a nascença, e porque não foi submetido a qualquer *cirurgia de reatribuição do sexo*) e, portanto, com capacidade reprodutiva.

Esse potencial beneficiário pode apresentar-se a solicitar tratamento, por exemplo, enquanto membro de um casal heterossexual ou enquanto membro de um casal homossexual masculino, ou até isoladamente, alegando que, biologicamente, ainda pode considerar-se uma mulher.

Na primeira hipótese, surgirá um problema se o casal beneficiário solicitar uma inseminação artificial, não no elemento feminino do casal, mas antes no elemento masculino (aquele que mudou de género), que biologicamente é portador de um útero que pode levar a cabo a gravidez.

Na segunda e terceira situações, as dúvidas resultarão da circunstância de saber se uma técnica de PMA pode ser aplicada num beneficiário considerando, não o seu género tal como ele vem definido no

²¹¹ Cfr. o n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto.

²¹² Antes de decidir, o Conservador do registo civil procede à audição presencial do requerente, por forma a apurar o seu consentimento expresso, livre e esclarecido, mediante relatório por este solicitado a qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada sem referências a diagnósticos de identidade de género, tendo sempre em consideração os princípios da autonomia progressiva e do superior interesse da criança constantes na Convenção sobre os Direitos da Criança (cfr. artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto).

²¹³ Cfr. o n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto.

²¹⁴ Cfr. o n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto.

²¹⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Direito à Autodeterminação (...)”, ob. cit., p. 1100.

registo civil e na documentação pertinente, mas, antes, o facto de, biologicamente, ter capacidade reprodutiva.

Para resolver estes problemas, entendemos que o caminho adequado passa por considerar o género do potencial beneficiário tal como ele está estabelecido legalmente.

Assim, nas situações descritas, o homem transgénero com útero, por ser legalmente um homem, não pode ser inseminado (enquanto membro de um casal heterossexual, sendo certo que a sua companheira poderia beneficiar da PMA nos termos gerais), e não pode obliterar-se a classificação legal de género de que beneficia, no momento em que solicita o tratamento de PMA, para passar a considerar-se a sua situação puramente biológica e que faz com que ainda seja portador de aparelho reprodutor feminino.

Nesta matéria, porém, as situações podem, ainda, complicar-se, por dois motivos.

Desde logo, os beneficiários da PMA poderão alterar o género depois de iniciados os tratamentos de PMA.

Assim, por exemplo, um casal de mulheres pode ter sido inseminado, iniciando uma dupla gravidez (cada um dos membros engravidou) e, no entretanto, ter logrado a alteração do género e do nome, passando a ser um casal homossexual masculino (aos quais está vedado, actualmente, o recurso a qualquer técnica de PMA).

Os membros de um casal heterossexual podem também iniciar um tratamento de PMA com gravidez no elemento feminino, e em momento subsequente, conseguir, por exemplo, uma alteração recíproca do género: a mulher grávida passa a ser um homem e o membro masculino do casal beneficiário passa a ser do género feminino.

Nestes casos, porém, nenhum juízo crítico pode ser dirigido aos médicos que aplicaram a técnica, na medida em que, ao tempo da decisão clínica, tiveram em consideração o género tal como ele resultava do registo civil e assim aplicaram uma técnica dentro do enquadramento legal aplicável. Também determina a Lei n.º 38/2018 que a mudança da menção

do sexo no registo civil e a consequente alteração de nome próprio *não afecta* nem altera os direitos constituídos e as obrigações jurídicas assumidas antes do reconhecimento jurídico da identidade de género²¹⁶.

Por outro lado, não pode descurar-se a possibilidade de o sistema português, nesta matéria, evoluir para a existência de um género não necessariamente referido no registo civil (*scilicet*: um sistema de género não revelado).

Nesta hipótese, terão de ser feitos ajustamentos relevantes em matéria de critério de acesso à PMA pois já não poderá dizer-se que os médicos devem considerar o género “oficial” dos potenciais beneficiários. Nesse caso, portanto, todo o modelo de definição de potenciais beneficiários terá de ser reequacionado, encontrando-se um critério (que terá de ser provavelmente médico) para definir quem pode aceder às técnicas, e quem vê esse acesso vedado.

1.3. A versão originária do artigo 6.º da Lei da PMA, o Acórdão do STJ de 06/11/2018 e o fim da presunção de paternidade que constava do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA

A versão originária do 6.º da Lei da PMA vedava, como já resulta do exposto, o acesso à PMA às mulheres, isoladamente, ou enquanto casal homossexual, determinando, no n.º 1, que *“só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA”*.

Não obstante essas restrições, o STJ, no seu Acórdão de 06/11/2018²¹⁷, analisou o caso de uma mulher, casada com um homem infértil, que recorreu, em Março de 2015, à inseminação heteróloga sem o

²¹⁶ Cfr. o n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto. V., também, BARBOSA, Mafalda Miranda, “Direito à Autodeterminação (...)”, ob. cit., p. 1101.

²¹⁷ Proferido no Proc. 2790/16.0T8VFX.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

consentimento deste, numa altura em que se encontravam separados de facto, tendo efectivamente engravidado. Declarou, na clínica, que era *“mulher sem companheiro e que só ela prestava consentimento”*.

O casal, logo em 2015, retomou a vida em comum e, após o parto, o marido indicou-se ele próprio, como pai da criança, nas declarações para efeitos de registo civil. Ficou provado no processo que o marido esteve presente nas consultas médicas de acompanhamento da gravidez, nas ecografias e no momento do nascimento da criança (foi a primeira pessoa a pegar-lhe ao colo), e foi um pai presente durante os primeiros meses de vida da menor.

Posteriormente, em 2016, após novo desentendimento a que sobreviria o divórcio do casal, a mãe intentou a acção judicial destinada impugnar a paternidade do marido, com fundamento na falta de consentimento deste, alegando, ainda, que, apesar de, à data da concepção, estar casada com o réu, estavam já separados de facto há vários meses.

O STJ entendeu, porém, que, apesar da *“falta de consentimento do R. para o concreto acto de inseminação, que deu origem à vida da menor, sempre o direito que a A. pretende aqui fazer valer não pode ser acolhido por configurar um exercício abusivo desse direito”,* pois *“não é moralmente aceitável que uma mãe tenha, na constância do casamento, procriado uma criança, aceite que o marido participasse do processo de gravidez, nascimento e primeiros meses de vida para depois, contra as expectativas que lhe criou de ter a qualidade de pai desta criança, vir invocar a falta de consentimento para a inseminação, com o objectivo de retirar à menor e ao R. o vínculo que ficou juridicamente estabelecido, com outra argumentação que não seja “falta de consentimento para aquele concreto acto de inseminação”*.

O Tribunal considerou que não poderiam ter-se por falsas as declarações do marido, para efeitos do registo civil da criança, pois a sua paternidade presumia-se, à data, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, da Lei da PMA e do artigo 1826.º do Código Civil.

Não deixou, porém, o Tribunal de notar que, em 2015, a autora estava impedida de recorrer à PMA, pois o artigo 6.º da Lei da PMA, na redacção vigente à época, impedia o acesso aos tratamentos a mulheres, isoladamente, ou integrando casal homossexual.

De facto, este caso constitui um exemplo de aplicação das técnicas de PMA ao arrepio das regras vigentes no que respeita ao quadro de possíveis beneficiários.

Tendo em conta a redacção vigente da Lei da PMA em 2015, ante a declaração da beneficiária de que se tratava de mulher sem companheiro e, portanto, só ela prestaria o consentimento, a clínica deveria tê-la informado de que lhe estava vedado o acesso à inseminação heteróloga²¹⁸, recusando, acto contínuo, a aplicação da técnica.

Ocorrendo, ao arrepio do que dispunha a lei, a aplicação da técnica heteróloga, e não existindo documento de consentimento prestado nos termos do artigo 14.º da Lei da PMA pelo marido da beneficiária, coloca-se a questão de saber se podia estabelecer-se a paternidade, por presunção, relativamente ao marido da beneficiária.

O STJ entendeu que deveria funcionar, aqui, a presunção de paternidade marital, interpretando nesse sentido o n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA então vigente, e que dispunha que *“se da inseminação a que se refere o artigo anterior [inseminação com sémen de dador] vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.º do Código Civil”*.

A solução que STJ ofereceu ao caso é a correcta, no plano do resultado, sendo certo que não seria necessário recorrer ao instituto do

²¹⁸ Sabemos, hoje, que essa proibição vigoraria por pouco tempo, pois logo em 2016 a lei seria alterada, como vimos.

abuso do direito para paralisar a pretensão impugnatória da mãe beneficiária.

Na verdade, na redacção originária, o n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA consagrou uma nova presunção legal^{219/220} de paternidade relativamente ao marido da beneficiária ou ao homem que com ela viva em união de facto (há pelo menos dois anos)^{221/222}.

Porém, ressaltou a norma, como vimos, a presunção de paternidade que resulta do artigo 1826.º do Código Civil.

Já tivemos oportunidade de analisar o sentido da referência que o n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA fazia ao artigo 1826.º do Código Civil²²³.

Numa primeira leitura, pareceria que ela nada acrescentava na medida em que o teor da norma se limitava a reafirmar a solução do Código Civil. Se a lei dizia que, sendo a mulher casada, o pai da criança era o seu marido, dir-se-ia que nada mais fazia do que reforçar o disposto no artigo 1826.º do Código Civil, pelo que a referência seria até, dispensável.

Porém, essa ressalva fazia com que a presunção do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA vigorasse mesmo nos casos em que a técnica heteróloga fora aplicada numa altura em que os cônjuges ainda eram casados, embora o nascimento tivesse ocorrido depois do divórcio ou da separação. A presunção do Código Civil vigora nos casos de concepção ou nascimento na

²¹⁹ Na verdade, mais do que uma presunção, estava-se perante um caso de determinação legal da paternidade por via do consentimento, ou seja, uma *fictio juris*.

²²⁰ PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA falam de um critério de paternidade social (SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 110).

²²¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, a propósito da redacção originária do artigo 20.º, n.º 1 da Lei da PMA, fala da consagração de uma *presunção atípica de paternidade*, nos casos de *união de facto*, na medida em que, no regime geral, a paternidade do filho nascido fora do matrimónio é fixada, relativamente ao companheiro da mãe, por perfilhação ou por reconhecimento judicial (artigo 1847.º do Código Civil), enquanto que na PMA, passou a fixar-se de modo *sui generis*, a partir do documento de consentimento (que não constitui um acto de perfilhação ou uma decisão judicial), ocorrendo uma discriminação negativa das pessoas nascidas na sequência de acto sexual (PINHEIRO, Jorge Duarte, “A necessidade (...)”, *ob. cit.*, pp. 212-213).

²²² Note-se o artigo 1871.º, n.º 1, al. c) do Código de Civil consagra uma presunção de paternidade aplicável às relações *more uxorio*, mas a mesma não constitui um meio directo de estabelecimento do vínculo, antes funcionado no âmbito do reconhecimento judicial.

²²³ REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, 2008, pp. 447-452.

constância do casamento, pelo que a presunção do artigo 20.º, n.º 1 da Lei da PMA teria similar leitura: valeria tanto nos casos em que a criança nascesse na constância do casamento ou união de facto, como naqueles em que apenas foi concebida nessa constância, tendo o nascimento ocorrido já depois da ruptura desses vínculos.

A referência legal ao artigo 1826.º do Código Civil poderia, ainda, ter outra utilidade. Na hipótese de a mulher beneficiária ter sido inseminada (o mesmo se aplicando às demais técnicas heterólogas) na pendência de uma união de facto, tendo ocorrido, em seguida a ruptura da relação, podia ocorrer que essa mulher contraísse casamento sem que tivesse decorrido tempo suficiente para evitar um problema de dupla presunção: por um lado o n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA mandava considerar pai da criança o homem que consentiu na técnica de PMA e o artigo 1826.º do Código Civil determinava a consideração da paternidade do marido se a criança nascesse na constância do casamento. Pensamos, porém, que a melhor solução ia no sentido de fazer prevalecer, nestes casos de dupla presunção, a paternidade do homem que consentiu na utilização da técnica de PMA.

O caso que nos ocupa e que foi objecto de apreciação pelo STJ, mostra, porém, uma utilidade adicional da referência, na anterior redacção do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA, ao artigo 1826.º do Código Civil. Realça-se que, nesse caso, a criança nasceu na constância do casamento, e estamos a considerar a solução de, mesmo não havendo prova da declaração do consentimento, o marido da beneficiária ser presumido pai da criança gerada na sequência da aplicação da técnica heteróloga.

Esta apresenta-se, mesmo, como a solução mais adequada, à luz da economia do sistema, à data. Ou seja, num caso como o que ocupou o STJ, e considerando a redacção anterior da norma do n.º 1, do artigo 20.º, uma vez que a lei não admitia o recurso à PMA pela mulher isoladamente, nascendo a criança na constância do casamento, o estabelecimento da paternidade relativamente ao marido da mãe ocorreria por via de duas fontes

alternativas, sempre com o mesmo resultado: a) por força do consentimento prestado pelo marido da mãe para a aplicação da técnica; b) *ex vi* artigo 1826.º do Código Civil (na situação de, por erro, como aconteceu no caso analisado pelo STJ, não ter sido prestado o referido consentimento pelo marido da beneficiária).

Assim, no entendimento do legislador, à data, uma vez que não se admitia o recurso à PMA fora do contexto de um casal beneficiário, o marido que não havia dado o seu consentimento não poderia, ainda assim, evitar o estabelecimento do vínculo de paternidade, no caso de a criança ter sido concebida, ou nascer, na constância do casamento.

A lei de então estava bastante comprometida, ao contrário do que acontece hoje, com a não criação de *famílias monoparentais*, e estabeleceu, assim, uma solução para uma eventual falha na obtenção do consentimento do marido, beneficiando a criança, que não deixaria de ter a linha da paternidade preenchida.

Parece-nos, porém, evidente, que esta paternidade presumida sempre seria passível de impugnação, nos termos gerais, mas não pela beneficiária, atento o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil (norma, aliás, tributária da ideia de *abuso do direito* de impugnar, ou de um *venire contra factum proprium*²²⁴, que levou o STJ a decidir nos termos já apontados)²²⁵.

1.3.1. A eliminação, em 2016, da presunção de paternidade que constava do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA

Com as alterações ocorridas em 2016, deixou de fazer sentido a presunção reforçada (*rectius*, uma *praesumptio* acrescida de *factio*

²²⁴ Acerca da proibição do *venire contra factum proprium* no direito civil, v Mota Pinto, Paulo, *Direito Civil - Estudos*, Gestlegal, 2018, pp. 407-464.

²²⁵ Sobre a importância do artigo 1839.º, n.º 3, antes da publicação da PMA, v. Pinheiro, Jorge Duarte, *O direito da família (...), ob. cit.*, pp. 196-198.

iuris^{226/227}) que se encontrava no n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA, pois, no actual modelo, o que é determinante para o estabelecimento dos vínculos da maternidade e da paternidade é, somente, o consentimento dos beneficiários²²⁸.

Se a mulher pode, isoladamente, recorrer à PMA, estando casada ou vivendo em união de facto, estabelecer uma presunção de paternidade a favor do marido ou companheiro significaria anular essa possibilidade de recurso à reprodução medicamente assistida como *método alternativo*, o que entraria em contradição com a intenção do legislador, agora comprometido com a possibilidade da existência de um *projecto parental* apenas da mulher.

Assim, o artigo 20.º da Lei da PMA fala hoje de “determinação da parentalidade”²²⁹, estabelecendo, no n.º 1, que, “*se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo*”.

No acto de registo, caso não compareça um beneficiário que prestou consentimento, o estabelecimento do vínculo far-se-á na sequência da exibição documento comprovativo de que foi prestado o consentimento²³⁰.

Se apenas a mulher consentiu na técnica, isto é, se estamos perante um *projecto parental* exclusivamente seu, o registo de nascimento da criança

²²⁶ Fora do contexto da PMA, a jurisprudência brasileira já decidiu pela aplicação da presunção de paternidade marital à união estável (v. VELOSO, Zeno, *Direito Civil – Temas, Belém-PA*, 2018, p. 304).

²²⁷ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 43.

²²⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA faz notar que, nesta matéria, se está perante uma reconfiguração da presunção *pater is est...* (cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios Jurídicos da Parentalidade”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de GUILHERME DE OLIVEIRA, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 281-282).

²²⁹ O estabelecimento da filiação ocorre por meio da *identificação do consentimento* (OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, *ob. cit.*, pp. 248-249).

²³⁰ Cfr. o n.º 2 do artigo 20.º da Lei da PMA.

é feito em conformidade, não se preenchendo a outra linha da filiação (destinada à paternidade ou a outra maternidade) e excluindo-se o ulterior processo oficioso de averiguação²³¹.

Caso ocorra falha que leve ao estabelecimento da filiação sem consentimento, ou com base em consentimento que não foi prestado para a concreta técnica de que resultou a criança em causa (pense-se nos casos de troca, pela clínica, dos gâmetas utilizados), pode a parentalidade estabelecida ser impugnada.

1.4. O recurso às técnicas de PMA pelas mulheres, isoladamente, e a dispensa de averiguação oficiosa

O Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril²³², apreciou, entre outros, o problema da admissibilidade constitucional da dispensa da averiguação oficiosa da paternidade, consagrada, como vimos, no artigo 20.º, n.º 3, da Lei da PMA.

Considerou o Tribunal que *“quando uma mulher recorra às técnicas de PMA sozinha, isto é, não enquanto membro de um casal de pessoas casadas entre si ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, de acordo com a lei em apreço (...) cria-se, assim, através do recurso à ciência, uma família voluntariamente monoparental, ab initio”*²³³. Conclui, pois, o Tribunal, que, nesse cenário, *“afigura-se como inteiramente desprovida de sentido a averiguação oficiosa da paternidade, uma vez que, ainda que pudesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida”*²³⁴.

O juízo do TC não poderia ser outro, pois a averiguação oficiosa da paternidade não tem qualquer cabimento nos casos em que, ao abrigo de

²³¹ Cfr. o n.º 3 do artigo 20.º da Lei da PMA.

²³² Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 87, de 7 de Maio de 2018, pp. 1885-1979.

²³³ Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, pp. 1944-1945.

²³⁴ IDEM.

previsão legal e no cumprimento do regime estabelecido para o efeito, a mulher, isoladamente, recorre à PMA para gerar uma criança²³⁵.

Logo na década de 80 do Século XX, consolidou-se se o entendimento, disseminado globalmente, segundo o qual, o dador do material biológico da PMA, independentemente da questão de saber se a sua identidade civil permanece oculta ou é revelada, não pode ver contra si dirigidas pretensões de estabelecimento dos vínculos jurídicos da filiação, no pressuposto de que as regras legalmente estabelecidas (relativamente aos pressupostos de consentimento, entre outras) sejam respeitadas.

Ou seja, tendo como pressupostas as vantagens para a Humanidade das técnicas de PMA, os sistemas legais decidiram criar uma *cortina de protecção* que se considera uma verdadeira condição de funcionamento do sistema médico de apoio à reprodução humana.

Esta opção tem consequências muito relevantes, como sejam, por exemplo, a impossibilidade legal de estabelecimento dos vínculos de filiação relativamente aos dadores, nos casos das técnicas heterólogas, e o estabelecimento de vínculos de maternidade e paternidade propositadamente contrários à *verdade biológica*. Porém, essas consequências não podem ser afastadas, sob pena de insustentabilidade do sistema da PMA.

Assim, se o legislador fez uma opção pela possibilidade de acesso à PMA pelas mulheres, isoladamente, não lhe restava opção que não passasse pela inexorável criação de famílias monoparentais, ainda que tal escolha legislativa possa ser criticável²³⁶, o que pressupõe o afastamento da

²³⁵ Cfr., nesse sentido, OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual de Direito da Família*, Almedina, 2020, p. 465.

²³⁶ Sobre o ponto, v. PEREIRA, André Dias, "Filhos de pai anónimo no século XXI!", in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 41-54. Refere o Autor que o alargamento do âmbito da PMA às mulheres, isoladamente, "vem promover a existência de duas classes de pessoas: as que são concebidas por meios naturais e que gozam de um alargado direito de investigação da paternidade e que beneficiam até de uma averiguação oficiosa da paternidade; "os outros", nascidos por meio de técnicas de PMA, que

possibilidade de estabelecimento dos vínculos relativamente ao dador, *et pour cause*, da acção de averiguação oficiosa a tal dirigida²³⁷.

1.5. A gestação compartilhada em união homossexual feminina

A Lei da PMA não se refere expressamente à possibilidade da gestação compartilhada em união homossexual feminina.

Nestes casos (que são, por exemplo, admitidos expressamente no Brasil, na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168, de 21/09/2017), está em causa permitir que o embrião seja obtido a partir da fecundação dos gâmetas de uma das mulheres do casal, sendo depois transferido para o útero da companheira.

O procedimento corresponde, normalmente, a um desejo do casal, no sentido de intensificar o seu grau de comprometimento relacional através da geração da criança. Adicionalmente, o casal pretenderá uma fortalecimento do relacionamento com a criança, pois os seus membros poderão dizer que a criança está biologicamente ligada a uma das mulheres, mas foi a outra que engravidou e que passou pelo parto.

A questão que se coloca é se esse desejo dos casais levanta problemas éticos ou, pelo contrário, é perfeitamente atendível no quadro da PMA.

O assunto é objecto de debate, já há algum tempo, por exemplo em Espanha, em face da abertura legal de 2006, onde a técnica é também conhecida como *ROPA (Reception of Oocytes from Partner)*^{238/239}.

Uma vez admitida a utilização de técnicas de PMA em pessoas férteis, esta variante, pensamos, não coloca problemas adicionais na medida em que

não gozam desses direitos de filiação. Não apenas não têm nem poderão ter um pai, como não têm nem podem ter uma família paterna (avós, tios, meios-irmãos, primos)” (ob. cit., p. 53)

²³⁷ No mesmo sentido, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, ob. cit., p. 161.

²³⁸ MARINA, S. / MARINA, D. / MARINA, F. / FOSAS, N. / GALIANA, N. / JOVÉ, I., “Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication”, in *Human Reproduction*, Volume 25, Issue 4, April 2010, pp. 938–941.

²³⁹ Sobre o assunto, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios Jurídicos (...)”, ob. cit., pp. 275-276.

se constitui apenas como um ligeiro avanço tributário, mais uma vez, de uma autonomia reprodutiva que o legislador decidiu fortificar em 2016.

Se, no contexto do concreto de casal de beneficiárias, é considerado por estas relevante recorrer à gestação compartilhada, e se, do ponto de vista clínico, nenhuma objeção se impõe, não deve a lei vedar tal possibilidade, até porque esta manifestação adicional da autonomia reprodutiva não parece trazer qualquer dano à pessoa que vai ser gerada com recurso a PMA.

Assim, a Lei da PMA não proíbe a gestação compartilhada, pelo que a sua utilização, no contexto de um concreto casal, dependerá da ponderação e decisão médicas.

O CNPMA adoptou esse entendimento, na Deliberação n.º 13/II, de 27 de Janeiro de 2017, determinando *“que não está legalmente vedada a possibilidade de atender a um projecto de maternidade biologicamente partilhado por um casal de mulheres através do recurso a fertilização recíproca, desde que para tal não haja uma contra-indicação clínica que o impossibilite”*²⁴⁰.

1.6. O limite mínimo de 18 anos para beneficiar das técnicas de PMA

Logo na versão originária, a Lei da PMA estabeleceu como limite mínimo de idade para o acesso às técnicas da PMA os 18 anos, afastando-se assim da possibilidade de acesso a partir da idade núbil, os 16 anos.

Esta idade 16 anos é relevante, no nosso sistema, a vários níveis, constituindo-se, desde logo, como limiar da imputabilidade no direito criminal, sendo também relevante no direito civil, correspondendo aqui, por exemplo, à idade núbil, como referido, à idade para perfilhar, para escolher

²⁴⁰ Cfr. CNPM, *Deliberação n.º 13/II, de 27 de Janeiro, 2017 - Admissibilidade do recurso a fertilização recíproca*, disponível em www.cnpma.org.pt, p. 3.

uma religião e, na adoção, à idade para aceder ao conhecimento da identidade da família biológica²⁴¹.

Poderia, assim, questionar-se se a opção tomada em sede de PMA é a mais acertada, por não se vislumbrarem razões determinantes para vedar o recurso à PMA, por exemplo, a um casal beneficiário em que um dos membros do casal tem apenas 16, ou 17 anos de idade.

A favor da opção legislativa poderá aduzir-se que, por um lado, se considera existir vantagem na exigência de alguma maturidade adicional para a assunção de um *projecto parental* (sendo irrelevante a exigência de mais dois anos, no cenário global da geração e educação de uma criança), por outro, se deve atender à circunstância de, na PMA, ao contrário do que sucede na perfilhação ou no casamento, não está apenas em causa a assunção da parentalidade ou a constituição de uma família, mas também a aplicação de tratamentos médicos, por vezes muito complexos e com incómodos e efeitos secundários relevantes.

Em todo o caso, ter-se-á sempre por equilibrada a limitação à aplicação de técnicas na adolescência quando se sabe, a partir da experiência das clínicas, que, por vezes, são recebidas solicitações de tratamento de mulheres, menores de idade, enquanto membros de comunidades culturais que aceitam o casamento em tenra idade e, conseqüentemente, o início precoce da actividade reprodutora (por vezes aos 13 ou 14 anos de idade).

²⁴¹ Ainda que, no caso da adoção, o acesso à identidade dos progenitores biológicos pelo adoptado aos 16 e 17 anos careça de representação legal e de apoio técnico obrigatório, como veremos *infra* (Cap. IV § 1, 3.1.3).

1.7. Não consagração de um limite máximo de idade para a aplicação das técnicas de PMA

Não são estabelecidos, na Lei da PMA, limites máximos de idade dos beneficiários para o recurso às técnicas^{242/243}.

O tema já foi analisado pelo TC no Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, tendo sido, então, considerado que “ausência de indicação de um limite máximo de idade para sujeição às técnicas de PMA não ofende qualquer dos valores constitucionalmente tutelados”²⁴⁴.

A opção do legislador português passou, assim, por deixar a matéria para o contexto da actuação médica, sendo certo que a discussão não esteve totalmente afastada dos trabalhos preparatórios da versão originária da Lei da PMA²⁴⁵.

Na ausência de disposição legal, e antes do alargamento do âmbito subjectivo das técnicas em 2016, o CNPMA, atendendo a que, em face do critério do “*diagnóstico de infertilidade*”, previsto no n.º 2 do artigo 4.º da Lei da PMA, não seriam elegíveis para aplicação das técnicas de PMA os casais em que a mulher atingiu a menopausa na idade habitual, daí decorrendo que só em casos excepcionais existiria uma diferença de idades superior a 50 anos entre o membro feminino do casal e a criança, deliberou, em 2013, que a PMA apenas poderia ser utilizada por casais em que o elemento masculino tivesse uma idade que não ultrapassasse os 60 anos²⁴⁶.

²⁴² Sobre o ponto, cfr. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, ob. cit., p. 24.

²⁴³ Cfr., em análise crítica acerca dos limites de idade para acesso à PMA, RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 702-705.

²⁴⁴ Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, publicado no Diário da República n.º 64/2009, Série II, de 01/04/2009, pp. 12457- 12458.

²⁴⁵ O *Projecto PSD* previa que os beneficiários de técnicas de procriação medicamente deveriam ter entre 18 e 45 anos, no caso da mulher, e 55 anos, no caso do homem, e do *Projecto PS*, constava, em matéria de dádiva de embriões, uma limitação da idade dos beneficiários (45 anos para a mulher e 55 anos para o homem).

²⁴⁶ Cfr. *Deliberação do CNPMA n.º 03/II, de 19 de junho, 2013 - Definição da idade limite do elemento masculino dos casais elegíveis para aplicação de técnicas de PMA*, disponível em www.cnpma.org.pt. Em aditamento, o CNPMA veio esclarecer que poderiam, a título excepcional, ser concluídos os concretos tratamentos de PMA que tivessem sido iniciados à

O CNPMA chegou a revogar essa deliberação, depois da entrada em vigor da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, atendendo à circunstância de, na nova redacção, se admitir a constituição, através da PMA, de famílias monoparentais (portanto, sem elemento masculino, ou com elemento masculino não revelado e com idade incerta), porém, a mesma foi reprimada, mantendo o Conselho os termos comparativos com os limites que existem em sede de adopção (fixando, para estes casos, o Código Civil os 60 anos, com um limite de diferença de idades, entre adoptante e adoptado, de 50 anos)²⁴⁷.

Relativamente à *gestação de substituição*, o CNPMA chegou a deliberar que a gestante não poderia ter idade superior a 44 anos e 364 dias (365 dias nos anos bissextos), salvo nos casos em que a gestante fosse mãe ou irmã de algum dos membros do casal beneficiários, situação em que a idade limite passaria para 49 anos e 364 dias (365 dias nos anos bissextos)²⁴⁸.

O tema dos limites de idade dos beneficiários voltou a ser apreciado pelo CNPMA, em 2019, tendo este órgão entendido não ser adequado o quadro anteriormente definido, porquanto, *“por exemplo, uma mulher infértil casada ou que viva em condições análogas às dos cônjuges com um homem com idade superior a 60 anos, é impedida, pela aplicação da Deliberação n.º 03/11, de 19 de julho de 2013 do CNPMA, de recorrer às técnicas de PMA, atenta a idade do parceiro, enquanto que uma mulher fértil, que viva em idênticas condições, com um parceiro da mesma idade, pode se reproduzir sem qualquer impedimento jurídico, o que configura uma situação de discriminação negativa, em razão do estado de saúde, da primeira das aludidas mulheres”*, assim como, *“um homem com idade superior a 60 anos,*

data da publicação da citada Deliberação (cfr. Aditamento à Deliberação do CNPMA n.º 03/II, de 19 de junho, 2013, disponível em www.cnpma.org.pt).

²⁴⁷ Cfr. *Deliberação do CNPMA n.º 16/II, de 20 de outubro, 2017 - Estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários*, disponível em www.cnpma.org.pt.

²⁴⁸ Cfr. *Deliberação do CNPMA n.º 21/II, de 24 de novembro, 2017 - Limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição*, disponível em www.cnpma.org.pt.

fértil, casado ou que viva em condições análogas às dos cônjuges, que é impedido, pela aplicação da aludida deliberação, de recorrer a essas técnicas se a sua parceira for infértil, é negativamente discriminado, atenta a sua idade, em relação a outro homem fértil, da mesma idade, cuja parceira seja saudável”²⁴⁹. Já “uma mulher infértil casada, ou que viva em condições análogas às dos cônjuges, com um homem com mais de 60 anos, vê-se impedida de recorrer às técnicas de PMA, usando gâmetas desse homem com quem mantém uma relação afetiva estável, enquanto que uma mulher só, casada ou que viva em condições análogas às dos cônjuges com outra mulher pode recorrer às aludidas técnicas, em regra independentemente da idade do seu cônjuge, quando este exista”²⁵⁰.

Em face dessas fragilidades, e também considerando que o limite regra de 60 anos previsto para a adoção no Código Civil, em 2003, não teve em linha de conta a evolução entretanto verificada no que concerne à esperança média de vida da população portuguesa, o CNPMA deliberou revogar os limites etários para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários, remetendo a questão para as *leges artis*²⁵¹.

1.7.1. Limitações de idade impostas no sistema nacional de saúde

Uma séria limitação de acesso à PMA em função da idade decorre, porém, do estabelecimento, por via administrativa, de restrições para efeitos de financiamento público das técnicas. A Circular normativa 4/2021/ACSS, de 04/03/2021, sobre acesso ao diagnóstico e tratamento de

²⁴⁹ Deliberação n.º 05/III, de 11 de outubro, 2019 - Reapreciação do limite de idade do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida, disponível em www.cnpma.org.pt, p. 5.

²⁵⁰ IDEM, pp. 5-6.

²⁵¹ Ou seja, para a decisão dos médicos, que assim decidirão em face do concreto caso clínico.

infertilidade no serviço nacional de saúde, estabelece que são admitidas para técnicas de PMA de 1.^a linha (indução da ovulação e inseminação intra-uterina) todas as mulheres que não ultrapassem os 42 anos (41 anos e 365 dias ou 366 no caso de ano bissexto) e são admitidas a técnicas de PMA de 2.^a linha (fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática de espermatozóide) todas as mulheres que não ultrapassem os 40 anos (39 anos e 365 dias ou 366 no caso de ano bissexto) ²⁵².

A pandemia da Covid-19 determinou uma suspensão, ou, pelo menos, um abrandamento do ritmo normal dos tratamentos, pelo que se iniciou um debate na opinião pública no sentido do alargamento destes limites. O contexto pandémico levou mesmo o CNPMA a deliberar, na reunião de 26 de Julho de 2020, o prolongamento em 6 meses o limite de idade a *“todas as beneficiárias que, por força da perturbação da atividade dos Centros, ultrapassaram o limite de idade para acesso aos tratamentos de PMA a partir do dia 18 de março de 2020 (data em que foi decretado o estado de emergência em Portugal, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março)”*, devendo ser o acesso a estes tratamentos garantido até ao final” de 2020^{253/254}.

²⁵² O CNPMA já manifestou a sua concordância com estas limitações, na *Deliberação n.º 04/II, de 19 de junho, 2013 - Admissibilidade do recurso a embriões doados quando se atinjam os limites de acesso para realização de técnicas de PMA no âmbito do SNS*, disponível em www.cnpma.org.pt.

²⁵³ Deliberação disponível em www.cnpma.org.pt.

²⁵⁴ A Circular normativa 4/2021/ACSS, de 04/03/2021 estabelece, também, condições excepcionais, motivadas pela pandemia Covid-19, determinando que: a) no caso das mulheres que ultrapassaram o limite de idade, desde 18 de março de 2020 (data em que foi decretado o estado de emergência em Portugal, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março) até 28 de fevereiro 2021, poderão ser realizados tratamentos PMA durante os próximos 6 meses; b) No caso das mulheres que perfaçam o limite de idade entre março e dezembro de 2021, esse limite é prolongado por mais 6 meses; c) Estas condições são aplicadas, considerando os limites de idade estabelecidos para técnicas PMA de 1.^a linha (IIU) e de 2.^a linha (FIV e ICSIS), mantendo-se o máximo de 3 ciclos (para cada caso/casal).

1.7.2. Análise

O estabelecimento de um limite máximo de idade para os beneficiários acederem às técnicas de PMA é bastante discutível.

Não obstante a importância do acesso aos tratamentos, é, em geral, considerado, para defesa do estabelecimento de limites de idade, que: a) os beneficiários devem ser capazes de fornecer cuidados adequados até a criança atingir a idade adulta; b) as técnicas de PMA não devem ser aplicadas em contexto limite, sendo certo que os crescentes problemas de saúde na gravidez de mulheres mais velhas acarretam riscos adicionais²⁵⁵; c) a aplicação das técnicas de PMA, a partir de determinada idade, é praticamente inútil, e tem mau prognóstico, podendo colocar problemas éticos.

O problema é, em parte, biológico e sentido, sobretudo, pelas mulheres, sendo o declínio da sua capacidade reprodutiva motivado, sobretudo, pela diminuição do número de ovócitos e da qualidade destes²⁵⁶.

Em todo o caso, a questão deve ser analisada em dois planos.

No primeiro, partindo do princípio de que, de acordo com as *leges artis*, a PMA não deve ser aplicada a beneficiários de forma totalmente indiferente à sua idade, pelas razões já aduzidas, questiona-se qual a melhor forma de estabelecer restrições nesta matéria. Elas devem resultar da própria lei, da intervenção do regulador, ou ser deixadas para decisão médica e casuística?

Defendemos, aqui, a última solução, com dois argumentos principais.

Um deles respeita à eficiência, em sede da PMA, da autorregulação médica (por muito que os profissionais clamem, por vezes, pela alegada

²⁵⁵ KOCOURKOVA, Jirina / KONECNA, Hana / BURCIN, Boris / KUCERA, Tomas, "How old is too old? A contribution to the discussion on age limits for assisted reproduction technique access", in *Reproductive BioMedicine Online*, 2015 30, p. 483.

²⁵⁶ PIERCE, Nicolea / MOCANU, Edgara, "Female age and assisted reproductive technology", in *Global Reproductive Health*, June 2018, Volume 3, issue 2, p e9.

maior segurança resultante da norma legal expressa²⁵⁷), do que é prova a circunstância de até 2006, quase ter inexistido, em Portugal, regulamentação legal nesta matéria, tendo sido os clínicos a, sem grandes sobressaltos, definir o quadro regulatório adequado ao funcionamento do sistema de apoio médico à reprodução.

O outro argumento tem em conta o facto de a PMA estar sujeita a um constante ambiente evolutivo, seja no plano sociológico (que motiva, muitas vezes, alterações de perspectivas, até radicais, relativamente às ofertas do sistema de apoio médico à reprodução), como no plano da própria técnica científica, que traz, não raras vezes, verdadeiros *game changers* para a discussão.

Assim, a cristalização, em letra de lei, de limites máximos de idade para o recurso à PMA é de desaconselhar, devendo a matéria ser deixada, na maior extensão possível, para prática clínica.

É mais complexo o segundo plano, e reporta-se à questão de saber da adequação da limitação do acesso à PMA, em razão da idade, no âmbito do financiamento público dos tratamentos. A discussão em torno destas limitações existe noutros países²⁵⁸, uma vez que esse financiamento público da aplicação das técnicas de PMA é a opção mais frequente no contexto europeu (variando, porém, a extensão dessa cobertura)²⁵⁹.

A *Sociedade Europeia de Medicina da Reprodução* já se manifestou no sentido de considerar aceitáveis este tipo de restrições, tendo em conta que elas se destinam a permitir que o maior número de casais inférteis seja

²⁵⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, “A necessidade (...)”, *ob. cit.*, pp. p. 202.

²⁵⁸ Sobre a discussão na Alemanha, v. TRAPPE, Heike, “Assisted Reproductive (...)”, *ob. cit.*, pp. 272-274.

²⁵⁹ O financiamento dos tratamentos infertilidade pelos sistemas nacionais de saúde é garantido, por exemplo, nos seguintes países: Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Eslovénia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Letónia, Noruega, República Checa e Suécia, bem como no Japão, Turquia e Rússia (cfr. PRÄG, Patrick / MILLS, Melinda C., “Assisted Reproductive (...)”, pp. 296-298.

tratado²⁶⁰. A literatura até mostra que programas de PMA com financiamento público que incentivam a transferência de um único embrião podem ter benefícios substanciais para uma série de resultados maternos e infantis, além da prevenirem gravidezes múltiplas²⁶¹.

No que respeita às limitações em razão da idade, como vimos *supra*²⁶², o problema ganha ainda mais relevância tendo em consideração que, com o alargamento da possibilidade de recurso à PMA pelas mulheres, isoladamente, é necessário confrontar essas restrições com o não estabelecimento de qualquer critério que permita dar uma preferência clara ao tratamento de casais inférteis, em detrimento da utilização da PMA por mulheres férteis, enquanto *opção reprodutiva*. Encaramos, pois, com reserva a opção portuguesa, que se esforça para tratar com o mesmo grau de prioridade, nesta matéria, as mulheres isoladamente, ainda que férteis, e os beneficiários inférteis.

No caso da limitação de acesso aos tratamentos públicos, está em causa saber em que medida se pode estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de tratar a infertilidade por via dos sistemas públicos de saúde, e a importância de proceder a uma optimização de recursos, limitando gastos públicos, nos casos em que a Ciência, comprovadamente, diz que os tratamentos são pouco eficazes ou, mesmo, quase inúteis.

Não cabe neste estudo fazer uma análise económica e financeira do sistema público de PMA, até porque em causa está o problema mais amplo do racionamento dos tratamentos nos sistemas nacionais de saúde, que lidam com recursos que não são ilimitados e procuram tratar, da melhor forma possível, um número máximo de doentes.

²⁶⁰ ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, “Equity of access to assisted reproductive technology”, in *Human Reproduction*, vol. 23, n.º 4, 2008, pp. 772–774.

²⁶¹ WEI, Shu Qin / BILODEAU-BERTRAND, Marianne / LO, Ernest / AUGER, Nathalie, “Effect of publicly funded assisted reproductive technology on maternal and infant outcomes: a pre- and post-comparison study”, in *Human Reproduction*, Volume 36, Issue 1, January 2021, pp. 219–228.

²⁶² Cap. II § 1, 1.7.

Cabe, porém, realçar que está bastante disseminada a ideia de que, na PMA, até atendendo às baixas taxas de sucesso, faz-se sentir sobremaneira a necessidade de se proceder à análise custo-benefício, quando se trata de definir que tipo de tratamentos, e de que forma, são financiados pelos orçamentos dos Estados²⁶³.

Assim, considera-se adequada, neste contexto, a limitação do acesso aos tratamentos com financiamento público em função de uma certa idade (sobretudo das beneficiárias) que permita dizer, em face do resultado expectável, que não se estão a desperdiçar recursos e a limitar, por essa via, a possibilidade de outras pessoas inférteis beneficiarem, também, desses cuidados de saúde.

Não obstante, não deixa de ser aconselhável algum cuidado nesta matéria, na medida em que uma opção *puramente economicista* pode conduzir a um resultado bastante desnivelado no que respeita ao acesso ao tratamento por parte dos beneficiários de PMA, pensando agora sobremaneira nos casos em que há um diagnóstico de infertilidade, e em que, portanto, está em causa o tratamento de uma doença.

As políticas públicas devem funcionar aqui, também, como instrumento de correcção de desigualdades sociais, assegurando que não se impõe, àqueles que não têm condições financeiras para recorrer à medicina privada, um sacrifício demasiado exagerado, em prol de um *bem comum*, quando precisam de apoio médico para tratar o seu problema de infertilidade.

²⁶³ Cfr. CHAMBERS, G.M. / ILLINGWORTH, P.J. / SULLIVAN, E.A. (2011), “Assisted reproductive technology: public funding and the voluntary shift to single embryo transfer in Australia”, in *Medical Journal of Australia*, 195, 2011, pp. 594-598; CARTER, D. / WATT, A.M. / BRAUNACK-MAYER, A. et al., “Should There Be a Female Age Limit on Public Funding for Assisted Reproductive Technology?”, in *Bioethical Inquiry*, 10, 2013, pp.79-91; FAUSER, Bart / BOIVIN, Jacky / BARRI, Pedro / TARLATZIS, Basil / SCHMIDT, Lone / LEVY-TOLEDANO, Rachel, “Beliefs, attitudes and funding of assisted reproductive technology: Public perception of over 6,000 respondents from 6 European countries”, in *PLOS ONE*, Jan. 2019, pp. 1-15.

1.8. O acesso à PMA após a ruptura da relação dos beneficiários: revogação do consentimento e a teoria do *consentimento mútuo contemporâneo*

O consentimento necessário à aplicação das técnicas de PMA carece, naturalmente, da característica da actualidade. Ou seja, a revogação do consentimento por parte de um dos beneficiários, no caso de estes serem um casal, tem a consequência de impedir o acesso à PMA ao membro que não se retracta, tanto para efeitos de utilização do material biológico criopreservado no âmbito do *projecto parental* desfeito, quanto para a transferência de embriões já formados e a aguardar decisão de aproveitamento, nesse mesmo contexto.

É este o regime que resulta da Lei da PMA, designadamente, do n.º 4 do artigo 14.º e do artigo 25.º.

O artigo 16.º-A, introduzido pela Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, aplicável apenas a espermatozóides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico, assenta igualmente no pressuposto da manutenção do consentimento dos (dois) beneficiários originais, quanto está em causa a dádiva desse material para fins de investigação científica²⁶⁴.

No caso dos embriões, e esquecendo por ora os casos excepcionais de transferência *post mortem*²⁶⁵, o problema é particularmente relevante em caso de ruptura da relação dos beneficiários.

²⁶⁴ Cfr. o n.º 4 do artigo 16.º-A da Lei da PMA.

²⁶⁵ Estes casos pressupõem uma ruptura involuntária da relação (por morte do elemento masculino) e, para se admitir a PMA *post mortem*, a existência e manutenção de um *projecto parental*.

Essas disputas, muitas vezes designadas por casos de “custódia de embriões”^{266/267}, já chegaram às mais altas instâncias jurisdicionais²⁶⁸.

²⁶⁶ Sobre o ponto, v. ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida (...)*, *ob. cit.*, pp. 47-51.

²⁶⁷ Sobre o estatuto do embrião, v. RAPOSO, Mário, “O estatuto do embrião e problemas conexos”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 99-120; CAMPOS, Diogo Leite de, “O estatuto jurídico do nascituro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, n.º 3, Dezembro de 1996, pp. 877-886; LOUREIRO, João Carlos, “A european status of the embryo”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, 1998, pp. 757-766; VARELA, João de Matos Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, 2000, pp. 619-634; CHORÃO, Mário Bigotte, “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, 2000, pp. 635-644; CAMPOS, Diogo Leite de, / BARBAS, Stela, “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, Dezembro 2001, pp. 1257-1268; RENAUD, Michel, “Análise filosófica acerca do embrião humano”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 139-154; BARROS, Alberto, “O embrião em risco”, in Nunes, Rui / Melo, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 155 e 156; SERRÃO, Daniel, “Um protocolo anexo à Convenção de Bioética para a protecção do embrião e do feto”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 189 e 196; TAUPITZ, Jochen, *Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich*, Springer, 2003; LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina (...)*, *ob. cit.*, pp. 730-735; DE LORA, Pablo, “Ser o no ser?: el misterioso caso de los embriones supernumerários”, in *Anuário de Derecho Civil*, Madrid, 2003, pp. 101-137; XAVIER, Rita Lobo, “O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português”, in *Do Início ao Fim da Vida*, Braga, 2005, pp. 139-162; RENAUD, Michel, “O Embrião Humano. Elementos de Reflexão”, in *Do Início ao Fim da Vida*, Braga, 2005, pp. 163-172; LOUREIRO, João Carlos, “Dignidade e direitos do embrião”, in *Cadernos de Bioética*, n.º 39, 2005, pp. 369-404; MAZZONI, Cosimo Marco, “Real protection for the embryo”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, Janeiro/Junho 2005, pp. 115-132; SILVESTRE, MARGARIDA, *Embriões excedentários (...)*, *ob. cit.*, *passim*; CASONATO, Carlo / PENASA, Simone, “¿Vino nuevo en odres viejos? A propósito de la dignidad, integridad e identidad en la investigación com embriones humanos em Europa”, in *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 41-65; DELGADO, César Villegas, “Los avances en la investigación embrionaria humana ante las exigencias de um Estado de Derecho: implicaciones”, in *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 93-121; RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 470-657.

²⁶⁸ Relatando o caso Davis v. Davis, que foi decidido nos EUA, no Supremo Tribunal do Tennessee, em 1992, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, pp. 131-132.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, (*Case of Evans v. The United Kingdom*^{269/270/271}) apreciou, em 2006, um caso passado no Reino Unido em que o elemento masculino de um casal de beneficiários revogou o seu consentimento para a transferência dos embriões criopreservados, tendo a mulher alegado que a regra legal (prevista no *HFEAct*) da livre revogabilidade do consentimento violava o seu *direito a procriar* (retirado do seu direito à *vida privada*), o *princípio da igualdade* (na medida em que não considerava a diferença material das implicações no homem e na mulher do processo de fecundação *in vitro*²⁷²), e o *direito à vida*²⁷³.

O Pleno do Tribunal, confirmando, em 2007, a decisão da Secção (de 2006) que primeiro apreciou o caso, considerou: a) admissível a regra da livre revogabilidade do consentimento, b) não estar violado o princípio da igualdade²⁷⁴; e, c) que o *não nascido* não é titular do direito à vida^{275/276}.

²⁶⁹ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 7 de Março de 2006, *Case of Evans v. The United Kingdom*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

²⁷⁰ Sobre o caso, na perspectiva de um direito a não procriar forçadamente, v. INDIAKEZ, Alkorta, “El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, Janeiro/Julho 2006, pp. 129-153.

²⁷¹ SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, pp. 87-88.

²⁷² Entre nós, sobre a legitimação da discriminação positiva, v. RAPOSO, Vera Lúcia, “O Poder de Eva – O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos – Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva”, Almedina, Coimbra, 2004, sobretudo pp. 323-328.

²⁷³ Os seis embriões criopreservados haviam resultado da utilização dos ovócitos da mulher do casal, depois de lhe ter sido diagnosticado cancro dos ovários (SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 133).

²⁷⁴ No sentido em que não seria aceitável obrigar o marido ou companheiro a ser pai contra a sua vontade.

²⁷⁵ Sobre o Acórdão do TEDH, v. INDIAKEZ, Alkorta, “El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear”, in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n.º 24, Janeiro/Julho 2006, pp. 129-153.

²⁷⁶ ANABELA COSTA LEÃO dá conta da Opinião dissidente dos juízes Türmen, Tsatsa Nikolovska, Spielmann and Ziemele, que entenderam ter havido “*interferência desproporcionada do Estado no direito ao respeito pela decisão de se tornar progenitora da Sra. Evans, uma vez que, dadas as circunstâncias do caso (a Sra. Evans via precludidas as suas hipóteses de ter um filho ao qual estivesse geneticamente relacionada, ao passo que o seu ex-companheiro não), o direito desta deveria ter prevalecido sobre o direito do seu ex-companheiro a não se tornar progenitor*” (LEÃO, Anabela Costa, “O Contributo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 30).

A literatura mostra como estas disputas, sobretudo relativas a embriões criopreservados, são frequentes, por exemplo, nos EUA, onde, nos últimos 30 anos, pelo menos 15 casos foram analisados em Tribunais superiores. Desses 15 casos, 10 foram decididos pelo mais alto tribunal de recurso do Estado em causa²⁷⁷.

Em todos os litígios, o requerente queria usar os embriões para ter filhos ou doar embriões a outro casal com o propósito de gerar filhos, o que não era aceite pela outra parte.

Também em todos os casos o casal mantinha um relacionamento íntimo, na época em que os embriões foram formados, existindo *projecto parental* reciprocamente assumido, que depois se esfumou.

Da análise da casuística resulta que os casos têm sido decididos, nos tribunais dos EUA, com base em três abordagens principais: a) a perspectiva contratual, que determina o cumprimento do previsto no contrato celebrado (quando tal esteja previsto), em caso de ruptura da relação, seja a destruição dos embriões, seja a doação para investigação, seja, até, a utilização por um dos membros do casal²⁷⁸; b) a perspectiva do *equilíbrio de interesses*, na ausência de disposição contratual, que aponta para a decisão em função dos detalhes do caso e dos interesses que devam prevalecer²⁷⁹; c) a abordagem do *consentimento mútuo contemporâneo*.

Esta última perspectiva merece análise adicional.

A teoria do *consentimento mútuo contemporâneo* parte do princípio segundo o qual, ainda que o contrato estabeleça que o embrião deve ser utilizado por um dos membros do casal, após a ruptura, deve ter-se grande relutância em decidir os casos de tal forma que o resultado seja a filiação a contra-gosto, ou seja, contra a vontade de uma das partes envolvidas.

²⁷⁷ SCHLESINGER, Tim, "Disputes Over Frozen Embryos in Family Law Cases – A Defense of Counsel or Contemporaneous Mutual Consent", in *Family Court Review*, Volume 59, Issue 1 January 2021, pp. 83-102.

²⁷⁸ IDEM, pp. 87-88.

²⁷⁹ IDEM, p. 88-89.

Os tribunais que decidiram seguir esta via, não aceitando que aquelas disposições contratuais tivesse execução coerciva, consideraram que as partes, ao tempo da vinculação, não contaram com a subsequente *alteração de circunstâncias*, pelo que a solução que ficou plasmada no contrato já não se mostrava adequada ao caso.

Ou seja, a *base contratual* que levou o casal a recorrer à PMA para constituir uma família, já não existia²⁸⁰. Assim, para decidir os casos, o tribunal deve regressar ao critério da *ponderação dos interesses prevaletentes*.

Esta posição jurisprudencial mostra como as vinculações, no domínio da PMA, tendem a ser mais frágeis, comparativamente ao domínio geral do *direito privado*, onde a *autonomia da vontade* pode imperar normalmente.

Tudo somado, entendemos que, para resolver o problema que nos ocupa, deve afirmar-se de forma pétreia o princípio do *consentimento informado*²⁸¹, da sua *actualidade e livre revogabilidade* (dentro dos limites legalmente impostos).

Quando o casal se apresenta na clínica, enquanto tal, e presta o seu consentimento para a PMA, constitui-se um *projecto parental*, assente naquele consentimento compósito.

Se, por exemplo, por força da rutura da relação, um dos membros do casal, antes do início dos processos terapêuticos, *rectius*, antes da transferência do embrião, revoga o seu consentimento, abandona-se o referido projecto parental e o material biológico não pode, em princípio, ser utilizado à revelia da sua vontade.

²⁸⁰ IDEM, p. 89-91.

²⁸¹ Sobre o consentimento informado na relação médico-paciente, v., por todos: PEREIRA, André Dias, "O Consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico", in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 76, 2000, pp. 433-471; IDEM, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004, *passim*.

O CNPMA manifestou esse entendimento na *Deliberação n.º 12/II, de 27 de janeiro de 2017*, admitindo a revogação do consentimento por parte de qualquer uma das pessoas beneficiárias até ao início dos processos terapêuticos que neste caso deve considerar-se ser o momento da “*descongelamento dos embriões para a intentada transferência*”²⁸².

Assim, o ponto de partida deve ser a consideração do compromisso que o casal assumiu e que apenas subsiste enquanto um deles não revogar o seu consentimento. Ocorrida esta revogação, não haverá, em princípio, que atender a qualquer pretensão (do elemento que não se retracta) de utilização do material biológico para passar a assumir *um projecto parental* exclusivamente seu.

Porém, não afastamos, em absoluto, que, em casos muito contados, este quadro de princípio possa ser derogado, mas para tal teria de haver *previsão legal habilitante* e, recomendavelmente, a intervenção jurisdicional.

O que estamos agora a admitir é que, em certos casos e quando tal se justifique, na sequência de uma *decisão judicial*, em face da revogação do consentimento por parte de um dos membros do casal beneficiário, o resultado pudesse não ser a impossibilidade de o outro beneficiário, no caso, necessariamente, uma mulher, receber o embrião e dar execução ao *projecto parental*.

Pensemos, por exemplo, numa situação de criopreservação de embriões, no contexto de determinado *projecto parental*, na subsequente ruptura da relação e revogação expressa do consentimento por uma das partes. Poderia a mulher que mantém a intenção de utilizar o embrião ou embriões criopreservados exigir que a técnica lhe fosse aplicada, ao arrepio da vontade da parte que distratou o seu consentimento? Reafirmamos: em princípio não. A não ser que a lei seja alterada, no sentido de permitir

²⁸² Cfr. *Deliberação n.º 12/II, de 27 de janeiro, 2017 - Recolha de consentimento para TEC*, disponível em www.cnpma.org.pt.

expressamente a atribuição judicial de uma “custódia de embriões”, *justificável no caso concreto*.

Tal poderia acontecer, por exemplo, na hipótese de ser demonstrado que aquela mulher, atendendo às suas condições subjectivas (idade, condições de saúde, etc.), teria pouca ou nenhuma possibilidade de gerar, por meio de alternativa, um filho em parte biologicamente seu, e a recusa da outra parte não se revela razoável, de acordo com o critério do homem médio²⁸³.

Também poderia caber na excepção uma situação em que o membro do casal que não se retractou pretendesse, por razões ligadas a concepções filosóficas, éticas ou religiosas, que o embrião fosse objeto de dádiva a outro casal beneficiário, invocando ser essa uma forma de *desenvolvimento da sua personalidade*, opondo-se o outro membro do casal, sem motivo atendível, e com base em recusa meramente abusiva, a essa dádiva.

Se tal possibilidade vier a ser consagrada legalmente, há que, porém, lidar com outro problema que resulta da circunstância de o *projecto parental* ter passado a ser, agora, apenas da mulher beneficiária, e já não do seu ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), que revogou o seu consentimento, ou do novo casal beneficiário, e já não do primitivo.

Assim, a lei não poderá determinar o estabelecimento dos vínculos de paternidade relativamente aos beneficiários (primitivos) que já não integram o novo *projecto parental*.

Deve, porém, ressaltar-se a hipótese de o cônjuge ou companheiro(a) que participou do *projecto parental* inicial, e que levou à criação do embrião, pretender assumir a filiação relativamente à criança que vai nascer, nos casos em que o embrião seja utilizado pela mulher que não se retractou.

Neste caso vedar-lhe a possibilidade de assumir legalmente a paternidade é, parece-nos, atribuir-lhe uma sanção demasiado gravosa.

²⁸³ Por exemplo, tratando-se de recusa motivada por *vendetta* ou outro motivo fútil.

Ou seja, e resumindo, admitimos a possibilidade de recusa *prima facie* de um dos membros do casal beneficiário relativamente à utilização do embrião para o qual já não subsiste o *projecto parental* inicial. Todavia, uma vez decidido judicialmente que essa recusa é abusiva no caso concreto, autorizando-se, por exemplo, a mulher beneficiária a utilizar o embrião (o que, repetimos, só deverá acontecer em casos muito excepcionais), então aí deverá, por razões de equilíbrio de posições, dar-se a possibilidade ao ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) de, pelo menos, querendo, assumir o vínculo de parentalidade.

Não se diga que esta solução é demasiado gravosa para a mulher beneficiária pois, na verdade, ela teve intenção de recuperar o *projecto parental* que levou à criação do embrião, e para o qual contribuiu o seu ex-cônjuge ou ex-companheiro(a).

Se persistiu e insistiu nesse *projecto parental*, querendo agora transformá-lo em *apenas seu*, parece equilibrado determinar-lhe o respeito pela vontade do ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) relativamente à assunção do vínculo jurídico de filiação.

1.8.1. Problema conexo: destino dos embriões na PMA

Como vemos, existência de embriões sem *projecto parental* é uma inevitabilidade no contexto da PMA, não obstante os esforços que o sistema faz para que o número destes embriões “supranumerários” seja o menor possível^{284/285/286}.

Um dos primeiros princípios consolidados, nesta matéria, considera que as técnicas de PMA, não obstante, por definição, terem de originar e lidar com embriões, devem criar o número mínimo possível, procurando-se,

²⁸⁴ Sobre o enquadramento do destino dos embriões em 1989, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Aspectos Jurídicos (...)”, p. 780 e ss..

²⁸⁵ Analisando o tema, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, ob. cit., pp. 192-194.

²⁸⁶ Analisando o regime resultante da versão originária da Lei da PMA, v. SILVA, Paula Martinho da / Costa, Marta, *A lei da procriação (...)*, ob. cit., pp. 121-134.

dessa forma, diminuir os problemas éticos e morais que coloca a criação de embriões, a sua manipulação, transferência, utilização para fins de investigação, criopreservação e a sua destruição^{287/288}.

Esta esta ideia está expressa na Lei da PMA, quando no n.º 1 artigo 24.º determina que, nas técnicas, de PMA “*deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado*”, e no n.º 2 que “*o número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla*”²⁸⁹.

A Lei da PMA optou, assim, logo desde a versão originária, por não definir, por via geral e abstracta, o número máximo de ovócitos a inseminar²⁹⁰ e o número de embriões a transferir para o útero da beneficiária, deixando tal decisão para a prática médica, de acordo com as *leges artis*²⁹¹.

O médico sabe, porém, que deve procurar gerar o número mínimo de embriões possível e, desses, transferir o maior número possível para evitar a criação dos chamados embriões “supranumerários”^{292/293}, ou sem *projecto parental*, devendo, ainda, também, evitar gravidezes múltiplas.

Esta é, claro, uma equação difícil, mas que cabe aos médicos resolver.

²⁸⁷ Sobre o tema, v. ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, pp. 33-41.

²⁸⁸ Concretamente sobre as dificuldades colocadas pela eliminação de embriões, v. SILVESTRE, Margarida, “Embriões criopreservados: que destino?”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 149-150.

²⁸⁹ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, pp. 37-38.

²⁹⁰ E, portanto, de embriões a gerar com recurso às técnicas de PMA.

²⁹¹ Antes da Lei da PMA, no Decreto n.º 415/VII, de 1999, que quase constituiria a regulamentação sistemática da PMA em Portugal, estabelecia-se um limite máximo de cinco ovócitos a inseminar, como forma de evitar a criação de embriões excedentários. Esta, e outras soluções problemáticas, conduziram ao veto político do Decreto pelo Presidente da República.

²⁹² Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais*, Vol I. e II, Coimbra, 2003, p. 861.

²⁹³ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, pp. 50-55.

Da aplicação das técnicas de PMA resultam, porém, necessariamente embriões criopreservados que não são transferidos para o útero da mulher beneficiária e relativamente a estes coloca-se então o problema de saber que destino devem ter^{294/295}: a) serem utilizados pelo casal beneficiário para gerar nova gravidez; b) serem utilizados em investigação científica; c) serem objeto de dádiva a outro casal, ou seja, inseridos num novo *projecto parental*; d) serem, na ausência de *projecto parental*, eliminados.

Existindo embriões criopreservados de um determinado casal beneficiário, a lei espera que eles ainda possam ser utilizados para gerar uma nova criança.

Nesse sentido, o n.º 1 do artigo 25.º da Lei da PMA determina que os embriões criopreservados que tenham viabilidade²⁹⁶ têm por destino uma nova transferência embrionária, assumindo o casal beneficiário o compromisso de a fazer no prazo máximo de 3 anos, prazo que pode ser prorrogado, a pedido dos beneficiários, por um novo período de 3 anos²⁹⁷.

Decorrido o período de criopreservação, os embriões podem ser objeto de dádiva para outro *projecto parental* ou para investigação científica, desde que exista consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente^{298/299}.

²⁹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA dá conta das dificuldades em torno da discussão acerca da natureza do direito que os titulares de amostras biológicas têm sobre as mesmas. Lembra o Autor que o problema remonta à discussão acerca do estatuto jurídico do cadáver e das partes destacadas do corpo, mas assumiu contornos de maior complexidade a partir do momento em que passou a utilizar-se, em larga escala, material biológico humano. Não obstante o desconforto que possa causar o conceito de “propriedade”, por implicar a convocação da noção de “coisa”, GUILHERME DE OLIVEIRA não descarta a utilização desses conceitos, até surgirem novos instrumentos. Apela, assim, à utilização do conceito de “propriedade biológica” e “coisas biológicas” (cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “Acesso em benefício de “familiares” na Lei da informação genética (Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro)”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 12, n.os 23 e 24, 2015, pp. 8-10).

²⁹⁵ Sobre a matéria, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 430-469.

²⁹⁶ Cfr. n.º 5 do artigo 25.º da Lei da PMA.

²⁹⁷ Cfr. n.º 2 do artigo 25.º da Lei da PMA.

²⁹⁸ Cfr. n.os 3 e 4 do artigo 25.º da Lei da PMA.

²⁹⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO critica a possibilidade de o casal beneficiário decidir o destino do embrião nos casos em que com ele não tem ligação biológica (ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)", *ob. cit.*, pp. 28-29).

Relativamente à investigação com recurso a embriões, a Lei da PMA estabeleceu regras precisas no artigo 9.^o^{300/301}, onde começa por afirmar-se, na esteira da Convenção de Oviedo^{302/303} (cfr. artigo 18.^o, n.^o 2³⁰⁴), que “é proibida a criação de embriões através da PMA com o objetivo deliberado da sua utilização na investigação científica”³⁰⁵. Desta regra, que também pode já considerar-se clássica, resulta que os únicos embriões que podem ser utilizados na investigação são aqueles que sobraram da aplicação das técnicas de PMA, e não embriões que tenham sido criados propositadamente para que as pesquisas científicas tenham lugar.

Admite-se, então, a investigação científica com embriões da seguinte proveniência³⁰⁶:

a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental, e desde que exista consentimento prévio dos beneficiários;

b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;

c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação, também com consentimento prévio dos beneficiários;

d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

³⁰⁰ Sobre o regime que resulta do artigo 9.^o da Lei da PMA, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...), ob. cit.*, pp. 65-73.

³⁰¹ Sobre a realidade do Reino Unido, v. FOVARGUE, Sara, “La investigación embrionária humana em Reino Unido: ¿una isla em Europa?”, in *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 93-121.

³⁰² Sobre a Convenção, v. SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina anotada*, Edições Cosmos.

³⁰³ Refere JOÃO CARLOS LOUREIRO que a Convenção de Oviedo, sendo passível de críticas por evitar algumas questões (como a eutanásia e a ajuda a suicídio), sendo uma “convenção-quadro”, acolhe “princípios estruturantes do Estado Constitucional Democrático” (LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina (...), ob. cit.*, pp. 540-541)

³⁰⁴ Analisando o impacto do artigo 18.^o da Convenção na PMA, v. GUNNING, Jennifer, “Article 18 of the European Biomedicine Convention: what impact on assisted reproduction?”, in *European Journal of Health Law*, Dordrecht, v. 6, n.^o 2, 1999, pp.165-171.

³⁰⁵ Cfr. n.^o 1 do art. 9.^o da Lei da PMA.

³⁰⁶ Cfr. n.^o 4 do art. 9.^o da Lei da PMA.

Ainda assim, nem toda a investigação científica em embriões é permitida pois a lei estabelece uma limitação quanto ao seu objetivo. Nos termos do n.º 2 do artigo 9.º da Lei da PMA, a investigação terá de ter por objetivo as seguintes finalidades: prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, aperfeiçoamento das técnicas de PMA, constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou quaisquer outras finalidades terapêuticas. Impõe, ainda, o legislador, nos termos do n.º 3, uma *ponderação risco-benefício* e a apreciação do projecto científico, para efeito da sua aprovação, pelo CNPMA.

Quanto à eliminação dos embriões ela pode ocorrer:

- a) Por via da sua utilização em investigação científica;
- b) Por determinação do director do centro, previamente comunicada ao CNPMA, quando tenha decorrido o prazo de criopreservação dos embriões destinados a nova de transferência, se não for consentida a dádiva dos mesmos para outro projecto parental;
- c) Por determinação do director do centro, tendo havido consentimento para a sua dádiva, nos casos em que os embriões não tenham sido utilizados, nos seis anos seguintes ao momento da criopreservação, para outro projecto parental ou em projecto de investigação aprovado.

Todo o regime assenta, assim, numa lógica de *favorecimento do embrião*, que se faz sentir, igualmente, em sede de definição legal excepcional das condições de transferência de embriões *post mortem*³⁰⁷.

No que respeita à dádiva de embriões, a restrição da sua aplicação aos casos em que haja *indicação médica de infertilidade*³⁰⁸, coloca problemas adicionais, sobretudo considerando que, após as alterações de 2016, a Lei da PMA deixou de assentar, em geral, na aplicação das técnicas de PMA como método subsidiário de reprodução.

³⁰⁷Cfr. artigo 21.º da Lei da PMA.

³⁰⁸ Cfr. n.º 3 do artigo 25.º da Lei da PMA.

Assim, três perspectivas, em face da lei portuguesa, são hoje possíveis.

A primeira, muito benevolente no que respeita ao princípio do *favorecimento do embrião*, mas que, praticamente, tem de fazer letra morta da expressão *indicação médica de infertilidade*, consiste em aceitar que a dádiva de embriões possa beneficiar casais que, não sendo objecto de um juízo médico de infertilidade *stricto sensu*, possam ser movidos pela vontade séria de procriar e, concomitantemente, “salvar” um embrião que estaria votado ao destino inexorável da eliminação, por ausência de *projecto parental* dos beneficiários primitivos.

Nesta hipótese, portanto, o casal beneficiário não é passível, na prática, de qualquer diagnóstico de infertilidade, mas tem uma vontade de procriação e de, simultaneamente contribuir para o aproveitamento de embriões já disponíveis. Tal seria o bastante para poder beneficiar de uma dádiva de embriões.

Uma segunda hipótese passaria por admitir que, bastando um diagnóstico de infertilidade, no caso dos casais, ou a simples vontade da mulher (só por si), a dádiva poderia ter lugar, ainda que pudessem ser utilizados gâmetas de um dos beneficiários, mas não de ambos. Isto é, atingir-se-ia o critério da *indicação médica de infertilidade* com a simples circunstância de um casal beneficiário heterossexual não poder utilizar os gâmetas dos dois membros. No caso das mulheres, para quem a PMA passou a ser uma alternativa procriativa, a mera vontade de utilizar o embrião seria suficiente para aplicação da técnica.

Uma terceira perspectiva passa por, apelando ao artigo 10.º, n.º 1, da Lei da PMA, limitar o campo de aplicação da dádiva de embriões aos casos em que o casal beneficiário (constituído por homem e mulher ou por duas mulheres), ou a mulher, não podem procriar com recurso a gâmetas próprios, bastando, portanto, no caso dos casais, a possibilidade de contar com o ovócito ou o esperma de um dos seus membros para afastar a aplicabilidade da dádiva de embriões.

Ou seja, quanto esta terceira perspectiva, por exemplo, uma mulher (só por si), que quisesse recorrer à PMA, caso pudesse utilizar o seu ovócito e fecundá-lo com espermatozóide de dador, já não poderia recorrer à dádiva de embriões; de igual modo, se o casal beneficiário pudesse usar ovócitos ou espermatozoides próprios (bastando uma das duas categorias de gâmetas) para gerar o seu filho, teria igualmente vedada a porta de acesso à dádiva de embriões.

Nada na lei, porém, parece indiciar no sentido da consagração de uma *dupla subsidiariedade* da dádiva de embriões (que seria assim subsidiária relativamente à própria dádiva de gâmetas), pelo que consideramos mais defensável a segunda perspectiva: a dádiva poderá ter lugar nos casos em que o casal obtenha um diagnóstico de infertilidade, ainda que pudesse lançar mão, para o tratamento, dos seus gâmetas, e nos casos em que uma mulher, isoladamente, pretenda gerar um filho por si só, com recurso à PMA.

Nestes casos, sendo inférteis os beneficiários, ou sendo a beneficiária uma mulher, por si só, que pretende procriar por via da PMA, fica aberta a porta à dádiva de embriões³⁰⁹.

No que respeita às mulheres que querem recorrer, isoladamente à PMA, mal se compreenderia que se tivesse dado um passo tão largo em 2016 no sentido da tutela da sua *autonomia reprodutiva*, acolhendo, com uma margem amplíssima, este seu interesse, e não se tivesse contribuído, minimamente, para a tutela dos embriões criopreservados.

Vedar, assim, às mulheres, isoladamente, o recurso à dádiva de embriões significaria que o legislador tutelaria em primeira linha uma *autonomia reprodutiva* quase irrestrita, sem, ao menos, conceber que a mesma possa ser associada à tutela de outros valores muito importantes

³⁰⁹ A utilização, no artigo 10.º, n.º 1, da Lei da PMA, da expressão “(...) utilize os gâmetas dos beneficiários” ao invés de “(...) utilize pelos menos gâmetas de um dos beneficiários” constitui arrimo da posição ora defendida.

para o equilíbrio do sistema, como seja o de, na medida do possível, enquadrar embriões criopreservados em *projectos parentais* adequados³¹⁰.

Cabe referir, em última nota sobre o ponto, que, nos EUA, é frequente encontrar posições que defendem a aproximação da dádiva de embriões à figura tradicional da adopção³¹¹, sendo certo que tal posição é rejeitada pela *American Society for Reproductive Medicine*³¹².

2. Restrições de acesso aos tratamentos baseadas no “estilo de vida” ou noutras condições subjectivas dos beneficiários

A Lei da PMA não estabelece quaisquer restrições de acesso às técnicas tendo por base condições subjectivas dos beneficiários relacionadas com o “estilo de vida” ou “opções comportamentais”³¹³.

Porém, no contexto da própria PMA, a literatura chama a atenção para o incremento destas preocupações³¹⁴. Está em causa saber se devem (até se podem) impor-se restrições de acesso à PMA, por exemplo, baseadas em hábitos alimentares dos potenciais beneficiários, no consumo, por eles, de álcool, tabaco ou drogas, no facto de terem uma vida sedentária, de serem

³¹⁰ O CNPMA parece ter uma posição de grande flexibilidade nesta matéria, já que admite o recurso a embriões doados pelos casais que atinjam os limites de acesso para a realização de técnicas de PMA no âmbito do SNS, e, portanto, mesmo que ainda fosse possível utilizar o seu material biológico (cfr. *Deliberação n.º 04/II, de 19 de junho, 2013 - Admissibilidade do recurso a embriões doados quando se atinjam os limites de acesso para realização de técnicas de PMA no âmbito do SNS*, disponível em www.cnpma.org.pt).

³¹¹ Cfr. BATSEDIS, Olga, “Embryo Adoption: A Science Fiction or an Alternative to Traditional Adoption”, in *Family Court Review*, vol. 41, no. 4, October 2003, pp. 565-579; DOSTALIK, Polina, “Embryo “Adoption”? The Rhetoric, the Law, and the Legal Consequences”, in *New York Law School Law Review*, vol. 55, no. 3, 2010/2011, pp. 867-894.

³¹² “*Defining embryo donation: an Ethics Committee opinion*”, disponível em https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/defining_embryo_donation-pdfmembers.pdf

³¹³ Sobre o tema, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 720-722.

³¹⁴ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “No-patient safety in Reproductive Medicine”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, n.º especial IV EAHL Conference, 2014, pp. 119-130, sobretudo pp. 122-130.

obesos ou terem sobrepeso, ou de terem, ou terem tido, doenças sexualmente transmissíveis.

A discussão pode também ser alargada a outras condições subjetivas dos beneficiários, como por exemplo, estarem privados da sua liberdade (cumprindo longas penas de prisão), ou até de terem determinada profissão que alguns poderiam considerar pouco compatíveis com a constituição de um núcleo familiar adequado, de acordo com o melhor interesse de cada criança (pense-se nos trabalhadores do sexo, ou em actores de filmes para adultos).

A sensibilidade do tema decorre da circunstância óbvia de a imposição de restrições desta natureza, ultrapassando o limite do aceitável, poder ser considerada discriminatória.

A Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (“*European Society of Human Reproduction and Embryology – ESHRE*”) já centrou a sua atenção na análise de três situações de restrição relevantes, ligadas à saúde dos potenciais beneficiários: a obesidade, o consumo de álcool e o consumo de tabaco³¹⁵.

Nestes casos, as recomendações da *ESHRE* são as seguintes: “(i) tendo em conta os riscos para o futuro filho, os médicos de fertilidade devem recusar o tratamento a mulheres com hábitos de consumo mais do que moderado que não estejam dispostas ou sejam capazes de minimizar o consumo de álcool; (ii) no que diz respeito à obesidade e ao tabagismo, são necessários mais dados para determinar se a reprodução assistida deve ser condicionada a mudanças de estilo de vida anteriores (e em caso afirmativo, onde devem ser traçados os limites)³¹⁶; (iii) uma vez que, com base nos dados disponíveis, é razoável esperar um efeito positivo da perda de peso e da cessação tabágica, os médicos de fertilidade devem insistir para que seja

³¹⁵ ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, “Lifestyle-related factors and access to medically assisted reproduction”, in *Human Reproduction*, vol. 25, n.º 3, pp. 578–583, 2010.

³¹⁶ No entanto, os dados disponíveis parecem sugerir que o tratamento de mulheres com obesidade grave ou mórbida carece de justificação especial.

feito um esforço sério na busca destes resultados, antes de o tratamento ser considerado³¹⁷; (iv) ao condicionarem os tratamentos de reprodução assistida à modificação de estilo de vida ou à realização de esforços nesse sentido, os médicos de fertilidade devem apoiar seus pacientes a alcançar os resultados pretendidos”³¹⁸.

Conclui, por último, a *ESHRE* que “são necessários mais dados científicos sobre os efeitos reprodutivos da obesidade, tabagismo, consumo alcoólico e outros fatores relacionados ao estilo de vida”³¹⁹.

Esta manifestação da *ESHRE* mostra como o problema da restrição de acesso aos tratamentos de PMA, em função de factores subjectivos dos potenciais beneficiários, se coloca a vários níveis.

Por um lado, está em causa saber se, em face dos níveis de eficácia dos tratamentos é, do ponto de vista clínico, aconselhável afastar determinados candidatos, não necessariamente para os proteger, mas como opção clínica e, portanto, no exercício de uma escolha técnica que está ao serviço dos interesses da medicina em geral.

Dir-se-á que o médico da medicina da reprodução não deve ser obrigado a praticar actos inúteis, de eficácia muito reduzida, ou que se revelem potencialmente prejudiciais para terceiros (como a criança que vai nascer na sequência da técnica e que pode ver a sua saúde afectada pelo estilo de vida dos progenitores), tudo na perspectiva geral de que medicina não aceita actos e técnicas quando eles não se revelam admissíveis do ponto de vista dos mais elevados padrões das *leges artis*.

Porém, por outro lado, estas restrições de acesso aos tratamentos de PMA pelas razões identificadas, destinam-se, também, como vimos, a proteger os próprios beneficiários e *maxime* a criança que vai nascer na

³¹⁷ Porém, tendo em conta o atraso temporal implícito, tal não deve ser pedido a mulheres que estejam próximas do final do período fértil.

³¹⁸ ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, “Lifestyle-related (...)”, *cit.*, p. 583.

³¹⁹ *IDEM*.

sequência do recurso à aplicação das técnicas de PMA, ou seja, está aqui em causa, também, a salvaguarda do *superior interesse da criança*.

Cabe, assim, aos médicos, na avaliação que façam das condições de cada um dos beneficiários e do resultado que pode advir da aplicação das técnicas de PMA, decidir quem pode ou não a elas aceder.

Não é matéria que caiba, pensamos, na previsão geral e abstrata da lei, pois as decisões concretas a tomar nesta matéria vão depender, permanentemente, do *estado da arte* em matéria de procriação humana assistida e, sobremaneira, das condições subjetivas dos concretos beneficiários.

Isto sem prejuízo, é certo, de serem definidas *guidelines* que possam orientar as práticas clínicas, conferindo-lhes segurança regulatória, mas também assegurar previsibilidade aos potenciais candidatos à PMA, dessa maneira contribuindo para a definição de um quadro de acesso igualitário às técnicas.

Concluimos, pois, ser pouco recomendável levar à letra da lei um elenco de situações de natureza subjetiva e comportamental que devam considerar-se impeditivas de acesso à PMA. Tal atitude, aliás, muito dificilmente passaria no crivo das condições constitucionalmente estabelecidas para as restrições aos direitos fundamentais. À cabeça, seria uma atitude legislativa com *potencial discriminatório* expansivo.

2.1. O tema no TEDH: Acórdão de 4 de Dezembro de 2007, no *Case of Dickson v. The United Kingdom*

A questão da restrição de acesso à PMA em função de circunstâncias ligadas aos beneficiários, não no plano da saúde, mas da sua concreta condição de vida, já se colocou no TEDH, que, no seu Acórdão de 18 de Abril

de 2006 (*Case of Dickson v. The United Kingdom*)^{320/321}, entendeu, numa primeira decisão, que o Governo do Reino Unido havia actuado dentro dos limites da Convenção ao adoptar uma política que apenas admitia o recurso à inseminação artificial aos prisioneiros em condições excepcionais, quando decidiu, num caso concreto, que esses requisitos não se verificavam.

Porém, a decisão foi revertida, e, em sessão de *Grand Chamber*, de 4 de Dezembro de 2007, (por uma maioria de 12/5) o Tribunal decidiu que tinha ocorrido uma violação do artigo 8.º da CEDH, mas que não era necessário convocar o artigo 12.º para apreciar a pretensão dos autores.

A situação concreta dizia respeito a dois cidadãos do Reino Unido, Kirk e Lorraine Dickson. Em 1994, Kirk fora condenado a 15 anos de prisão por ter cometido homicídio (sendo previsível ter 51 anos de idade ao tempo da libertação) e, enquanto cumpria pena, conheceu Lorraine (entretanto em liberdade) através de uma rede de contactos entre prisioneiros (“*pen pal network*”), com quem casou em 2001. Nesse mesmo ano, o casal requereu ao Governo autorização para beneficiar da inseminação artificial, pretensão que lhes foi recusada (em 2003), com o fundamento de que a permissão, nesses casos, dependia, entre outras condições, dos antecedentes relevantes na vida do prisioneiro e da data expectável de libertação, de tal forma que fosse assegurado que esse momento não estaria temporalmente tão distante que as responsabilidades parentais não pudessem ser assumidas (condições que não estariam reunidas no caso concreto)³²².

O Tribunal considerou que o artigo 8º da CEDH se aplicava ao caso, na medida em que estava em causa uma violação do direito dos requerentes à *vida privada e familiar*, que inclui o direito ao respeito pela decisão dos requerentes de se tornarem pais biológico. Entendeu, ainda, que os prisioneiros continuam a gozar de todos os seus direitos, excepto daqueles

³²⁰ Acórdão do TEDH de 18 de Abril de 2006, *Case of Dickson v. The United Kingdom*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

³²¹ Analisando este tipo de restrições de acesso à PMA, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 740-742.

³²² Sobre o caso, v. LEÃO, Anabela Costa, “O Contributo (...)”, *ob. cit.*, p. 34.

que são suspensos em consequência da prisão, e que qualquer restrição a esses direitos deve ser justificada em função de cada caso. A justificação pode decorrer, *inter alia*, das consequências necessárias e inevitáveis da prisão e de uma adequada ligação entre a restrição e as circunstâncias do prisioneiro em causa.

O governo do Reino Unido apresentou três justificações para a decisão que oferecera ao caso: a) perder a oportunidade de gerar filhos era uma consequência inevitável e necessária da prisão; b) a confiança pública no sistema prisional seria prejudicada se os elementos punitivos e dissuasivos de uma sentença fossem contornados, ao permitir-se que prisioneiros culpados de certos crimes graves concebessem crianças; c) a ausência dos pais (presos) por um longo período teria um impacto negativo em qualquer criança concebida e, conseqüentemente, na sociedade como um todo.

O Tribunal de Estrasburgo rejeitou o primeiro argumento, afirmando que a impossibilidade de gerar filhos não é uma consequência inevitável da prisão e que facultar o acesso a instalações para aplicação de PMA não criaria um problema de segurança ou quaisquer encargos administrativos ou financeiros exagerados para o Estado³²³.

Quanto ao segundo argumento, o Tribunal aceitou o entendimento segundo o qual é necessário que haja confiança no sistema penal, mas afirmou que os direitos não podem ser obliterados com base no que possa ofender a opinião pública, e a política penal está cada vez mais preocupada com a reabilitação³²⁴.

A terceira justificação foi aceite pelo Tribunal, atendendo a que é legítimo que a política se preocupe com o bem-estar da criança³²⁵.

³²³ Acórdão do TEDH de 18 de Abril de 2006, *Case of Dickson v. The United Kingdom*, disponível em www.echr.coe.int/echr, parágrafo 74.

³²⁴ IDEM, parágrafo 75.

³²⁵ IDEM, parágrafo 76.

Decidindo o caso, o TEDH entendeu que a decisão do Reino Unido não procedia a um equilíbrio adequado de todos os interesses individuais e públicos implicados, não se apresentando proporcional, situando-se fora de *“qualquer margem de apreciação aceitável, de modo que um equilíbrio justo não foi alcançado entre os interesses públicos e privados concorrentes envolvidos”*³²⁶.

2.1.1. Análise

A solução que o tribunal deu ao caso é adequada na medida em que, neste tipo de situações, não está em causa a consideração das circunstâncias subjetivas dos beneficiários e dos efeitos que as mesmas trarão ao resultado da aplicação das técnicas de PMA. Neste campo, podem aceitar-se restrições de acesso a PMA, sempre orientadas por critérios clínicos, como dissemos.

Porém, no caso que o TEDH decidiu, a situação era distinta, pois não existiam elementos que permitissem concluir pela obtenção de um resultado indesejável, para os interesses envolvidos, da aplicação da técnica de PMA.

A única aproximação a este critério decorria da eventual circunstância de o governo do Reino Unido pretender que, entre os beneficiários e a criança a nascer, se estabelecesse uma relação que se considerasse, em função da diferença de idades, adequada do ponto de vista da salvaguarda do interesse da criança³²⁷.

Porém, o que o governo do Reino Unido alegou foi a circunstância de a criança a gerar ter de contar com a ausência dos pais durante demasiado tempo, e este argumento tem de soçobrar por ser tributário da

³²⁶ IDEM, parágrafo 85.

³²⁷ A este raciocínio não anda o Direito alheado, bastando pensar nos casos em que, por exemplo, em matéria de adoção, se faz essa ponderação com objetivo de que a relação familiar a constituir se situe dentro cânones do padrão sociológico (leia-se, uma diferença de idades aceitável entre pais e filhos, ou, pelo menos, a inexistência de uma diferença de idade exagerada entre ambos).

irrazoabilidade resultante da opção de condicionar, a montante, o acesso à reprodução por não se saber como a criança vai ser educada, crescer, e em que contexto esse crescimento vai ocorrer. Na verdade, essa incerteza acontece em todos os cenários de acesso à PMA³²⁸ (o casal beneficiário pode dissolver-se; os seus membros podem falecer ou iniciar o consumo de álcool ou drogas; no acesso à PMA por mulheres, isoladamente, a figura masculina está ausente, etc).

Ou seja, as preocupações relativamente à presença dos pais na fase de crescimento dos filhos podem ser ligeiramente superiores, nos casos em que aqueles se encontram presos, mas não pode dizer-se que essas preocupações desaparecem em absoluto nos demais casos de recurso à PMA.

No mais, aquilo que resultava da decisão do governo do Reino Unido era a aplicação de uma sanção adicional aos beneficiários, só pelo facto de estes se encontrarem privados da sua liberdade. Esta atitude é, pensamos, manifestamente exagerada, pois a restrição de *direitos reprodutivos* não deve ser considerada pena adicional imposta pelo sistema de reinserção, e muito menos, com o argumento de que inexistem condições logísticas ou burocráticas para aplicação das técnicas.

Ainda assim, e a propósito das dificuldades concretas que possam existir na criação das condições para que as técnicas de PMA sejam aplicadas a prisioneiros, não afastamos que devam ser os serviços oficiais a estabelecer os termos em que estes possam ser delas beneficiários, contanto que o Estado não assuma uma postura de recusa absoluta ou de levantamento de entraves injustificáveis que, na prática, inutilizem qualquer possibilidade de essa aplicação ser efectivada.

³²⁸ E até na geração de crianças sem apoio médico, ou seja, fora do contexto da PMA.

§ 2 – Diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI)

1. Da busca do *melhor embrião possível* à “cláusula de gravidade”

Como é sabido, o *diagnóstico genético pré-implantatório*³²⁹ (DGPI) consiste numa biópsia celular, realizada num embrião em desenvolvimento, com a finalidade de proceder à subsequente avaliação genética dessa amostra, para assim determinar a presença de desconformidades genéticas específicas que determinam doenças como a hemofilia ou a fibrose quística. Normalmente, o DGPI é efectuado em embriões com três dias de desenvolvimento, quando o embrião é composto por seis a dez blastómeros, sendo alguns recolhidos para realizar a análise, sem prejuízo para o embrião³³⁰.

Com esta técnica, consegue, igualmente, descobrir-se o sexo do ser a que o embrião dará lugar.

É, assim, uma alternativa muito importante ao diagnóstico pré-natal invasivo e ao aborto terapêutico^{331/332}.

Em rigor técnico, o DGPI (que tem a finalidade de diagnosticar doenças específicas), distingue-se, quanto aos objectivos, de uma técnica

³²⁹ Sobre o tema pode ver-se OLIVEIRA, Guilherme de, “Um caso de selecção de embriões”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 1, n.º 1, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2004, pp. 7-13. Cfr., ainda, LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina (...)*, ob. cit., pp. 632-634; DONDORP, Wybo / DE WERT, Guido, “Refining the ethics of preimplantation genetic diagnosis: A plea for contextualized proportionality”, in *Bioethics*, 2019, 33, (2), pp. 294-301 e, entre nós, RAPOSO, Vera Lúcia, “Pode trazer-me o menu por favor? Quero escolher o meu embrião”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 59-84, e SILVESTRE, Margarida, *Embriões excedentários (...)*, ob. cit., pp. 77-85.

³³⁰ BARROS, Alberto, “Procriação medicamente assistida”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 125-127.

³³¹ Contraindo o *diagnóstico pré-natal* e o *diagnóstico genético pré-implantatório*, v. RAPOSO, Vera Lúcia, “Pode trazer-me (...)”, ob. cit., pp. 63-69, aí concluindo que “um resultado insatisfatório num DPN implica uma interrupção voluntária da gravidez (...), ao passo que um resultado desagradável no DGPI permite precisamente evitar um futuro aborto, pois o embrião é eliminado numa fase ainda bastante rudimentar do seu desenvolvimento e quando ainda se encontra fora do útero materno”.

³³² Sobre o tema v., também, RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 911-941.

parecida, que pode definir-se como *rastreio genético pré-implantatório*³³³ (RGPI, ou *Preimplantation Genetic Screening*), e que procura descobrir no embrião qualquer tipo de aneuploidias (anomalias cromossômicas), ou seja, procura ajudar a saber qual é o melhor embrião para transferir.

Na PMA, quando a técnica de base utilizada é a FIV, os médicos são normalmente confrontados com a necessidade de escolher um, dois, ou três dos “melhores” embriões criados, antes da transferência para o corpo da beneficiária (dessa forma procurando incrementar a taxa de sucesso). Saber se, e em que medida, o RGPI pode ser utilizado para fazer essa escolha, é tema controverso.

Tradicionalmente, os médicos utilizavam a análise da morfologia do embrião, ou seja, a sua aparência visual. Porém, o carácter falível dessa metodologia levou à procura de outros métodos de diagnóstico, como a videografia em tempo real, e o RGPI³³⁴.

O RGPI é, assim, mais problemático do que o DGPI, pois naquele não está em causa procurar um embrião doente, mas antes procurar o *melhor embrião possível*.

Isto não obstante as óbvias vantagens que apresenta, do ponto de vista do sucesso das técnicas de PMA, pois estima-se que certas populações de pacientes, incluindo casais em que o elemento feminino tem idade avançada, história de aborto espontâneo recorrente ou problemas repetidos de implantação, por exemplo, tenham uma predisposição para a produção de embriões com alterações cromossômicas³³⁵.

Considerando as vantagens médicas, tanto do DGPI, quanto do RGPI, as legislações foram admitindo a aplicação das técnicas, mas com

³³³ Também designado por *rastreio de aneuploidias pré-implantação* (BARROS, Alberto, “Procriação (...)”, *ob. cit.*, pp. 126-127).

³³⁴ BREZINA, Paul R. / KE, Raymond W. / KUTTEH, William H., “Preimplantation genetic screening: a practical guide”, in *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*, 2013, 7, p. 38.

³³⁵ IDEM.

cauteladas^{336/337}. Tendo em conta a sensibilidade resultante da circunstância de ambas implicarem uma interferência num embrião, ainda que nos primeiros dias de desenvolvimento, e poderem levar, em caso de detecção de doenças, à eliminação dos embriões doentes, a tendência mais estabilizada passa por estabelecer uma “cláusula de gravidade”, ou seja, admitir as técnicas quanto estão em causa “anomalias graves” ou “doenças graves”^{338/339}.

2. As soluções da Lei da PMA

A Lei da PMA, quanto ao tema, começa por determinar, no artigo 7.º, n.º 5 que *“é proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo”*.

Compreende-se esta opção da lei à luz da referida “cláusula de gravidade”.

Se determinada doença pode resultar de múltiplos fatores, de tal forma que o teste genético dará poucas certezas quanto à questão de saber se aquele concreto embrião, uma vez ser humano, vai ou não padecer de determinada doença (*scilicet*: se a capacidade de previsão do teste é muito baixa), mais vale não se fazer o diagnóstico, e, portanto, proibir a utilização da técnica nesses casos.

O tema é desenvolvido nos artigos 28.º e 29.º da da Lei da PMA.

³³⁶ HENDRIKS, Aart, “Legal and ethical aspects of new reproductive technologies; the case of prenatal diagnosis”, in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 15, n.º 4, 1996, pp. 677-689.

³³⁷ Sobre o ponto, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, pp. 134-142.

³³⁸ Para IÑIGO DE MIGUEL BERIAIN, havendo divergências radicais quanto ao valor intrínseco do embrião *in vitro*, a atitude mais recomendável, ao invés de *na dúvida proibir*, passa por conceder liberdade de escolha individual aos beneficiários (BERIAIN, Iñigo de Miguel, *Bioética y (...)*, *ob. cit.*, pp. 74-75).

³³⁹ ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, pp. 44-45.

Logo no artigo 28.º, o legislador distinguiu claramente o RGPI, que, como vimos, se destina a procurar aneuploidias nos embriões, do DGPI.

Quanto ao RGPI, diz a lei que o mesmo é admitido, sob orientação de médico especialista responsável, *“com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de procriação medicamente assistida”*³⁴⁰.

Relativamente ao DGPI, a lei esclarece, no n.º 1 do artigo 28.º, que o mesmo *“tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º”*.

Em face deste quadro, o *diagnóstico genético* no embrião pode ser feito tendo em vista quatro finalidades distintas.

O DGPI, pode ser utilizado para; a) identificar *embriões não portadores de anomalia grave*; b) para *escolher o sexo do embrião* (quando o DGPI não consiga determinar directamente a presença da doença genética), assim se evitando a transmissão de doença genética ligada ao sexo; c) e quando seja necessário obter grupo *HLA (human leukocyte antigen)* compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

O RGPI pode ser utilizado, quando o médico responsável o considere adequado, para descobrir o risco de alterações cromossómicas, em prol da taxa de sucesso das técnicas.

Quanto às técnicas a aplicar, propriamente, a lei refere que *“é permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida”*³⁴¹.

³⁴⁰ Cfr. o n.º 2 do artigo 28.º da Lei da PMA.

³⁴¹ Cfr. n.º 3 do artigo 28.º da Lei da PMA.

Em acrescento, o artigo 29.º esclarece que “o DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência”³⁴² e que “as indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente”³⁴³.

3. A Lei da PMA e o *saviour sibling*

Perante a redacção do n.º 3 do art. 7.º da Lei da PMA, que exceptua da proibição de melhoramento de determinadas características não médicas do nascituro (designadamente a escolha de sexo), os “casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (Human Leukocyte Antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave”, não restam dúvidas de que o ordenamento jurídico português admite o chamado *saviour sibling*, ou “bebé medicamento”, ou seja, a possibilidade de utilizar o *diagnóstico genético* no embrião, por forma gerar uma criança com recurso à PMA com características genéticas que permitam que o seu material biológico seja utilizado no tratamento de doença grave de um familiar (por exemplo, um irmão)³⁴⁴.

A questão é assaz delicada no plano ético.

WALTER OSSWALD manifesta-se contra a admissibilidade, em geral, do “bebé medicamento”, defendendo que o carácter terapêutico da PMA deve afastar “a “produção” de embriões para outros fins que não o tratamento da

³⁴² Cfr. n.º 1 do artigo 29.º da Lei da PMA.

³⁴³ Cfr. n.º 2 do artigo 29.º da Lei da PMA.

³⁴⁴ Sobre o tema, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, ob. cit., pp. 52-56; RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 941-950.

doença infertilidade (p. ex., não seria de admitir a fecundação *in vitro*, seguida de diagnóstico pré-implantatório dos embriões ainda obtidos, de modo a seleccionar um que fosse imunologicamente compatível com um filho pré-existente, portador de doença tratável com transplante de células da criança assim seleccionada”³⁴⁵.

Os *saviour siblings*, uma vez gerados, serão dadores de sangue do cordão umbilical, de medula óssea ou de sangue periférico do qual derivam as células-tronco hematopoéticas. Essas células são usadas para terapias com células-tronco hematopoéticas, e este é o único tratamento curativo para certas hemoglobinopatias³⁴⁶.

O primeiro caso famoso de *saviour sibling* ocorreu em 2000, nos EUA. Adam Nash³⁴⁷ foi gerado por meio de (FIV), tendo-se usado a tipagem de tecidos para garantir que um *antigénio leucocitário humano* (HLA) seria compatível com sua irmã Molly, que sofria de anemia de Fanconi, uma forma de anemia em que a produção de células sanguíneas na medula óssea é reduzida. Durante o parto, o sangue do cordão umbilical foi retirado de Adam, para dele serem derivadas células-tronco hematopoiéticas, necessárias ao tratamento da irmã³⁴⁸.

Estes casos estão, normalmente, associados a dois problemas éticos: a) um problema geral, que reside na criação do próprio *saviour sibling*, questionando-se se é eticamente aceitável criar uma criança com recurso à PMA para servir como doadora de células-tronco hematopoéticas; b) o segundo problema diz respeito aos casos concretos, pois, muitas vezes, o

³⁴⁵ OSSWALD, Walter, “As técnicas de procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)”, in *Cadernos de Bioética*, Revista Portuguesa de Bioética, n.º 40, Abril 2006, p. 8.

³⁴⁶ RUBEIS, Giovanni / STEGER, Florian, “*Saving whom? The ethical challenges of harvesting tissue from savior siblings*”, in *European Journal of Haematology*, 2019 Nov., 103(5), pp. 478-482.

³⁴⁷ Analisando o caso, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 942-944.

³⁴⁸ RUBEIS, Giovanni / STEGER, Florian, “*Saving whom (...)*”, ob. cit., p. 478.

tratamento a conferir ao irmão doente é complexo e arriscado (como, por exemplo, a transfusão de medula óssea) em crianças de tenra idade³⁴⁹.

Quanto ao problema de saber se deve aceitar-se a possibilidade de a PMA gerar *saviour siblings*, é normalmente apontada a crítica da “coisificação” do ser humano (que assim ficaria reduzido à condição de *commodity*).

Este argumento, que é clássico, não tem, porém aqui, uma aplicação diferente por comparação com outros domínios da PMA em que se levanta a questão da “coisificação” dos intervenientes, como sucede por exemplo na *gestação de substituição*. E não pode deixar de fazer-se um paralelismo, nesta sede, com o que acontece, por exemplo, em matéria de recolha de órgãos em seres humanos vivos para transplantação, ou até na dádiva de sangue para efeitos de aplicação em tratamentos médicos. Em todas estas situações, utilizam-se partes destacáveis do corpo humano como *meio* para lograr o tratamento de pessoas.

Em comparação, o *saviour sibling* surge até como menos problemático.

Acrescenta-se, também, que a técnica pode colocar em causa o bem-estar da criança, pois o *saviour baby* pode ser submetido a intervenções médicas que não se destinam a acautelar a sua saúde, mas sim a de um seu irmão, sendo a sua incapacidade de consentir suprida por uma representação parental em verdadeiro *conflito de interesses* na medida em que se encontra concomitantemente comprometida com a protecção da saúde do irmão(ã). O casal beneficiário representa, ao mesmo tempo, o *saviour baby* e o beneficiário do tratamento, impondo àquele a sujeição a actos médicos, com o fito de tratar o segundo.

Esta observação pode ser rebatida com o argumento segundo o qual as intervenções médicas a que é sujeito o *saviour baby* são normalmente pouco invasivas (recolha no cordão umbilical, por exemplo) pelo que, numa

³⁴⁹ RUBEIS, Giovanni / STEGER, Florian, “Saving whom (...)”, *ob. cit.*, p. 479.

ponderação dos interesses envolvidos, deve ter-se por tendencialmente aceitável a sujeição do mesmo a esses tratamentos, pois do outro lado da equação está normalmente a possibilidade de salvar uma vida já existente.

Para além disso, as intervenções médicas em questão são levadas a cabo por profissionais sujeitos a uma rigorosa deontologia e devem ser executadas de acordo com as *leges artis*. Caberá aos médicos traçar aqui as devidas fronteiras e, no limite, rejeitar intervenções que ultrapassem o limiar da razoabilidade, numa ponderação entre os incómodos causados ao bebé e os resultados que da terapêutica podem advir.

Acrescenta-se, ainda, que a admissão os *saviour babies* traduz uma cedência a uma odiosa instrumentalização da PMA, que passa a ser utilizada para escolher características do ser que vai ser gerado (ainda que, aqui, com as melhores intenções).

Este argumento é, talvez, o mais ténue, na medida em que, no caso do *saviour baby*, o que está em causa é utilizar os conhecimentos da Ciência em matéria de reprodução humana, para, numa lógica de *solidariedade comunitária*, permitir que seres humanos doentes possam ser curados e sobreviver, à custa, via de regra, de poucos ou nenhuns incómodos impostos a terceiros, e com a enorme vantagem de assim se gerar, também, vida humana.

Na ponderação das vantagens e desvantagens, no caso português, a Lei da PMA admite, como dissemos, a criação de *saviour siblings*.

Se olharmos para os trabalhos preparatórios da Lei da PMA, na versão originária, constata-se que o *Projecto PCP* regulava o ponto de forma mais inequívoca, considerando “*lícita a selecção de embriões de determinado sexo, quando houver séria probabilidade de transmissão de anomalia genética grave ligada ao sexo, ou quando a finalidade seja a de obter embriões com*

grupo HLA compatível com o de criança gravemente doente que necessite de transplante compatível” (art. 6.º)³⁵⁰.

A Lei da PMA, não sendo tão explícita, não deixou dúvidas relativamente à admissibilidade do “bebé medicamento”, pois essa solução dá o único sentido possível à parte final do n.º 3 do artigo 7.º³⁵¹.

Porém, como a lei não regula por exemplo, os laços que devem existir entre o “bebé medicamento” e o beneficiário (gravemente doente), esses casos deverão ser apreciados casuisticamente pelo CNPMA, que terá sempre de autorizar, caso a caso, a aplicação das técnicas para obtenção de grupo HLA (“*Human Leukocyte Antigen*”) compatível, nos termos da alínea q) do n.º 2 do artigo 30.º.

Uma última nota deve ser feita para realçar que a prática de que nos ocupamos não é expressamente proibida e não contraria o espírito de outras normas da Lei da PMA, como o artigo 4.º, n.º 2, e também não viola as disposições da Convenção de Oviedo, designadamente os seus artigos 14.º e 18.º³⁵².

4. O tema no TEDH: *Case of Costa and Pavan v. Italy*, de 2012

Já *supra*³⁵³ fizemos referência ao Acórdão do TEDH, de 28 de Agosto de 2012, respeitante ao *Case of Costa and Pavan v. Italy*³⁵⁴. Recorde-se que o Tribunal decidiu que o Estado italiano tinha violado o artigo 8.º da CEDH, ao

³⁵⁰ Na regulação específica do diagnóstico genético pré-implantatório (art. 27.º) dispunha que ele (alínea b)) seria lícito “quando o casal beneficiário tivesse um filho afectado por doença genética grave e desde que o prognóstico de vida dessa criança pudesse melhorar decisivamente pela aplicação de uma terapêutica, que esta não afectasse a integridade do corpo da criança nascida da transferência de embriões, e desde que o diagnóstico se destinasse a detectar a doença genética bem como os meios de a prevenir e a tratar, e permitir a aplicação da terapêutica supra referida, quando as finalidades referidas não pudessem ser prosseguidas por outras formas”.

³⁵¹ Pois é nesses casos que é próprio falar em necessidade de obtenção de HLA compatível.

³⁵² Nesse sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, “Um caso (...)”, *ob. cit.*, pp. 7-13.

³⁵³ Cap. I § 1, 3.3.

³⁵⁴ Acórdão do TEDH, de 28 de Agosto de 2012, *Case of Costa and Pavan v. Italy*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

proibir a possibilidade de casais portadores de anomalia genética recorrerem à procriação medicamente assistida e ao *diagnóstico genético pré-implantatório*, ao mesmo tempo que permitia a interrupção da gravidez nos casos em que o feto padecia de doenças genéticas.

O caso respeitava a Rosetta Costa e Walter Pavan, casados, que descobriram ser portadores (saudáveis) de fibrose quística em 2006, quando a sua primeira filha nasceu com esta doença genética. Em 2010, durante uma segunda gravidez, durante a qual o feto foi objecto de diagnóstico pré-natal, descobriram que o nascituro padecia da mesma doença, tendo recorrido à interrupção da gravidez terapêutica.

Mantendo um *projecto parental*, pretendiam recorrer à FIV e ao DGPI por forma a assegurar que um novo embrião pudesse ser analisado geneticamente antes da transferência, o que a lei italiana proibia.

Em face dessa proibição, recorreram ao TEDH, e a sua tese assentava no argumento principal, segundo o qual, a *legge 19 febbraio 2004, n. 40*, ao proibir casais portadores (saudáveis) de doenças genéticas de utilizarem a fertilização *in vitro* e DGPI, violava seu direito ao respeito pela *vida privada e familiar* e a proibição de discriminação consagrada na CEDH.

A Secção que apreciou o caso considerou, por unanimidade, que o Estado italiano violou o artigo 8.º da CEDH (direito ao respeito pela *vida privada e familiar*).

O Tribunal de Estrasburgo entendeu que havia uma inconsistência na lei italiana, já que negava ao casal o acesso ao DGPI, mas autorizava a interrupção da gravidez, com indicação médica, nos casos em que o feto apresentasse sintomas de doença genética. Considerou que a interferência no direito dos requerentes ao respeito pela sua *vida privada e familiar*, mesmo que “*prescrito por lei*” e na prossecução de um “*objetivo legítimo*”, era desproporcional, excedendo o “*necessário numa sociedade democrática*”.

De acordo com o Tribunal, a lei italiana violou a Convenção porque o Governo italiano não conseguiu justificar a sua alegação de que a ingerência no direito do casal era justificada pela necessidade de proteger a saúde da

mãe e da criança, a dignidade e liberdade de consciência dos médicos e para evitar abusos eugênicos.

4.1. O direito italiano em matéria de DGPI e o aborto terapêutico

O regime jurídico italiano analisado pelo TEDH permitia a utilização da FIV (considerada uma modalidade possível de “*procreazione medicalmente assistita*”) apenas por casais estéreis ou inférteis³⁵⁵ ou aqueles em que o homem tivesse uma doença sexualmente transmissível, como HIV ou hepatite B e C, para evitar o risco de transmissão da infecção (possibilidade que foi incluída depois de um alargamento legislativo de 2008).

O casal Costa-Pavan estava, assim, fora do âmbito de aplicação da FIV, e a citada lei, ainda que não tratando directamente do DGPI, proibia experimentações e selecções para fins eugênicos em embriões humanos, apenas permitindo a investigação para fins terapêuticos e diagnósticos, estritamente relacionados com a saúde e o desenvolvimento dos embriões³⁵⁶.

4.2. Decisão do TEDH num caso em que um Estado ultrapassou a margem de apreciação

Analisando o Acórdão, é possível considerar dois aspectos que se revelaram essenciais para o desfecho que o Tribunal ofereceu ao caso.

O primeiro respeita ao critério da *proporcionalidade*.

O Tribunal entendeu que a interferência do Estado Italiano, por intermédio da referida legislação restritiva, violava o princípio da

³⁵⁵ Cfr. artigo 4 da *legge 19 febbraio 2004, n. 40*.

³⁵⁶ Cfr. artigos 13 e 14 da *legge 19 febbraio 2004, n. 40*.

proporcionalidade, pois os objetivos de interesse público poderiam ter sido alcançados com impacto menos intrusivo nos direitos individuais.

O legislador italiano, ao dar como solução, para um caso de feto doente, a interrupção da gravidez, impunha aos visados consequências muito mais sérias (para o feto e para os pais, especialmente para a mãe).

Assim, não restou outra solução ao TEDH que não passasse por acentuar a falta de coerência do sistema legislativo italiano: por um lado, proibia a FIV, e qualquer possibilidade de DGPI, para os casos de candidatos saudáveis, mas que podem dar origem a um embrião com patologias; por outro lado, permitia a interrupção da gravidez em caso de feto afetado por essas patologias.

Em segundo lugar, o Tribunal foi sensível ao facto de, dos 32 Estados membros do Conselho da Europa, o DGPI apenas estar proibido (à data) na Itália, pelo que considerou haver um amplo consenso normativo, com o qual não era consistente a lei italiana, que assim correspondia a uma interferência desproporcionada no direito dos requerentes ao respeito pela sua *vida privada e familiar*, em violação do artigo 8.º da CEDH.

4.3. Análise

A decisão do TEDH merece comentários adicionais, na medida em que é possível associar o seu juízo acerca da circunstância de ter sido excedida a “margem de apreciação” (conceito tão caro ao Tribunal) pelo Estado italiano, à circunstância de os juízes terem procurado aferir, no conjunto dos 32 Estados membros do Conselho da Europa, a existência de um consenso relativamente a um domínio específico da PMA, no caso, o DGPI.

Este esforço é interessante, mas duvida-se poder ser replicado em muitas áreas da PMA, pois as diferenças regulatórias já acentuadas

impedem, muitas vezes, que esse juízo de procura de uma certa “ordem pública” nesta área tenha sucesso.

A busca deste diálogo comum, pode, de facto ser problemática.

O próprio Tribunal, por exemplo, ao apreciar as questões relacionadas com problemas transfronteiriços em matéria de a gestação de substituição (que analisaremos *infra*³⁵⁷), não pôde trilhar esse caminho, na medida em que, como é sabido, a esmagadora maioria dos Estados membros (a quase totalidade, *rectius*) manifesta, ainda, uma forte repulsa relativamente à figura.

Dir-se-á, porém, em abono do Tribunal, que, no caso italiano, estava em causa um aspecto bastante basilar, em termos de PMA, e não propriamente uma escolha estadual de ruptura, como acontece, por exemplo, com a admissibilidade da *gestação de substituição* ou da *terapia de substituição mitocondrial*, ou, futuramente, com a *escolha de sexo para “family balancing”*, a *gametogénese in vitro*, a *ectógenese* e a própria *clonagem terapêutica*.

Na verdade, o regime italiano encerrava uma contradição incompreensível, pois permitia uma solução extremamente gravosa nas consequências (o aborto terapêutico), sem permitir o respectivo mecanismo dela profilático, o DGPI.

A necessidade de alertar para esse acentuado desequilíbrio do sistema italiano justifica, pensamos, a atitude do Tribunal, ao trilhar, um pouco temerariamente, o caminho da busca da quimérica “linguagem comum”, em matéria de PMA.

5. Posição do Tribunal Constitucional português

O TC analisou a admissibilidade do DGPI, e, também, da sua utilização para a obtenção de embrião que assegure grupo HLA (*human leukocyte*

³⁵⁷ Cap. III § 2.

antigen) compatível para efeitos de tratamento de terceiro, no Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março³⁵⁸.

Quanto ao DGPI, o TC concluiu que se trata de *“uma técnica de PMA de aplicação restrita, orientado para a detecção de anomalias genéticas graves, que permite diminuir os casos de abortamento e de nascimento de pessoas com doenças graves. A escolha de embriões resultante do DGPI é, assim, compatível com a dignidade da pessoa humana”*³⁵⁹.

O grupo de deputados que suscitou a fiscalização da constitucionalidade das normas em questão defendia que o DGPI permitia a produção de seres humanos selecionados segundo qualidades pré-estabelecidas, naquilo que correspondia a uma manipulação contrária à dignidade, integridade e identidade única do ser humano.

O TC, porém, afastou a perspectiva segundo a qual se pode ver na técnica qualquer viabilidade prática de eugenismo pois o que está em causa é uma finalidade exclusivamente terapêutica e mesmo nos casos em que o diagnóstico leva à detenção e afastamento de embriões que sejam portadores de doença genética, ele previne a interrupção da gravidez precoce e evita o nascimento de pessoas portadoras de doença.

Relativamente à possibilidade de utilização da PMA para a criação do *saviour sibling*, nos termos já analisados *supra*³⁶⁰, entendeu o TC que *“a solução normativa que se contém na Lei se enquadra num critério de ponderação e harmonização com outros valores constitucionalmente protegidos, sem pôr em causa, de forma evidente, a dignidade das pessoas directamente envolvidas, e assegura, desse modo, em atenção aos objectivos que se pretende atingir, uma protecção adequada do embrião”*³⁶¹.

O Tribunal teve, certamente, em linha de conta que o procedimento de selecção de embriões, neste âmbito, é excepcional, sendo a

³⁵⁸ Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, publicado no Diário da República n.º 64/2009, Série II, de 01/04/2009.

³⁵⁹ IDEM, p. 12467.

³⁶⁰ Cap. II, § 2, 3.

³⁶¹ IDEM, p. 12459.

regra a proibição de escolha das características do nascituro, ao que acresce que só pode utilizar-se em casos de ponderosa necessidade para tratamento de doença grave, sendo certo, ainda, que é necessária uma avaliação casuística do CNPMA.

A tudo isto acresce que a técnica visa salvar a vida ou melhorar o estado de saúde de um terceiro, que se encontra em perigo de vida, pelo que, na perspectiva do Tribunal, a solução legal cumpre obrigação do Estado de proteção da saúde na sua vertente positiva³⁶².

³⁶² Cfr. artigo 64.º, n.º 1 da CRP.

§ 3 – A escolha do sexo na PMA

1. Dois paradigmas antagônicos

A possibilidade de se utilizar a PMA para escolher o sexo da criança a nascer foi, desde cedo, considerada muito problemática, tendo-se desenvolvido uma tendência precoce, sobretudo no contexto europeu, para a considerar um exemplo de “*procriática*” e, portanto, para estabelecer, nesta matéria, proibições^{363/364}.

Como que se estabeleceu aqui, logo desde o início, uma barreira, separando aquilo que era aceitável no contexto da PMA, e o que já constituía a utilização das suas técnicas ao serviço, não do benefício individual e comum, mas de meras opções egoísticas, em prol do exercício de uma *pura autonomia reprodutiva*³⁶⁵.

Assim, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na sua Recomendação n.º 1046, aprovada em 24 de Setembro de 1986, sobre o *Uso de embriões e fetos humanos para fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais*, exortava os Estados membros a proibirem, entre várias outras condutas, “*a escolha do sexo por manipulação genética para fins não terapêuticos*”³⁶⁶.

Na mesma linha de entendimento, em 1989, o Comité *ad hoc* de peritos em ciências biomédicas (CAHBI) do Conselho da Europa estipulava, no seu documento com 21 princípios disciplinadores da PMA, no 1.º Princípio, que “*as técnicas de procriação artificial humana não devem ser utilizadas para obter características particulares na futura criança, em*

³⁶³ Abordando o problema, v. Ascensão, OLIVEIRA, “Intervenções no genoma (...)”, *ob. cit.*, p. 39.

³⁶⁴ Também sobre o tema, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 1026-1042.

³⁶⁵ Que só mais tarde, como vimos, passaram a ser aceites, com a desvinculação da PMA da exigência de um diagnóstico de infertilidade.

³⁶⁶ Disponível em <http://assembly.coe.int/>.

particular com o propósito de seleccionar o sexo da criança, exceto quando (...) uma doença hereditária grave ligada ao sexo deva ser evitada”.

Esta ideia de proibição (quase absoluta) de utilização das técnicas de PMA para escolher o sexo da criança passou a estar presente na generalidade dos ordenamentos jurídicos internos, tanto na Europa, quanto no Mundo.

Na Alemanha, por exemplo, a proibição resulta do § 3 da *Embryonenschutzgesetz*, de 13 de Dezembro de 1990³⁶⁷ (“*Verbotene Geschlechtswahl*”), sendo a escolha do sexo da criança admitida apenas no quadro da profilaxia das doenças genéticas.

Em Espanha, a *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana assistida*, só admite a escolha do sexo, no contexto da PMA, nos casos em que a mesma se destina a evitar “*enfermedad genética o hereditaria grave*”^{368/369}.

Já no Brasil, a proibição é consagrada num plano infra-legal, concretamente na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2168 de 21/09/2017, que estabelece que “*as técnicas de RA [reprodução assistida] não podem ser aplicadas com a intenção de seleccionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente*”.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 14.º da Convenção de Oviedo³⁷⁰ que “*não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente*

³⁶⁷ Sobre os antecedentes da *Embryonenschutzgesetz*, v. ESER, Albin, “Genética Humana: aspectos sócio-políticos”, tradução de PEDRO CAEIRO, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n.º 1 (Janeiro-Março 1992), pp. 46-49.

³⁶⁸ Cfr. artigo 12. e artigo 26, c), 10.ª, da *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana assistida*.

³⁶⁹ A proibição não deixa, porém, de ser contestada. Sobre o ponto, cfr.: PÉREZ ALONSO, E.J., “Consideraciones críticas sobre la regulación legal de la selección de sexo (parte II)”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2002, vol.17, pp. 99-124; OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E. / ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Artículo 12. Diagnóstico Preimplantacional”, in COBACHO GÓMEZ, J.A. (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 458-459.

³⁷⁰ ASCENSÃO, Oliveira, “Intervenções no genoma humana. Validade ético-jurídica”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. I, Almedina, 2005, p. 30.

assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo”.

Não deixa de ser relevante que a Convenção de Oviedo tenha escolhido, de todas as matérias directamente ligadas à PMA, o problema da escolha de sexo como único aspecto a regular directamente. Tal significa que os Estados revelaram uma forte conjugação de posições em torno desta questão.

A realidade norte-americana, porém, é muito diferente, o que nos remete para uma verdadeira dicotomia de paradigmas. Um estudo conduzido em 2017³⁷¹ mostrou que a escolha do sexo da criança no contexto da PMA é uma prática muito disseminada nos EUA, mesmo nos casos em que o casal beneficiário é fértil e deseja apenas equilibrar o género da sua prole (“*family balancing*”) ou escolher o género do filho(a) sem razão especificada, e a esmagadora maioria das clínicas (o estudo citado aponta para mais de 72%) aceita a selecção do género do embrião na aplicação das técnicas de PMA.

2. Argumentos contrapostos

A defesa da selecção do sexo, no contexto da PMA, tende a basear-se numa concepção ampla de *liberdade reprodutiva*, que admite como sua dimensão benévola a “escolha de um equilíbrio familiar” (no caso de prole anterior) ou a “escolha saudável de descendência”, quando se trate de um primeiro filho(a), numa aproximação muito acentuada ao *direito ao livre*

³⁷¹ CAPELOUTO, Sarah / ARCHER, Sydney / MORRIS, Jerrine / KAWWASS, JENNIFER / HIPPI, Heather, “Sex selection for non-medical indications: a survey of current pre-implantation genetic screening practices among U.S. ART clinics”, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Oct. 2017, 35(3), pp. 409-416. Cfr., ainda, BHATIA, Rajani, “The Development of Sex-Selective Reproductive Technologies Within Fertility, Inc. and the Anticipation of Lifestyle Sex Selection”, in Wahlberg A., Gammeltoft T. (eds) *Selective Reproduction in the 21st Century*, 2018, Palgrave Macmillan, pp. 45-66.

desenvolvimento da personalidade. É normalmente acrescentado o argumento da “*victimless choice*”, segundo o qual a escolha pelo casal beneficiário, sendo matéria da *vida privada*, tem a qualidade adicional de não prejudicar minimamente terceiros, contribuindo antes para a harmonia familiar, por fazer corresponder expectativas naturais e resultados obtidos na *constituição da família*.

A legitimação da selecção do sexo para efeitos de “*family balancing*” tem importantes defensores. GUIDO PENNINGS, já em 1996, defendia um esquema de escolha do sexo na PMA que permitisse alcançar o equilíbrio necessário entre a importância de dar alguma liberdade de escolha às famílias e o “potencial desastre” que poderia resultar da pré-selecção de género sem limites.

Assim, o agora citado Autor considerava que as “*guidelines*” para a escolha do sexo deveriam ser as seguintes: i) a escolha não deve ser permitida aos beneficiários no primeiro filho(a); ii) a escolha não deve ser permitida nos casos em que se verifica “equilíbrio familiar”; iii) a escolha do género só deve recair naquele que for o sexo menos representado no núcleo familiar em causa; iv) as regras anteriores não devem ter aplicação nos casos em que haja necessidade de escolher um determinado género, por razões de risco genético^{372/373}.

Esta concepção do problema não deixa, porém, de ser fortemente contestada. Por exemplo, ARIANNE SHAHVISI considera enfaticamente que os danos causados pelo argumento do “*family balancing*” são suficientemente relevantes para anular qualquer reivindicação decorrente de um suposto direito à selecção do sexo como uma dimensão da autonomia procriativa³⁷⁴.

³⁷² PENNINGS, Guido, “Family balancing as a morally acceptable application of sex selection”, in *Human Reproduction*, vol 11, n. 11, 1996, pp. 2342-2343.

³⁷³ No mesmo sentido, embora com argumentos distintos, cfr. MCCARTHY, D., “Why sex selection should be legal”, in *Journal of Medical Ethics*, 2001, 27, pp. 302-307.

³⁷⁴ SHAHVISI, Arianne, “Engendering Harm: A Critique of Sex Selection For “Family Balancing””, in *Journal of Bioethical Inquiry*, March, 2018, 15(1), p. 123-137. No mesmo sentido: BROWNE, Tamara Kayali, “How Sex Selection Undermines Reproductive Autonomy”, in *Journal of Bioethical Inquiry*, June, 2017, 14(2), pp. 195-204.

Ou seja, à perspectiva favorável à selecção do sexo na PMA, por razões meramente sociais, contrapõe-se outra, disseminada globalmente, que entende que a escolha do sexo na PMA: a) contribui para a destruição de embriões; b) corresponde a uma vã afectação dos recursos da Ciência, por ser estéril no que diz respeito aos benefícios que traz para os actuais e futuros beneficiários; c) constitui uma manifestação narcisística da utilização da PMA, em clara derrogação da tradicional tendência para considerar essas técnicas de utilização subsidiária; d) traz para o contexto da PMA um discurso e uma perspectiva tributários de um odioso “consumismo eugénico”; e) pode ser perigosamente favorável a ambientes culturais altamente discriminatórios no que respeita ao resultado da gravidez (sobretudo se pensarmos nos exemplos históricos de países em que, por exemplo, os casais preferem não ter crianças do sexo feminino).

O CNECV, logo em 2007, no seu parecer sobre o “Diagnóstico Genético Pré-Implantação” (Parecer 51/CNECV/07³⁷⁵) considerou que *“a utilização do DGPI para a selecção de embriões em função de características físicas que não estão associadas a qualquer patologia, designadamente para escolha ou melhoramento de características consideradas normais, é também eticamente inaceitável, por ser contrário ao princípio da não instrumentalização”*.

Certo é que, no direito português, a proibição da escolha do sexo na PMA é regulada no artigo 7.º, n.º 2, da Lei da PMA, que estabelece, num paralelismo com a norma do artigo 37.º da mesma Lei, que *“as técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo”*.

Por sua vez, o artigo 37.º da Lei da PMA determina que *“quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo,*

³⁷⁵ Disponível em <https://www.cnecv.pt>. Cfr, ainda, entre nós, RAPOSO, Vera Lúcia, “Pode trazer-me (...)”, *ob. cit.*, pp. 67-69 e SILVESTRE, Margarida, *Embriões excedentários (...)*, *ob. cit.*, pp. 85-91.

fora dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.

Com esta proibição e incriminação, fica proscrita qualquer intervenção técnica no embrião que interfira com o desenvolvimento biológico normal das respectivas características somáticas, estando, designadamente, vedada aos médicos a determinação directa do seu género masculino ou feminino³⁷⁶.

A proibição consagrada na Lei da PMA é, assim, mais ampla do que a consagrada na Convenção de Oviedo, pois além de vedar a escolha do género do embrião, proíbe qualquer conduta destinada a *“melhorar determinadas características não médicas do nascituro”*.

Fora da proibição, no contexto da Lei da PMA, estão os casos, já analisados, previstos no n.º 3 do artigo 7.º, ou seja, os *“casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (Human Leukocyte Antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave”*. O próprio artigo 4.º da Lei da PMA admite o recurso às técnicas de PMA *“para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”*³⁷⁷.

Assim, a interferência, por intermédio das técnicas de PMA, nas características não médicas do nascituro, pode ocorrer em dois grupos de situações distintas.

No primeiro grupo, incluem-se os casos em que seja medicamente indicado determinar o sexo do nascituro para evitar que a reprodução do

³⁷⁶ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2005, p. 770; REIS, Rafael Vale e, “Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida: a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 7, n.º 13, Coimbra, 2006, pp. 78-80.

³⁷⁷ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, pp. 55-56.

casal envolva (com risco elevado) a transmissão de doença genética associada, alternativamente, ou ao sexo masculino ou ao sexo feminino (pense-se no caso clássico da hemofilia e na transmissão hereditária à prole do sexo masculino). Nestas situações, porém, a lei exige que se esteja perante doença não detectável directamente por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, pois nesse caso o legislador dá preferência absoluta à utilização desses métodos para o rastreio da doença, vedando a intervenção determinística do sexo do nascituro.

No segundo grupo, como vimos, devem considerar-se os casos em que a determinação das características biológicas do nascituro se justifica por ser necessário tratar doença grave, através da obtenção de grupo HLA (*“Human Leukocyte Antigen”*) compatível.

Como vimos, estas condutas médicas não violam as disposições da Convenção de Oviedo, designadamente os seus artigos 14.º e 18.º, sendo certo que, quanto à aplicação das técnicas para obtenção de grupo HLA (*“Human Leukocyte Antigen”*) compatível, terá de existir, no caso concreto, uma apreciação favorável pelo CNPMA, nos termos da alínea q) do n.º 2 do artigo 30.º.

3. O tema no Acórdão do TC n.º 101/2009, de 3 de Março

O TC também já teve a oportunidade de apreciar o tema agora em análise, no seu Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março³⁷⁸, proferido depois de, em 2009, um grupo de deputados ter requerido, *inter alia*, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das citadas normas dos artigos 7.º, n.º 3, e 30.º, n.º 2, alínea q), da Lei da PMA, por permitirem, na sua perspectiva, a instrumentalização do embrião humano.

³⁷⁸ Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, publicado no Diário da República n.º 64/2009, Série II, de 01/04/2009.

Afastando a perspectiva do grupo de deputados, que entendia que a solução normativa em causa “*abre caminho à selecção de embriões em função de características morfológicas ou genéticas para cumprimento de desideratos não identificados, incluindo a escolha do sexo da criança*”, excluiu taxativamente o TC, “*mesmo no quadro de uma interpretação literal do preceito, que o n.º 2 do artigo 4.º tenha implicada qualquer possibilidade de escolha do sexo de um descendente ou de escolha de quaisquer outras características do nascituro que não tenham a ver, à partida, com a prevenção de doença*”³⁷⁹.

Quanto à possibilidade geral de escolha de determinadas características do embrião, para tratamento de doença grave de terceiro, e à sua eventual reprovação à luz da proibição de instrumentalização do embrião, o TC, como também vimos, entendeu salientar que “*essa possibilidade é admitida a título subsidiário e excepcional*” e “*o procedimento de selecção de embriões em função do grupo HLA (...) é uma excepção à regra da proibição de escolha das características do nascituro, que decorre do n.º 2 do artigo 7.º da mesma Lei*”³⁸⁰.

Considerou, ainda, o TC que “*o método de procriação medicamente assistida, neste condicionalismo, incide sobre embriões ainda não implantados, em relação aos quais se não pode aplicar a garantia de protecção da vida humana, enquanto bem constitucionalmente protegido, ou de qualquer dos demais direitos pessoais que se encontram associados, como o direito à integridade física ou o direito à identidade pessoal e genética*”^{381/382}.

³⁷⁹ Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, *cit.*, p. 12457.

³⁸⁰ Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, *cit.*, p. 12459.

³⁸¹ IDEM.

³⁸² PAULO OTERO coloca o problema da escolha do sexo através na PMA no campo do *direito à identidade genética* do ser humano, ao ponto de considerar constitucionalmente proibidas as técnicas destinadas a escolher determinadas características do nascituro, como o seu sexo (salvo excepções terapêuticas, isto é, ligadas à prevenção de doenças hereditárias graves) (cfr. OTERO, Paulo, *Personalidade (...), ob. cit.*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pp. 87-89).

4. Uma perspectiva de maior abertura relativamente à escolha do sexo

Pode dizer-se, com alguma segurança, que o princípio da não selecção do sexo na aplicação das técnicas de PMA, fora do contexto excepcional ligado à profilaxia da transmissão de doenças com ligação ao género masculino ou feminino, continua intacto na sua solidez, nos exactos termos em que a Convenção de Oviedo o acolheu em 1997.

Não pode deixar de realçar-se, mais uma vez, a importância e o destaque que a Convenção de Oviedo lhe atribuiu, pois, sendo já conhecidas, ao tempo da redacção do texto, as inúmeras intersecções entre os direitos fundamentais e o apoio médico à reprodução, a única norma que se refere expressa e directamente à PMA é, precisamente, o artigo 14.º.

A Convenção de Oviedo, fez, assim, desta proibição de escolha do sexo na PMA, um pilar fundamental no contexto da tutela da *dignidade humana* nos domínios da medicina.

Porém, tal como enunciámos *supra*³⁸³, existem hoje sociedades democráticas, e igualmente preocupadas com a tutela da *dignidade humana* na prestação de cuidados de saúde, que não acolhem a proibição e admitem, inclusive, um regime oposto, aceitando a escolha do sexo na PMA, por motivos sociais e até no quadro de ausência de infertilidade.

Assim, embora hoje a proibição de que tratamos se apresente, por ora, como inabalável, não pode excluir-se em absoluto que a evolução do debate científico e ético e os aperfeiçoamentos tecnológicos determinem, no futuro, uma alteração do consenso actualmente vigente em torno do princípio.

Será difícil, nos próximos anos, no contexto dos países que aprovaram e ratificaram a Convenção de Oviedo, que a abertura do regime possa passar para uma modalidade de escolha *pura e simples* do sexo da criança a nascer em resultado da aplicação de técnicas de PMA.

³⁸³ Cap. II § 3, 1.

A transição para um regime desta natureza significaria a abolição completa dos princípios que estiveram na origem da proibição da escolha de sexo na Convenção de Oviedo e nas demais legislações que a consagraram, e a possibilidade de escolha de sexo sem qualquer motivo justificador parece ser algo que, no plano sociológico, pelo menos na matriz axiológica europeia, ainda está relativamente longe de ser aceite.

Continuar-se-á nos próximos tempos, pensamos, a defender a ideia de que um casal fértil não pode, invocando o puro exercício da sua *autonomia reprodutiva*, lançar mão das técnicas de PMA, apenas porque tem a vontade (não justificável por qualquer outra forma que não seja a mera preferência procriativa) de gerar uma criança do sexo masculino ou do sexo feminino.

É certo que, como já vimos, a PMA tem aberto, cada vez mais, a porta das *escolhas reprodutivas* dos beneficiários, e a tendência será, naturalmente, os sistemas irem concedendo, pouco a pouco, ao desejo de os casais escolherem o máximo possível, quando se trata gerar uma criança.

Se, nos primórdios, a PMA respondia a um apelo desesperado de casais inférteis para gerar uma criança, as possibilidades técnicas foram cada vez mais criando a oportunidade para, uma vez na clínica, os casais utilizando o manancial disponível de oportunidades, não só gerarem uma criança (“a sua criança”), mas também para pretenderem escolher o mais que puderem acerca do ser que vão gerar³⁸⁴.

Esta é uma tendência que se insere no contexto global de desenvolvimento das sociedades, sobretudo no mundo mais desenvolvido, cada vez mais tributárias de um *individualismo exacerbado*, que projecta, naturalmente, seus efeitos em matéria de autonomia reprodutiva³⁸⁵.

³⁸⁴ Sobre o ponto, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...), ob. cit.*, pp. 165-168.

³⁸⁵ Cfr. ARAÚJO, Marcelo, “Human Rights and Assisted Reproductive Technologies (ART): A Contractarian Approach”, in *Canadian Journal of Bioethics / Revue canadienne de bioéthique*, 3(3), 2020, pp. 192-201.

Porém, repetimos, talvez ainda se esteja relativamente longe (no espaço geográfico da Europa ocidental) do momento em que o casal beneficiário poderá chegar à clínica, e, apesar de não ter qualquer problema de infertilidade, pedir a criação de embriões e a sua escolha, antes da transferência, em função do respectivo género.

4.1. Um modelo possível de escolha de sexo para “*family balancing*”

O mesmo já não pode dizer-se, pensamos, relativamente à escolha do género do embrião por razões de “*family balancing*”, sendo certo que, mesmo dentro desta possibilidade, haverá que definir critérios rigorosos das condições que permitam aos beneficiários optar por um ou outro género da criança que vai nascer.

Quanto aos argumentos tradicionalmente aduzidos para defender a proibição da escolha de sexo, constata-se que, quando aplicados à hipótese de “*family balancing*”, os mesmos vão enfraquecendo.

O avanço das técnicas de procriação medicamente assistida vai permitir que a escolha do género do embrião se faça de forma cada vez menos problemática no plano ético, e sem necessidade de intervenção no embrião, pelo que rapidamente cairá o argumento de que a escolha contribui para a destruição de embriões. Exemplo disso mesmo são os avanços que se vão registando em técnicas alternativas, como, por exemplo, a *sperm-sorting technique* (*MicroSort*), que dispensa o *diagnóstico genético* no embrião³⁸⁶.

³⁸⁶ Cfr. BHATIA, Rajani, “The Development of Sex-Selective Reproductive Technologies Within Fertility, Inc. and the Anticipation of Lifestyle Sex Selection”, in Wahlberg A., Gammeltoft T. (eds) *Selective Reproduction in the 21st Century*, 2018, Palgrave Macmillan, pp. 45-66. O procedimento *MicroSort* consiste em separar os espermatozóides masculinos e femininos. As amostras de sémen contêm, em regra, 50% de espermatozóides contendo o cromossoma Y (que darão origem a uma criança do sexo masculino) e 50% de espermatozóides contendo o cromossoma X (que darão origem a uma criança do sexo masculino). Utilizando apenas uns ou outros, aumenta-se consideravelmente a probabilidade de se gerar uma criança com o género respectivo.

Por outro lado, escolha de sexo para *“family balancing”* não é vã nem estéril relativamente aos benefícios, na medida em que deve considerar-se positivo um equilíbrio de género, desde logo no que diz respeito ao crescimento e educação das crianças, pois o contacto com a realidade do sexo oposto só pode trazer benefícios na construção de uma sociedade mais igualitária.

Também não pode considerar-se odiosamente narcisística a escolha de sexo quando as técnicas de PMA começam, um pouco por todo o mundo, a transitar para um modelo de opção reprodutiva, ainda que, nesta matéria, seja legítimo a levantamento de alguns limites.

Acresce que o argumento do “consumismo eugénico” colocar-se-ia um cenário de escolha de sexo sem qualquer critério, e não no modelo que defendemos de escolha de sexo apenas possível para *“family balancing”*, e com as condições que referimos em seguida.

O mesmo se diga quanto aos riscos de desvios em países em que o sexo da criança é altamente estigmatizante, pois o que está aqui em causa é proceder a um equilíbrio e, assim, assegurar tendencialmente um número equiparável de crianças de cada um dos sexos.

Em todo o caso, repetimos, mesmo consagrando-se a possibilidade da escolha do sexo para *“family balancing”*, o modelo não deverá passar por uma simples opção, por parte dos beneficiários, pelo sexo masculino ou feminino da próxima criança a gerar, como forma de equilibrar o contexto da família em matéria de género.

Acresce que não deve, pensamos, admitir-se a escolha de sexo para um *“family balancing”* absoluto, ou seja, para assegurar que o núcleo familiar tenha exactamente o mesmo número de elementos de ambos os géneros, mas, antes, para conseguir *algum “family balancing”*. Devem, assim, definir-se limites precisos nesta matéria.

A razão de ser deste entendimento prende-se com a necessidade de assegurar que os recursos da PMA não são consumidos por objetivos dos

beneficiários, que, sendo importantes, não constituem a primeira linha de preocupações do combate médico à infertilidade.

Enquanto os médicos e as clínicas estiverem a tratar casais férteis, não estão a tratar os inférteis. Precisamente por isso, não deverá ser possível recorrer à PMA para fazer o equilíbrio familiar quando em causa estiver um núcleo já consideravelmente alargado. Tendo em conta o modelo de família ocidental, parece-nos exagerado alocar os recursos médicos de apoio à reprodução para escolher o género do *quinto* elemento núcleo familiar.

Poder-se-ia dizer que é quando um casal tem dois rapazes, ou duas meninas, que se faz sentir sobremaneira a necessidade de equilibrar o género. Porém, hoje não pode fazer-se a escolha do sexo, nem sequer para "*family balancing*", e o que admitimos constitui já uma grande abertura nesta matéria, sendo certo que ela não pode ir ao ponto de prejudicar a matriz da PMA, que é a tratar a infertilidade. Acresce que, tendo em conta o número médio de crianças por núcleo familiar na Europa, o número de pretensões de "*family balancing*" para além do segundo filho tenderá a ser muito pouco expressivo.

Assim, na esteira de GUIDO PENNING, pensamos que as futuras *guidelines*, para a escolha de sexo por razões de "*family balancing*", (e excluindo os casos em que a mesma se justifica por razões genéticas, pois aí a escolha terá de ser determinada por decisão médica), poderão passar pelos seguintes critérios:

a) O pedido de escolha de sexo pelos beneficiários deve ser precedido de análise e aconselhamento psicológicos adequados, com o fito de afastar pretensões patológicas;

b) A escolha nunca será permitida no primeiro filho(a);

c) A escolha só pode recair no género menos representado no núcleo familiar;

d) A escolha não será permitida quando já há equilíbrio familiar (o mesmo número de pessoas de cada um dos géneros);

e) Quando estiver em causa o nascimento do quinto elemento do núcleo familiar, a escolha deixa de possível;

f) No caso do acesso pelas mulheres, isoladamente, deve aplicar-se a regra da al. a) e b) e, daí em diante, até estar em causa o nascimento do quinto elemento do núcleo familiar, a escolha só pode recair em género distinto do filho(a) imediatamente anterior.

Este esquema significaria que: i) nos casais heterossexuais, só pudesse ser feita uma escolha, e ao segundo filho; ii) nos casais homossexuais femininos: a) poderia haver escolha no segundo filho, se o primeiro fosse uma mulher, e escolha no terceiro filho (podendo apenas escolher o género masculino); b) poderia, apenas, haver escolha no segundo filho, se o primeiro fosse um homem, não podendo haver mais escolha, por já existir equilíbrio familiar.

§ 4 - A técnica de terapia de substituição mitocondrial (*mitochondrial replacement therapy - MRT*)

1. Enquadramento

A terapia de substituição mitocondrial (*mitochondrial replacement therapy - MRT*) consiste na troca de mitocôndrias doentes nos ovócitos (fertilizados ou não) de mulheres afetadas, por outras saudáveis obtidas de dadoras^{387/388}. O objectivo é evitar a transmissão de doenças mitocondriais hereditárias³⁸⁹, na medida em que a disfunção mitocondrial tem sido reconhecida como a causa significativa de um certo número de doenças graves multiorgânicas, para as quais não se conhecem tratamentos.

Essas doenças mitocondriais são transmitidas de mãe para filho(a) e podem ter efeitos devastadores, não só na pessoa afectada, como também na sua família.

A comunidade científica começou, assim, a centrar a sua atenção na prevenção da transmissão das doenças mitocondriais através da terapia de substituição de genes da linhagem germinativa³⁹⁰.

Porém, a técnica levanta questões muito importantes.

Desde logo, o ser gerado com recurso à técnica terá material genético que não provém apenas do casal beneficiário, pois é utilizado ADN

³⁸⁷ As mitocôndrias estão presentes em quase todas as células humanas e têm a função de lhes fornecer energia (sendo, por isso, consideradas as “baterias das células”).

³⁸⁸ JOÃO CARLOS LOUREIRO alerta para a necessidade de se incluir a técnica na PMA heteróloga (cfr. LOUREIRO, João Carlos, “Filho(s) de um gameta menor (...)”, *ob. cit.*, p. 6).

³⁸⁹ Um exemplo dessas doenças é a encefalopatia mitocondrial. Pode ver-se um relato bem impressionante de como a patologia pode afectar um adulto em “*BioNews 771, 15/9/2014, Geoff Brindle, «We must seize the opportunity to set families free of mitochondrial disease»*”, www.BioNews.org.uk. Para uma análise científica desta patologia, cfr. ALMEIDA, Rita / SENA, Armando / GONÇALVES, Manuel, “Encefalomiopatias mitocondriais”, in *Acta Médica Portuguesa*, 1994, 7, pp. 367-371.

³⁹⁰ AMATO, Paula / TACHIBANA, Masahito / SPARMAN, Michelle / MITALIPOV, Shoukhrat, “Three-parent in vitro fertilization: gene replacement for the prevention of inherited mitochondrial diseases”, in *Fertility and Sterility*, volume 101, issue 1, pp. 31–35, January 2014. Cfr. também, sobre o tema, GREENFIELD, A. / BRAUDE, P. / FLINTER, F / *et al.*, “Assisted reproductive technologies to prevent human mitochondrial disease transmission”, in *Nature Biotechnology*, volume 35, 2017, pp. 1059–1068.

mitocondrial de substituição, a partir do ovócito proveniente de dadora. Este ADN, reduzido, é certo, pode influenciar a identidade humana³⁹¹. Ou seja, a criança concebida herdará, seguramente, o ADN de três indivíduos: não apenas o genoma nuclear de ambos os pais (99,9%), mas também, embora em grau muito menor (0,1%), o ADN mitocondrial da doadora de óvulos. O ser gerado pode ter os traços da mãe, do pai e de uma dadora de mitocôndrias, pois o ADN mitocondrial contribui para o fenótipo.

Por outro lado, os cientistas têm questionado se a técnica corresponde a uma forma de modificação genética.

Tradicionalmente, considera-se modificação genética a alteração do ADN nuclear, excluindo-se assim a intervenção no genoma mitocondrial^{392/393}. Porém, a delicadeza do assunto não deixa de ser largamente reconhecida.

³⁹¹ Estima-se que os genes envolvidos sejam 13 em 23.000 “*BioNews 770, 08/9/2014, Ted Morrow, «Myth replacement therapy: MPs debate the science of mitochondria»*”, www.BioNews.org.uk.

³⁹² IDEM.

³⁹³ Para uma perspectiva internacional do enquadramento legislativo da intervenção no genoma, v.: CHARO, R. Alta, “Legal Issues Related to Human Germline Genome Editing in the United States”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 439-455; CHERNYAEVA, Daria V., “Genome Editing Regulation in Russia”, *ob. cit.*, pp. 255-272; DEURING, SILVIA, “Keimbahninterventionen im österreichischen Recht”, *ob. cit.*, pp. 207-208; GRUNERT, Angela, “The Legal Framework Concerning Gene-Editing Techniques in the UK: Problems and Solutions *ob. cit.*, pp. 457-482; Ho, Calvin W. L., “Legal Governance of Genome-Editing Technologies for Human Gene and Cell Therapies in Singapore *ob. cit.*, pp. 363-387; JIANG, Li, “The Regulation of Genome Editing Technologies and New Methods of Germline Interventions in China”, *ob. cit.*, pp. 83-97; KIM, Na-Kyoung, “Legal Regulation of Gene Technology in Korea”, *ob. cit.*, pp. 413-428; LASKARIDIS, Emmanuel, “Genom-Editierung: Länderbericht Griechenland *ob. cit.*, pp. 141-155; MOREIRA, Marta Rodrigues Maffeis, “Gentechnische Eingriffe in menschliche Keimzellen in Brasilien”, *ob. cit.*, pp. 63-82; NYS, Herman, “Opinion on the Legal Framework Concerning Interventions in Human Germline Genes in Belgium”, *ob. cit.*, pp. 39-61; PEREIRA, André Dias, “Gene Editing (...)”, *ob. cit.*, pp. 231-254; PIETRZYKOWSKI, Tomasz / OKTAWIAN, Nawrot, “Constitutional and Legal Aspects of Gene Editing in Poland”, *ob. cit.*, pp. 209-229; RIAL-SEBBAG, Emmanuelle, “Human Germ-Line Interventions: The French Legal Framework”, *ob. cit.*, pp. 125-139; ROMEO-CASABONA, Carlos M. / BERIAIN, Iñigo de Miguel / SÁNCHEZ, Aliuska Duardo, “Gene Editing from the Perspective of Spanish Law *ob. cit.*, pp. 389-411; SARGENT, Angela, “The Legal Framework of New Zealand Concerning Germline Interventions”, *ob. cit.*, pp. 175-205; SPRECHER, Franziska, “Der Keimbahneingriff im schweizerischen Recht”, *ob. cit.*, pp. 273-361; TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia, “Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn – Deutschland”, *ob. cit.*, pp. 99-124; TSAI, Daniel Fu-Chang, “The Regulation of Human Germline Intervention in

Deve considerar-se que, para além das óbvias vantagens terapêuticas, decorrentes da tendencial eliminação de doenças no ser gerado, a *MRT* tem também uma vantagem social: evita a dádiva plena de ovócitos, pelo que o casal beneficiário pode contar com uma criança mais saudável, mas também, geneticamente descendente.

Na verdade, o que está em causa é a admissibilidade, não apenas de uma, mas de duas técnicas: *a)* “transferência do eixo materno”: consiste na remoção dos cromossomas do ovócito, antes da fecundação, e da sua transferência para um ovócito sem doenças mitocondriais, do qual o ADN nuclear tenha sido removido; *b)* “transferência do pro-núcleo”: o pro-núcleo (o resultado da fecundação, antes, porém, de haver fusão dos núcleos do ovócito e do espermatozoide) é removido de um ovócito recém-fecundado (já embrião, portanto) e com mitocôndrias doentes, para ser transferido para um embrião de dador, com mitocôndrias saudáveis, ao qual foi removido o respectivo pro-núcleo^{394/395}.

A terapia de substituição mitocondrial já foi utilizada para dar origem ao nascimento de seres humanos, por exemplo, no México, na Ucrânia e na Grécia³⁹⁶.

Taiwan”, *ob. cit.*, pp. 429-437; YONEMURA, Shigeto / TAKAYAMA, Kanako / TATSUI Satoko, “Report on the Regulation of Genome Editing in Japan”, *ob. cit.*, pp. 157-173.

³⁹⁴ Cfr. UK DEPARTMENT OF HEALTH, *Mitochondrial Donation A consultation on draft regulations to permit the use of new treatment techniques to prevent the transmission of a serious mitochondrial disease from mother to child*, disponível em <https://www.gov.uk/government/consultations>.

³⁹⁵ Na discussão em torno do tema é, ainda, considerado que se estima que os embriões masculinos resultantes da aplicação da técnica não são passíveis de transmitir o ADN mitocondrial para a criança a nascer, sendo de questionar se apenas estes deverão ser transferidos para a beneficiária (cfr. COHEN, I. Glenn / ADASHI, Eli Y., “Mitochondrial replacement therapy: the IOM report and its aftermath”, in *Nature Reviews Genetics*, 17, 2016, pp. 189-190).

³⁹⁶ COHEN, I. Glenn / ADASHI, Eli Y. / GERKE, Sara / PALACIOS-GONZÁLEZ, César / RAVITSKY, Vardit, “The Regulation of Mitochondrial Replacement Techniques Around the World”, in *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, 2020, 21:1, pp. 577 e ss.

2. Panorama internacional

O debate em torno da admissibilidade da *MRT* tem sido, em todo o mundo, aceso³⁹⁷.

No Reino Unido, em 2008, o *HFEAct* foi alterado para autorizar o Governo a estabelecer os termos em que a *MRT* seria permitida.

Em Julho de 2014³⁹⁸, depois de uma consulta pública, o Governo britânico anunciou a sua intenção de regular a técnica e já no início desse ano havia pedido à *HFEA* a análise da “*segurança e eficiência das técnicas relacionadas com a substituição mitocondrial*”³⁹⁹, tendo esta concluído que não havia sinais de que a técnica fosse insegura. ANDY GREENFIELD, presidente da comissão de cientistas que analisou a questão referiu que “*num estudo de três anos, o painel de especialistas não viu nenhuma evidência que sugira que essas novas terapias de substituição mitocondrial sejam inseguras. A direcção científica do trajecto é clara; e embora tenhamos recomendado experiências adicionais antes de o tratamento ser oferecido, entendemos que um bom progresso está a ser feito e esperamos que elas apoiem as conclusões a que chegámos até ao momento*”⁴⁰⁰.

A regulamentação da aplicação da *MRT* surgiria com as *Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015* (entraram em vigor em 29 de Outubro de 2015)⁴⁰¹, determinando que apenas as clínicas com uma licença especial podem aplicar a técnica, e os beneficiários têm de submeter o seu caso à apreciação da *HFEA*. Para além dessas exigências, estipula-se que deve ser oferecida pelas clínicas a

³⁹⁷ Cfr. COHEN, I. Glenn / ADASHI, Eli Y. / GERKE, Sara / PALACIOS-GONZÁLEZ, César / RAVITSKY, Vardit, “The Regulation of Mitochondrial Replacement Techniques Around the World, in *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, 2020, 21:1, p. 566; CASTRO, Rosa J., “Mitochondrial replacement therapy: the UK and US regulatory landscapes”, in *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 3, Issue 3, December 2016, pp. 728–730.

³⁹⁸ Cfr. “*BioNews 770, 08/9/2014, Ted Morrow, «Myth replacement therapy: MPs debate the science of mitochondria»*”, www.BioNews.org.uk.

³⁹⁹ Cfr. <http://www.hfea.gov.uk/9025.html>.

⁴⁰⁰ Cfr. <http://www.hfea.gov.uk/9025.html>.

⁴⁰¹ ⁴⁰¹ COHEN, I. Glenn / ADASHI, Eli Y. / GERKE, Sara / PALACIOS-GONZÁLEZ, César / RAVITSKY, Vardit, “The Regulation of Mitochondrial (...), *ob. cit.*, p. 567.

possibilidade de as crianças nascidas na sequência da aplicação da técnica beneficiarem de acompanhamento clínico (que não é, todavia, obrigatório)⁴⁰².

A abordagem feita pelos EUA ao problema foi muito restritiva⁴⁰³. Em 2016, o Congresso aprovou o *The Consolidated Appropriation Act of 2016* que instruiu a *Food and Drug Administration* a abster-se de considerar os pedidos de “*autorização para uso experimental (...) na pesquisa em que um embrião humano é intencionalmente criado ou modificado para incluir uma modificação genética hereditária*”.

No Canadá, o *Assisted Human Reproduction Act* (2004) regula, a nível federal a PMA, proibindo a investigação envolvendo modificações da linha germinativa *in vitro* ou *in vivo*, não admitindo que se altere “*o genoma de uma célula de um ser humano ou embrião in vitro de modo que a alteração seja capaz de ser transmitida aos descendentes*”, o que é interpretado como tendo o efeito de tornar proibida a MRT⁴⁰⁴.

Os entraves legais à MRT resultam, na Austrália, do *Prohibition of Human Cloning for Reproduction Act 2002*, que, na secção 13, proíbe “*a criação de um embrião humano fora do corpo de uma mulher que contém material genético de mais de 2 pessoas*”, na secção 20, proíbe a transferência de um embrião desse tipo para o corpo de uma mulher, e, na secção 15, impede a “*alteração do genoma de uma célula humana quando essa alteração é passível de transmissão hereditária*”⁴⁰⁵.

Também a *Embryonenschutzgesetz*, de 13 de Dezembro de 1990, aponta no sentido de vigorar, na Alemanha, uma proibição de recurso à MRT, uma vez que o § 5 determina que “*quem alterar artificialmente a informação genética de uma linha germinativa humana é punido com pena de prisão até cinco anos ou pena de multa*” (n.º 1), e que é igualmente punido “*quem usar*

⁴⁰² IDEM, p. 568. CASTRO, Rosa J., “Mitochondrial replacement (...)”, *ob. cit.*, pp. 728–730.

⁴⁰³ IDEM, p. 570.

⁴⁰⁴ IDEM, p. 571.

⁴⁰⁵ IDEM, p. 572.

uma célula germinativa humana com informações genéticas alteradas artificialmente para fins de fertilização” (n.º 2).

Não obstante, a tendência para incluir a *MRT* no âmbito das proibições referidas, sobretudo as que impõem o afastamento da intervenção das linhas germinativas do ADN, tem de contar com os movimentos que consideram errado partir do princípio de que a técnica se situa nesse campo⁴⁰⁶.

3. Admissibilidade da técnica

Como enunciámos, uma das questões fulcrais em torno da *MRT* reside na questão de saber se a técnica pode envolver *modificações da linha germinativa*, ou seja, constituir uma técnica de modificação genética dos gâmetas ou do embrião, e em que medida⁴⁰⁷.

Uma corrente científica defende que a *MRT* não implica *modificações da linha germinativa*, sendo eticamente aceitável, assentando a sua perspectiva no argumento segundo o qual aquelas modificações apenas se verificam quando se interfere com o ADN nuclear, o que não acontece na *MRT*. Estes cientistas reforçam a ideia argumentando que o ADN mitocondrial é de estrutura mais simplista, não sendo comparável à importância do ADN nuclear⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Cfr. SHARMA, Hitika / SINGH, Drishtant / MAHANT, Ankush / SOHAL, Satwinder Kaur / KESAVAN, Anup Kumar / SAMIKSHA, “Development of mitochondrial replacement therapy: A review”, in *Heliyon*, Volume 6, Issue 9, 2020. Os Autores defendem que é necessário afastar a ideia de que a *MRT* perturba a sacro-santidade da humanidade ou desrespeita os valores culturais e sociais, considerando que, sendo permitida pelas leis regulatórias apropriadas, com investigações clínicas rigorosas e condições cuidadosamente monitoradas, os riscos substanciais podem ser minimizados, garantindo resultados seguros e altos padrões de medicina reprodutiva.

⁴⁰⁷ HERBRAND, Cathy, “Nuclear Transfer Techniques for mitochondrial disorders: How to conceptualise them ethically with respect to the germ-line therapies?”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 243 e ss..

⁴⁰⁸ HERBRAND, Cathy, “Nuclear Transfer (...)”, *ob. cit.*, p. 246.

Outros cientistas, apesar de entenderem que a *MRT* não interfere com o ADN nuclear, consideram a técnica eticamente inaceitável, sobretudo apelando ao argumento da “*slippery slope*”: aceitar, hoje, modificações no ADN mitocondrial, pode levar a que se tornem admissíveis, amanhã, interferências no ADN nuclear⁴⁰⁹. Ou seja, para estes autores, o problema não reside na *MRT* em si, mas antes na possibilidade de, passando a mesma a ser admitida, em seguida se olhar de forma menos problemática para as modificações não ADN nuclear, avançando-se para um ponto de *não retorno* em matéria de protecção do património genético humano.

Uma terceira perspectiva considera a *MRT* como um caso de *intervenção na linha germinativa*, ou seja, de alterações genéticas que se transmitirão por gerações, com riscos para a saúde e, até, para a identidade genética, sem que seja possível prever os seus efeitos a longo prazo⁴¹⁰. Para esta corrente, a técnica ultrapassa o limiar do aceitável em matéria de intervenção genética, podendo acarretar riscos desconhecidos, pelo que, de acordo com um *princípio de precaução*⁴¹¹, deve colocar-se um travão, desde já, à sua utilização.

Um terceiro grupo de opiniões considera a *MRT* uma técnica que implica alterações genéticas do ADN nuclear, mas a mesma é, ainda assim, eticamente aceitável.

Esta última é a posição do *Nuffield Council on Bioethics*, que entende não dever fazer-se uma distinção eticamente significativa entre a modificação do ADN nuclear e a modificação do ADN mitocondrial, pois ambas afectam a qualidade identificativa da pessoa gerada.

Esta corrente aponta, porém, no sentido de se regularem as alterações genéticas de forma diferenciada (podendo, portanto, algumas ser admissíveis, como a *MRT*) em função do tipo de manipulação (substituição

⁴⁰⁹ IDEM.

⁴¹⁰ IDEM, pp. 246-247.

⁴¹¹ ASCENSÃO, Oliveira, “Intervenções no genoma (...)”, *ob. cit.*, p. 26.

ou modificação específica) e o seu alcance (consoante produzam efeitos nas gerações futuras⁴¹², ou apenas no sujeito envolvido)⁴¹³.

4. A técnica à luz da Lei da PMA

Como vimos, o problema da admissibilidade da *MRT*, no quadro das legislações sobre PMA pré-existentes, tem-se reconduzido à questão de saber se a mesma é afastada pela proibição, bastante disseminada, de *intervenção na linha germinativa*, ou, se quisermos, de intervenção no *genoma humano*⁴¹⁴.

No caso português, a doutrina vai manifestando uma tendência no sentido da aceitabilidade da técnica⁴¹⁵, cabendo, porém, analisar se a terapia de substituição mitocondrial é admissível, à luz da Convenção de Oviedo, da Lei da PMA e da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, em qualquer das suas variantes, tanto na modalidade de “transferência do eixo materno” quanto na vertente de “transferência do pro-núcleo”.

No que respeita à a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que veio determinar que a intervenção médica que tenha como objecto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, verificadas as condições estabelecidas nesta lei, por razões preventivas ou terapêuticas⁴¹⁶, e que é proibida qualquer intervenção médica que tenha por objectivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa⁴¹⁷, a doutrina tende a considerar que a proibição só se aplica às inequívocas intervenções

⁴¹² ASCENSÃO, Oliveira, “Intervenções no genoma (...)”, *ob. cit.*, pp. 33-36.

⁴¹³ IDEM, pp. 247-248.

⁴¹⁴ Analisando a importância do conhecimento do genoma, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, pp. 115-177.

⁴¹⁵ PEREIRA, André Dias, “Gene Editing (...)”, *ob. cit.*, pp. 251-252.

⁴¹⁶ Cfr. artigo 8.º, n.º 1.

⁴¹⁷ Cfr. artigo 8.º, n.º 2.

na *linha germinativa*⁴¹⁸, leitura que poderá ser estendida à proibição resultante do artigo 13.º da Convenção de Oviedo^{419/420}.

Já quanto à Lei da PMA, claro que a admissibilidade da técnica poderia ser alvo de uma exclusão muito liminar se entendêssemos que a *MRT* viola a *dignidade humana*, ficando assim proibida pelo seu artigo 3.^º⁴²¹.

Porém, não se revela adequada, pensamos, uma perspectiva tão radical, na medida em que, à semelhança das demais técnicas de PMA, o problema da sua admissibilidade coloca-se num plano ético-jurídico, não interferindo, necessariamente, com os limites da tutela da *dignidade humana*.

Estaríamos seguramente neste campo se fosse inequívoco, para a comunidade científica, que a técnica constitui uma intervenção no *genoma humano*, porém vai ganhando força a concepção que considera não poder comparar-se a *MRT* à intervenção no ADN nuclear.

Por outro lado, deve dizer-se, aliás, que o artigo 2.º da Lei da PMA é suficientemente amplo para incluir a *MRT* no âmbito de incidência objectiva do diploma. Diz-se, nessa norma, que a Lei da PMA se aplica, também, a “*outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias*”. Sem grande esforço se conclui, portanto, que na *MRT*, em qualquer das suas vertentes, ocorre manipulação gamética (na “transferência do eixo materno”) e (pré-)embrionária (na “transferência do pro-núcleo”).

Por outro lado, a *MRT* configura-se como uma técnica ao serviço de métodos subsidiários de reprodução e destina-se a evitar o risco de

⁴¹⁸ PEREIRA, André Dias, “Gene Editing (...)”, *ob. cit.*, p. 252.

⁴¹⁹ Que dispõe, sob a epígrafe “*Intervenções sobre o genoma humano*”, que “*uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência*”.

⁴²⁰ ASCENSÃO, Oliveira, “Intervenções no genoma (...)”, *ob. cit.*, pp. 30-36.

⁴²¹ Sobre as intersecções entre genética e dignidade humana, v. LOUREIRO, João Carlos, “Os genes do nosso (des)contentamento - Dignidade humana e genética: notas de um roteiro”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 77, 2001, pp. 163-210.

transmissão de doenças de origem genética, pelo que passa indelével pelos crivos do artigo 4.º da Lei da PMA.

A técnica não se reconduz à *clonagem reprodutiva*⁴²², nem se destina a criar *quimeras* ou *híbridos*⁴²³.

Mesmo nos casos em que a *MRT* envolve a “transferência do pro-núcleo”, não está em causa a dádiva de embriões, pois o embrião pertence ao casal beneficiário.

Porém, as normas acabadas de referir não são suficientes para resolver o problema da admissibilidade da *MRT* à luz do direito português.

Não pode ignorar-se que o artigo 36.º, n.º 1 da Lei da PMA, admite a transferência de núcleo, quando ela seja necessária à “*à aplicação das técnicas de PMA*”. Se a redacção da norma confere alguma maleabilidade que permite apontar no sentido da admissibilidade da *MRT*, deve convocar-se, adicionalmente, o enquadramento que, no direito português, tem a *identidade genética*, inclusive, no plano constitucional.

O n.º 3 do artigo 26.º da CRP determina que “*a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*”.

Essa inclusão, em 1997, no texto constitucional não deixou de ser controversa, como explica JOÃO CARLOS LOUREIRO, sendo certo que o bem que se pretende salvaguardar é a “constituição genética individual”, e o Autor chama a atenção para o facto de que “*no plano normativo, a reivindicação de um direito à identidade genética aponta para que o genoma humano seja não*

⁴²² Cfr. o n.º 1 do artigo 7.º da Lei da PMA.

⁴²³ Cfr. o n.º 4 do artigo 7.º da Lei da PMA.

só inviolável como também irrepitível, seja basicamente fruto do acaso e não de heterodeterminação^{424/425}.

Em face da protecção constitucional conferida à *identidade genética*⁴²⁶, que deve abranger uma proibição de intervenção tecnológica nas linhas germinativas, assim garantido a inviolabilidade do *genoma humano*, a admissibilidade da *MRT*, em Portugal (tendo já em conta a imposição da Lei Fundamental no sentido da intervenção legislativa protectora, e de acordo com um *princípio de prevenção*) uma vez que se trata de técnica cujos termos de aplicação podem situar-se nas fronteiras do que já pode considerar-se ingerência odiosa no ADN, necessitará de autorização legal expressa⁴²⁷, que estipule os termos concretos dessa sua admissibilidade, ou seja, que regule a aplicação da técnica.

Defendemos, portanto, numa leitura do sistema legal português da PMA à luz da Constituição, e sem prejuízo de considerarmos que já se encontram na lei indícios muito favoráveis que apontam no sentido da admissibilidade da figura, que se deva considerar a técnica não permitida, até que o legislador intervenha um sentido de regular os termos e condições em que a mesma pode ser aplicada.

Consideramos, até, adequado que, nesta matéria, se preveja a intervenção casuística autorizante do CNPMA⁴²⁸.

Como vimos, a utilização das técnicas de PMA para gerar um *saviour baby* carece de autorização prévia casuística do CNPMA.

⁴²⁴ LOUREIRO, João Carlos, "O direito à identidade genética do ser humano", in *Portugal-Brasil ano 2000, Stvdia Iuridica*, Coimbra, 2000", pp. 288-290. Cfr., também, BAYERTZ, Kurt (trad. SARAH L. KIRKBY), *Genethics: technological intervention in human reproduction as a philosophical problem*, Cambridge University Press, 1994. Cfr., ainda, sobre o tema, XAVIER, Elton Dias, "A identidade genética do ser humano como biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano", in *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 41-69.

⁴²⁵ Cfr., também, LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina (...)*, *ob. cit.*, pp. 825-828.

⁴²⁶ LÚCIO, Álvaro Laborinho, "A Genética e a Pessoa – O Direito à Identidade", in *Revista do Ministério Público*, ano 22, n.º 88, Outubro/Dezembro 2001, pp. 7-20.

⁴²⁷ Seja através da alteração da Lei da PMA (solução preferível), ou em diploma autónomo.

⁴²⁸ Apontando nesse sentido, v. PEREIRA, André Dias, "Gene Editing (...)", *ob. cit.*, p. 252.

Ora, a *MRT*, pelas razões já referidas, levanta problemas mais complexos, na medida em que a técnica pode encontrar-se no limiar da intervenção no genoma e com ela vai gerar-se um ser humano que recebe o contributo genético de três pessoas, algo que é absolutamente inovador em matéria de procriação medicamente assistida.

É, assim, recomendável a criação de especiais cautelas, pelo menos até ao momento em que se consolide cientificamente que tipo de intervenção genética envolve a *MRT*, que consequências a mesma pode ter para as gerações futuras⁴²⁹, e em que medida o ser gerado com recurso à técnica é, no plano genético, influenciado pelo ADN mitocondrial.

Concluindo-se ocorrer, na *MRT*, intervenção no genoma humano, ainda assim, importará saber, antes de afastar radicalmente a técnica, qual o grau da mesma. Não se duvida que, num futuro próximo, com o avanço dos conhecimentos em genética, se vai acentuar a discussão em torno da questão de saber se toda e qualquer intervenção no genoma humano é proibida, ou se devem ser considerados vários planos de gravidade nessa ingerência.

Ou seja, está em causa saber se poderão ser admitidas intervenções benévolas no genoma humano, atendendo ao seu alcance reduzido e ao carácter previsivelmente anódino das suas consequências para as gerações presentes e futuras.

Um critério determinante nesta matéria residirá, também, na ponderação dos benefícios que as referidas intervenções venham a ter na melhoria das condições de vida da humanidade, pois as vantagens para o ser humano não devem ser cegamente sacrificadas em nome de conceitos petrificados, sem estabelecer as necessárias diferenciações, que tenham em linha de conta a gravidade, ou eventual ausência dela, dessa interação genética.

Assim, chegando-se à conclusão, no caso da *MRT*, que as suas vantagens suplantam seguramente as preocupações que se colocam em

⁴²⁹ ASCENSÃO, Oliveira, "Intervenções no genoma (...)", *ob. cit.*, p. 32.

torno da circunstância de nela poder estar co-envolvida uma qualquer forma de intervenção no genoma humano, não deverá a técnica ser afastada se esta intervenção for concomitantemente considerada de importância reduzida, constituindo mais um problema que deva ser discutido no plano das opções do sistema da PMA, do que no plano da proteção ética e jurídico-constitucional que merece a *identidade genética*⁴³⁰.

⁴³⁰ Em Espanha, a doutrina vai aconselhando o recurso à técnica, atendendo às vantagens que apresente, isto sem prejuízo do necessário acompanhamento e monitorização (BERIAIN, Iñigo De Miguel / MACÍAS, Elena Atienza / ARMAZA, Emilio José Armaza, “Algunas Consideraciones Sobre La Transferencia Mitocondrial: ¿Un Nuevo Problema Para La Bioética?”, in *Acta Bioethica*, 2016; 22 (2), pp. 203-211).

§ 5 – Breve referência aos casos de responsabilidade médica na PMA

1. Enquadramento

O presente estudo não pretende fazer um excuro pela responsabilidade médica na PMA.

Porém, o tema merece referência, pois a PMA envolve processos técnicos complexos, criando múltiplas e diversas oportunidades para o erro médico⁴³¹. Esses erros, embora relativamente pouco frequentes, podem ter consequências devastadoras para os beneficiários e seus filhos^{432/433}.

Numa revisão sistemática da literatura sobre a matéria, usando bancos de dados *PubMed* e *Google Scholar*, os Autores CARLEIGH NESBIT, MISTY BLANCHETTE PORTER e NAVID ESFANDIARI procuraram casos reportados de erro humano não intencional na PMA⁴³⁴. Identificaram vinte e dois eventos adversos reportados, oito deles relacionados com casos de inseminação com o espermatozoide errado, seis casos de transferência do embrião errado, três casos de erro no diagnóstico genético pré-implantatório e cinco casos relacionados com falhas nos gametas e na criopreservação do embrião.

Constata-se, assim, que na PMA, tal como em outros domínios da medicina, há que contar com o *erro médico* e a com a *negligência*, bem como

⁴³¹ Acerca do risco e da negligência na medicina, cfr. MONIZ, Helena, “Risco e negligência na prática clínica”, in *Direito da medicina: eventos adversos, responsabilidade, risco*, Maria do Céu Rueff (coord), Universidade Lusíada Editora, 2013, pp. 33-48. V., ainda, FIDALGO, Sónia, Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, *passim*.

⁴³² Sobre a responsabilidade civil em matéria de planeamento familiar, da medicina materno-fetal, diagnóstico pré-natal, PMA (incluindo do DGPI), v. MANSO, Luís Duarte Batista, *Responsabilidade civil médica nos cuidados de saúde reprodutiva. A ginecologia-obstetrícia. Os deveres de informação e documentação profissional*, Tese de doutoramento, FDUC, 2014, *passim*.

⁴³³ Uma análise clássica da responsabilidade médica em Portugal pode ver-se FIGUEIREDO DIAS, Jorge / SINDE MONTEIRO, Jorge, “Responsabilidade médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 332 (Jan.1984), pp. 21-79.

⁴³⁴ Cfr. NESBIT, Carleigh / BLANCHETTE PORTER, Misty / ESFANDIARI, Navid, “Catastrophic Human Error in Assisted Reproductive Technologies”, in *Journal of Patient Safety*, November 16, 2020, Volume Publish Ahead of Print.

com a necessidade de enquadrar os melhores mecanismos que permitam sua prevenção e que concedam uma adequada reparação do dano, não se levantando, em matéria de reprodução medicamente assistida, cenários muito distintos dos que se colocam na responsabilidade médica em geral.

Não obstante, também se nota que, no plano dos danos, os problemas da responsabilidade médica são, na PMA, via de regra gravosos, pois tirando aqueles casos em que se invoca um dano não patrimonial associado, por exemplo, a uma pretensão reprodutora que não pôde concretizar-se, normalmente o dano repercute-se numa vida humana que vai desenvolver-se em termos que não eram os esperados (seja porque se utilizou material biológico não era dos beneficiários, seja porque a criança gerada nunca poderá conhecer as suas origens biológicas, seja porque o casal beneficiário terá de contar com a necessidade de educar crianças cujo nascimento não estava nos seus planos, ou com doenças muito graves que deveriam ter sido detectadas, isto para citar apenas alguns exemplos).

Tal não significa, necessariamente, que, em matéria de responsabilidade médica na PMA se torne necessária a adopção de *remédios específicos*, comparativamente ao quadro geral da responsabilidade médica, mas apenas que deverá ter-se algum cuidado adicional na adopção de medidas específicas de prevenção.

Percorrendo a literatura, percebe-se que é frequente a sugestão de implementação rigorosa e a adesão aos protocolos *específicos* de segurança, por exemplo, na manipulação gamética e embriológica, a adopção de cuidados com a equipa e treinos adequados de laboratório, bem como a implementação de novos métodos para rotulagem e rastreamento de amostras⁴³⁵.

Tal como noutras áreas da responsabilidade médica, também se considera de primordial importância criar mecanismos de preparação dos

⁴³⁵ Cfr. NESBIT, Carleigh / BLANCHETTE PORTER, Misty / ESFANDIARI, Navid, "Catastrophic Human Error (...)", *ob. cit.*

profissionais para a antecipação e prevenção do erro, sendo aconselhável a criação de mecanismos adequados de notificação de incidências ocorridas, com finalidades profiláticas⁴³⁶.

2. Tipologia de casos

Os casos mais frequentes de *erro* ou *negligência médica* na PMA podem ser categorizados, de forma não exaustiva, da seguinte forma⁴³⁷:

a) Casos de *property*: neles, os lesados invocam danos resultantes da destruição acidental do material biológico, normalmente já criopreservado (por má conservação ou errada aplicação da técnica), pela clínica, com a consequência de se verem impedidos de dar seguimento ao tratamento ou de concretizar o seu *projecto parental* (por exemplo, procedendo à transferência de embriões que aguardavam essa decisão);

b) Casos de *mix up* (ou de troca), por vezes acompanhados da *impossibilidade de conhecimento das origens genéticas*: nestas situações (que podem envolver, concomitantemente, problemas de *property*), os lesados alegam uma conduta médica que levou à confusão entre materiais biológicos à sua guarda; nos casos mais graves, a conduta dos médicos conduz ao nascimento de crianças não geneticamente ligadas aos beneficiários e sem possibilidade de conhecimento das origens genéticas;

c) Casos de *access to treatment*: neles, os lesados invocam uma conduta da clínica que lhes impede o acesso aos tratamentos de saúde, não obstante preencherem os requisitos legais ou regulamentares, sendo a recusa, por exemplo, motivada por considerações morais ou religiosas,

⁴³⁶ IDEM.

⁴³⁷ Cfr. KLEINFELD, Joshua, "Tort Law and in vitro Fertilization: The Need for Legal Recognition of "Procreative Injury"", in *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 1, Oct., 2005, pp. 237-245; FOX, Dov, in *Columbia Law Review*, Vol. 117, No. 1, Jan. 2017, pp. 149-241; LETTERIE, Gerard, "Outcomes of medical malpractice claims in assisted reproductive technology over a 10-year period from a single carrier", in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 2017, 34, (4), pp. 459-463; MULLIGAN, Andrea, "A vindicatory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction", in *Legal Studies*, 40 (1), pp. 55-76.

como a recusa de certas clínicas afectas a determinada confissão religiosa em inseminar mulheres que vivam em união de facto homossexual;

d) Casos de *wrongful birth*⁴³⁸: os lesados alegam danos decorrentes do nascimento não previsto (ou indesejado) de criança(s), em resultado da aplicação das técnicas de PMA, e, portanto, não abrangido pelo consentimento prestado (por exemplo, através da transferência de mais embriões do que aqueles cuja transferência foi consentida);

e) Erros de diagnóstico no *rastreio genético pré-implantatório*, ou no *diagnóstico genético pré-implantatório*: os lesados alegam danos resultantes, por exemplo, da não detecção de embriões aneuplóides ou com doenças genéticas, com a consequência de terem sido geradas crianças que padecem de doenças normalmente muito graves, o que era evitável^{439/440};

f) Casos de *consentimento informado*: os lesados invocam danos resultantes da deficiente obtenção do seu consentimento para a aplicação das técnicas de PMA, em consequência, por exemplo, da prestação de informação incompleta ou incorrecta, ou meramente reprodutora das normas legais aplicáveis, fazendo com que os beneficiários não conheçam de antemão todas as condições em que, ao longo do procedimento, os seus direitos de personalidade serão afectados.

⁴³⁸ Sobre o tema, por todos, v.: MOTA PINTO, Paulo, "Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life")", in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 7, 2007, pp. 5-26; GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful birth wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2014; RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 606-617; PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos pacientes (...)*, ob. cit., pp. 250-288; CORREIA, Vanessa, "Vida: dano indemnizável? A responsabilidade médica nas acções por Wrongful Birth e Wrongful Life", in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 175-205.

⁴³⁹ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 950-951.

⁴⁴⁰ MANSO, Luís Duarte Batista, "Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação: as acções de "wrongful birth" e "wrongful life" e o instituto da responsabilidade civil", in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 129-142.

3. Análise de casos, em Portugal e em Espanha

3.1 Caso do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015

O caso decidido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015 (Proc. 1262/08.0BEPRT)⁴⁴¹ respeitava à eliminação de material biológico criopreservado. O caso ocorreu em 1994, portanto, muito antes da vigência da Lei da PMA e da publicação da Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, que aditou àquela o artigo 16.º-A, que regula hoje a matéria.

O autor, na sequência da detecção de um tumor maligno no testículo, e antes de ser submetido a quimioterapia, por recomendação do médico que o acompanhava, procedeu à recolha de esperma para criopreservação, em 24/10/1994, no Serviço de Genética Médica da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto⁴⁴².

Em 11/07/2005, o autor pretendeu iniciar um procedimento de PMA, com o esperma criopreservado. Em 2006, solicitou, por escrito, ao Serviço, informação sobre o estado das amostras criopreservadas, tendo sido informado de que as amostras haviam sido destruídas em 07/06/2005 (portanto, mais de dez anos após a colheita).

Provou-se, no processo, que o procedimento normal do Serviço de Genética Médica, aquando da recolha de esperma para criopreservação, levava a informar os utentes de que a criopreservação era garantida por um período máximo de cinco anos e de que, no fim desse prazo, deveriam contactar pessoalmente o Serviço de Genética, reiterando a sua vontade na manutenção da preservação. Tal não sendo feito, as amostras seriam destruídas⁴⁴³.

⁴⁴¹ Disponível em www.dgsi.pt

⁴⁴² Ficaram congelados dez tubos, com o n.º 109.

⁴⁴³ Não ficou provado que o Serviço se comprometeu a guardar e preservar o esperma recolhido ao autor por tempo indeterminado, até à sua utilização por este.

O Tribunal entendeu que, “quanto à destruição de amostras criopreservadas, objectivamente considerada, mostra-se de ocorrência admissível, não denotando desarmonia com o imperativo legal, em face do regime legal decorrente do Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de Setembro, e, na ausência de específica regulamentação soberana, do procedimento fixado pelos próprios serviços do” Serviço de Genética⁴⁴⁴.

Porém, considerou o Tribunal que, não tendo ficado provado que o autor havia sido informado do prazo de cinco anos para a preservação do material biológico, e da necessidade de reiteração, junto do Serviço de Genética, da sua vontade na manutenção da criopreservação das amostras, ocorreu uma violação da respectiva norma procedimental, criada pelo próprio serviço, o que constitui facto ilícito violador do direito do autor a ser informado daqueles termos e cominação.

Não obstante, o Tribunal considerou que o Serviço de Genética e o respectivo Director agiram sem culpa: num quadro de parca normatividade reguladora, entendeu o STA que aqueles cumpriram um protocolo que previa a destruição, em cinco anos, mas tendo-se até efectuado essa eliminação mais de 10 anos passados. Assim, o Tribunal julgou improcedente a acção.

Entendemos, porém, que o Tribunal deveria ter chegado ao mesmo resultado (o da improcedência da acção), mas por falhar logo o pressuposto da *ilicitude*.

O Tribunal entendeu que o Serviço de Genética e o seu Director, em face da inexistência de regulação (legal ou de pendor administrativo), se auto-vincularam a um procedimento, que passava pela conservação do material biológico por 5 anos, que apenas seriam prorrogados caso ocorresse renovação da manifestação de vontade de criopreservação dos beneficiários. O Tribunal entendeu, ainda, que essa auto-vinculação

⁴⁴⁴ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015 (Proc. 1262/08.0BEPRT), disponível em www.dgsi.pt.

comportava a informação prévia aos beneficiários das condições de criopreservação.

Consideramos exagerado este entendimento do Tribunal, que viu num procedimento-regra informal, que não resultava de qualquer normativo legal ou administrativo, uma vinculatividade forte, ao ponto de dela extrair (muitos anos depois e noutro ambiente normativo, já consolidado) a ilicitude da conduta dos réus.

Desde logo, considerar esta força auto-vinculante de um procedimento em matéria de PMA, reportada a um caso que ocorreu em 1994 e, portanto, nos primórdios das técnicas, corresponde (e ainda que o Tribunal considere estar a fazer o oposto), a *olhar para um caso antigo, com olhos modernos*.

Em 1994, a PMA estava ainda a dar os primeiros passos, beneficiando de uma regulamentação jurídica inexistente e incipiente (em todo o Mundo, diga-se). Mais de vinte anos depois, em 2015 (data do Acórdão) ninguém duvidava da necessidade de estarem regulados e comunicados todos os termos relativos à criopreservação, mas tal não ocorria em 1994.

Assim, considerar que uma regra de boa prática médica é a “*lei do caso*”, ao tempo em que os interessados não poderiam contar com essa regulação, é, pensamos, um passo exagerado.

Porém, note-se, nem foi exactamente neste ponto que o Tribunal detectou a ilicitude. Ela resultou da circunstância de os réus não terem conseguido provar terem informado o autor dos termos e prazo de criopreservação.

Ora, também esta obrigação de informação não resultava à data, de qualquer regulamentação oficial, pelo que, se não concordamos com a não atribuição à boa conduta do serviço o carácter vinculativo, muito menos deveria dar-se essa natureza ao suposto dever de informação (à data dos factos).

GUILHERME DE OLIVEIRA e ANDRÉ DIAS PEREIRA, num estudo sobre o caso⁴⁴⁵, consideraram, acertadamente que *“em 1994, portanto, não havia uma prática nem de informação escrita, nem de consentimento escrito, nem de registo no processo clínico do consentimento informado. Não havia nem essa prática, nem esse dever jurídico, pois nem a lei o exigia, nem as normas profissionais, nem o Código Deontológico da Ordem dos Médicos de 1985, apontavam nesse sentido”*.

E não se diga que a informação poderia (deveria) ter sido verbal, o que os réus não conseguiram provar, pois, mais uma vez, não se vislumbra a fonte desse dever informativo, qualquer que fosse a sua forma.

Ainda que ele existisse, o juízo do Tribunal não se furta à crítica de algum exagero (no seu juízo que considerou verificado o pressuposto da ilicitude), pois em 1994, as preocupações dos envolvidos na PMA (médicos e pacientes) não se centravam em questões como aquelas de que o Acórdão tratou, pois a criopreservação de esperma era uma técnica ainda pioneira, faltando a consciência dos envolvidos sobre o verdadeiro alcance dos direitos e problemas em torno da preservação de material biológico para efeitos de reprodução.

3.2 Dois casos espanhóis

Merecem referência, no contexto da matéria que agora nos ocupa, dois casos ocorridos em Espanha.

No primeiro caso, uma criança, gerada na sequência da aplicação da FIV com óvulo de doador (anónimo) e esperma do marido da beneficiária, nasceu com hemofilia, razão pela qual os pais intentaram uma acção contra a clínica, solicitando o pagamento de uma indemnização, alegando ter havido negligência na selecção do ovócito da doadora.

⁴⁴⁵ Texto inédito, cedido pelos Autores.

O Tribunal de Valência (*Audiencia Provincial de Valencia*), numa decisão de 30 de março de 2016 (recurso n.º 764/2015)⁴⁴⁶, negou que a clínica tivesse sido negligente na selecção do óvulo, por não haver histórico de hemofilia, nem na doadora, nem em sua família, razão pela qual não fora necessária a realização de testes genéticos específicos. No entanto, entendeu a que a informação, prestada aos autores, ao abrigo do artigo 5.6 da *Ley 14/2006, de 26 de mayo*⁴⁴⁷ foi insuficiente, pois correspondeu a uma mera reprodução literal da lei, quanto ao conteúdo que o protocolo obrigatório deve ter para assegurar o correcto estado psicofísico do doador.

Entendeu o Tribunal que, quem lê o referido consentimento informado deduz que foram realizados todos os testes necessários para descobrir e excluir doenças genéticas, hereditárias ou infecciosas transmissíveis à descendência que possam ser detectadas de acordo com o estado da ciência e, especificamente, no caso presente, a hemofilia, que como outras, já é perfeitamente detectável.

Em face desse entendimento, condenou a clínica a pagar €100.000 a título de danos não patrimoniais a cada um dos pais, e €200.000 ao filho hemofílico⁴⁴⁸.

Neste caso, como vimos, o tribunal considerou não existir verdadeiramente má prática, isto é, não considerou ter sido realizado deficientemente um *diagnóstico pré-implantatório*. Ao contrário, foi

⁴⁴⁶ Disponível em www.poderjudicial.es.

⁴⁴⁷ A norma tem o seguinte teor: “*Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas*”.

⁴⁴⁸ SALES, Lorena, “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, p. 120.

considerado que, tendo em conta a situação concreta da dadora, não se justificava, de acordo com as *leges artis*, a realização de um rastreio que permitisse descartar a possibilidade de transmissão de doença na sequência da dádiva do ovócito.

Este caso está, portanto, situado no específico problema do consentimento para as técnicas de PMA e, concretamente, do consentimento para a utilização, pelo casal beneficiário, do ovócito de dadora. A clínica apresentou aos beneficiários um formulário que se limitava a reproduzir a lei, e essa informação meramente reprodutiva dos documentos legais não pode ser considerada suficiente para que se dê por prestado o *consentimento informado* pelo casal beneficiário.

O carácter particularmente complexo das técnicas de PMA exige às clínicas, no momento da obtenção do *consentimento informado* dos envolvidos, especiais cuidados, no que diz respeito à linguagem a utilizar e à informação sobre a amplitude das consequências dos tratamentos a que aqueles vão ser sujeitos. Meras reproduções dos textos legislativos, sem enquadramento, e sem explicações em linguagem clara, equivale a *não informação*. O consentimento assim prestado por beneficiários, que se encontram numa situação objectiva de fragilidade, resultante da ansiedade de gerar uma criança no contexto da PMA, não pode ter se por informado.

No segundo caso, um casal, em união de facto, recorreu à PMA homóloga, tendo gerado dois gémeos. Porém, após o nascimento, detectou-se que estes não eram filhos biológicos do elemento masculino, mas sim de um dador anónimo.

O Tribunal de Las Palmas (*Audiencia Provincial de Las Palmas*), numa decisão de 16 de Maio de 2016 (Recurso 461/2013)⁴⁴⁹, condenou a clínica a indemnizar os danos patrimoniais (perda do direito a alimentos) e não patrimoniais sofridos pelos filhos, em consequência da impossibilidade de

⁴⁴⁹ Disponível em www.poderjudicial.es.

identificar o pai e conhecer as suas origens biológicas (€120.000 euros a cada um deles, pelos dois tipos de danos), bem como o dano não patrimonial sofrido pela mãe, que consiste na afectação pessoal e no impacto na sua vida por ter que assumir sozinha a educação dos filhos, e no sentimento de angústia por não saber a identidade do pai dos filhos (€75.000 euros)⁴⁵⁰.

Em Portugal, a Lei da PMA determina, para este tipo de casos, no n.º 4 do artigo 20.º, que “*o estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado*”.

Assim, o marido que presta o seu consentimento, na previsão de que o seu material biológico vai ser utilizado, não é legalmente obrigado a manter o vínculo jurídico com a criança, o que sucederia, compreensivelmente, caso tivesse consentido em técnica heteróloga⁴⁵¹.

Para além disso, o caso é interessante na medida em que, à semelhança do que ocorre, por exemplo, em casos de responsabilidade na PMA nos EUA, o tribunal quantifica o dano não patrimonial resultante da circunstância de a criança gerada com recurso ao material biológico utilizado nunca poder conhecer a sua identidade genética. Trata-se, pois, de um dano resultante da violação do *direito ao conhecimento das origens genéticas*.

Estes casos de troca do material biológico, impedindo a identificação da origem no material genético utilizado e, portanto, do dador de onde provém, são particularmente graves.

⁴⁵⁰ Analisando o caso, v. SALES, Lorena, “La dignidade (...)”, *ob. cit.*, pp. 113-114.

⁴⁵¹ Em Espanha, a *Asociación de Profesores de Derecho Civil* elaborou, em 2017/2018, uma *Propuesta de Código Civil* que continha uma norma destinada a resolver a determinação da filiação nos casos de troca de embriões (artigo 223-2, n.º 3): “*En caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga, queda determinada la maternidad de la madre gestante. Si esta pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento*” (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Editorial Tecnos, 2018, p. 393).

Ser-se gerado com recurso a um dador no regime do anonimato constitui um problema para o *direito ao conhecimento das origens genéticas*.

Ser-se gerado com recurso a gametas de dador e, por responsabilidade da clínica, jamais poder aceder à identidade do dador, corresponde a uma tal qualificação na violação do referido direito, que se agravam para níveis exacerbados os danos sentidos pelo lesado. Assim, se algum comentário adicional nos merece a sentença proferida, ele reporta-se ao carácter relativamente exíguo do montante indemnizatório arbitrado.

§ 6 – PMA post mortem

1. A tendencial proibição da PMA *post mortem*

Constituiu sempre um ponto problemático, na PMA, a eventual admissibilidade da inseminação *post mortem*, da fecundação *in vitro post mortem*, e da transferência de embriões *post mortem*^{452/453}.

Ficou famoso o caso *Parpalaix*^{454/455}, ocorrido na França em 1984. Corinne Parpalaix cujo marido, doente de cancro, havia depositado o seu esperma numa clínica (CECOS) de Bicêtre, pretendia ser inseminada após a morte do cônjuge, em 1983, mas a clínica recusou aplicar a técnica. Por decisão de 1 de Agosto de 1984, o Tribunal de Grande Instância de Créteil reconheceu o seu direito à utilização desses gâmetas.

Como lembra PAULA MARTINHO DA SILVA, a discussão em juízo girou em torno da qualificação a atribuir ao esperma depositado: se uma simples secreção (pelo que o contrato celebrado com o CECOS seria de depósito), ou uma parte do corpo humano.

O Tribunal “concluiu que o marido, ao depositar o seu esperma no banco e ao requerer o seu congelamento, constituíra a vontade formal de dar à mulher a possibilidade de esta poder vir a conceber uma criança comum. Comportaria por isso para o CECOS a obrigação, não só de conservação, mas igualmente a de restituição ao dador ou a entrega a quem o esperma era destinado”^{456/457}.

⁴⁵² CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos familiares (...)”, *ob. cit.*, pp. 360 e 361.

⁴⁵³ Sobre a abertura à inseminação *post mortem* por força da maior aceitabilidade da monoparentalidade, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações (...)”, *ob. cit.*, p. 775.

⁴⁵⁴ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, “A inseminação artificial (...)”, *ob. cit.*, n.º 3846, p. 267 e ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida (...)*, *ob. cit.*, p. 50.

⁴⁵⁵ Sobre o caso, v., também, SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, pp. 115-116.

⁴⁵⁶ SILVA, Paula Martinho da, “A Procriação (...)”, *ob. cit.*, pp. 30 e 32).

⁴⁵⁷ Sobre o ponto pode ver-se, também, BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, “Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial *post-mortem*”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano 7, tomo 2, 1999, pp. 21-24.

Também ficou célebre o *caso Blood*, que se passou, em parte, na Inglaterra, em parte na Bélgica^{458/459}. O caso respeitava a dois jovens que casaram em 1991 e que em 1994 tiveram um filho. Em Março de 1995, o marido morreu vítima de meningite, e, no período em que este esteve inconsciente, com a ajuda de um médico, a Sr.^a Blood conseguiu recolher esperma, que foi depositado num estabelecimento autorizado da Inglaterra.

Porém, o seu pedido para ser inseminada foi recusado pelos médicos ingleses, que decidiram aplicar as regras definidas pela HFEA. Não convencida, a Sr.^a Blood decidiu invocar o *projecto parental* para contornar o problema de necessidade de consentimento do dador de esperma e, em seguida, clamou pela aplicabilidade directa de certas disposições de direito da União Europeia. Deslocou-se até à Bélgica e invocou o princípio do direito europeu da *livre prestação de serviços* para ver reconhecido o seu direito ao tratamento desejado. Por último, para conseguir fazer chegar o esperma à Bélgica, invocou o princípio da *livre circulação de mercadorias*⁴⁶⁰.

A verdade é que, logo em 1989, o Comité *ad hoc* de peritos em ciências biomédicas (CAHBI) do Conselho da Europa estipulava, como um dos princípios fundamentais da regulamentação das técnicas, a proibição da inseminação *post mortem*.

⁴⁵⁸ Trata-se, como refere JAQUELINE FLAUSS-DIEM, de um caso que demonstra o malogro em que a intervenção legislativa em matéria de procriação assistida se pode transformar, mas mostra também como a realidade vai mais além do que as hipóteses normativas e como a vontade pode desafiar as normas impostas (FLAUSS-DIEM, Jacqueline, "Insémination Post Mortem, Droit Anglais et Droit Communautaire", in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Droit Comparé des Personnes et de la Famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998).

⁴⁵⁹ Analisando o caso, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 117.

⁴⁶⁰ Apresentando dois casos ocorridos no Brasil, v. DANTAS, Eduardo / RAPOSO, Vera Lúcia, "Legal aspects of *post-mortem* reproduction: a comparative perspective of French, Brazilian and Portuguese legal systems", in *Medicine and Law*, 2012, Jun., 31(2), pp. 182-183.

O CNECV, no seu parecer de 1993 (Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)⁴⁶¹, considerou ser de excluir a inseminação *post mortem*⁴⁶².

Pouco tempo antes, na Alemanha, a *Embryonenschutzgesetz*, de 13 de Dezembro de 1990, passou a proibir a fertilização *post mortem* (§ 4, (1) 3), regra que se mantém⁴⁶³.

Na França, o *Code de La Santé Publique* também proíbe a inseminação *post mortem*.

Já em Espanha, a *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, determina, quanto à inseminação *post mortem*, que o marido poderá consentir, em escritura pública ou testamento, que o seu material reprodutor possa ser utilizado, nos 12 meses seguintes ao seu falecimento, para fecundar a sua mulher.

No Reino Unido também se encontra, nesta matéria, uma abertura, pois o *HFE Act* foi objecto de uma alteração em 2000 (*Human Fertilisation and Embryology (Amendment) Act 2000*), no sentido de permitir o estabelecimento da paternidade relativamente a homem já falecido nos casos inseminação *post mortem* (desde que, à data da morte, esse homem estivesse casado ou vivesse maritalmente com a beneficiária).

No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168, de 21 de Setembro de 2017, estipula (no ponto VIII) que “*é permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente*”⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Disponível em www.cneqv.pt.

⁴⁶² Manifestando-se em sentido contrário à PMA *post mortem*, embora aceitando a transferência de embrião nesse contexto, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...), ob. cit.*, pp. 118-120.

⁴⁶³ Sendo a conduta sancionada com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

⁴⁶⁴ Problematizando as consequências da solução, v. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva, “Controle do Material Genético Doador e Destino dos Embriões Excedentários na Reprodução Assistida: Reflexos no Direito de Família e das Sucessões”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 11-12.

Em Portugal, antes mesmo da publicação da Lei da PMA, a PMA *post mortem* era admitida no Decreto n.º 415/VII, de 1999⁴⁶⁵, nos casos em que o marido ou o homem com quem a mulher a inseminar vivesse em união de facto consentisse na inseminação ou fecundação e estas tivessem lugar nos três meses seguintes ao falecimento. Esse Decreto, porém, acabaria vetado pelo Presidente da República, a 30 de Julho de 1999^{466/467}.

Na Lei da PMA, desde a versão originária, a *inseminação e fecundação post mortem* são proibidas pelos artigos 22.º e 26.º, admitindo-se, porém, “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*” (art. 22.º, n.º 3)^{468/469/470}.

Caso a proibição seja violada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido, salvo se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que tenha dado o seu consentimento a tal acto⁴⁷¹, caso em que

⁴⁶⁵ Publicado no *Diário da Assembleia da República*, II série - A, n.º 80, de 16 de Junho de 1999.

⁴⁶⁶ Relativamente à Proposta n.º 135/VII, que deu origem ao Decreto, apresentava diferenças importantes. Uma delas era, precisamente, a admissibilidade da inseminação *post mortem*.

⁴⁶⁷ ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 25.

⁴⁶⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO considera assaz lacunosa a Lei da PMA no que respeita às implicações sucessória nos casos de transferência de embriões *post mortem* (PINHEIRO, Jorge Duarte, “A necessidade (...)”, *ob. cit.*, pp. 210-221).

⁴⁶⁹ ANDRÉ DIAS PEREIRA rejeita a ideia da existência, nesta sede, de um *projecto parental*, expressão que entende designar, abusivamente, um *desejo da viúva* (PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos pacientes (...)*, *ob. cit.*, p. 363).

⁴⁷⁰ Na perspectiva do marido falecido, estamos perante uma manifestação moderna do problema da personalidade humana *post mortem* (v. SOUSA, Rabindranath A. Capelo de, *O Direito Geral (...)*, *ob. cit.*, pp. 188-198).

⁴⁷¹ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 36.

se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil, ou seja, não podendo ele impugnar essa paternidade ^{472/473/474}.

O n.º 2 do artigo 22.º da Lei da PMA determina mesmo que “*o sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen*”.

Este regime da PMA *post mortem* sempre apresentou uma incongruência de difícil explicação.

Como vimos, o artigo 23.º n.º 2 da Lei da PMA consagra uma excepção, nos casos de violação da proibição, quanto à determinação da paternidade⁴⁷⁵.

⁴⁷² Cfr. artigo 23.º da Lei da PMA.

⁴⁷³ Olhando para os trabalhos preparatórios, constata-se que, em sentido diverso àquele que ficou consagrado, o *Projecto PCP* aceitava, expressamente, a inseminação e fecundação *in vitro post mortem*, desde que ocorresse no ano posterior à data do falecimento. Assim sendo, “*após a morte do marido ou do homem com quem a mulher vivia em união de facto, e ainda que não exista consentimento por escrito do falecido para o acto de inseminação, a mulher pode ser inseminada com sémen do mesmo, recolhido com vista a futura inseminação durante a coabitação, ou até ao termo das 24 horas após o falecimento; porém, neste último caso apenas se existir um projecto parental apreciado pela Comissão Nacional de Reprodução Medicamente Assistida, que decidirá*” (art. 20.º).

⁴⁷⁴ Sobre algumas das questões sucessórias que podem colocar-se, nesta sede, v. SILVA, Paula Martinho da, “A Procriação (...)”, *ob. cit.*, pp. 33-35. A Autora pergunta: “*Será que uma criança nascida após a morte de seu pai tem o direito a lhe suceder, atendendo que o momento da abertura da sucessão é o da morte do autor (art.º 2031.º do Código Civil Português)? E, por outro lado, podendo do ponto de vista científico o esperma ser conservado congelado, quase indefinidamente, deverão os herdeiros virtuais do falecido esperar durante anos pela abertura de uma sucessão em função de uma criança ainda não concebida? Que imbróglio poderia gerar a possibilidade de sucessão a seus pais de crianças provenientes de esperma (e embriões) congelados e armazenados, quiçá esquecidos e nunca utilizados, estando em causa uma fortuna considerável! E no caso de em testamento o pai deixar a sua quota disponível ao filho mais velho, caso exista um filho vivo, qual o feliz herdeiro de tal herança partindo do pressuposto que o embrião tivesse sido fertilizado antes do nascimento do primogénito? Qual dos dois seria o mais velho? O primeiro a nascer ou o primeiro a ser concebido?*” (IDEM). V. ainda, sobre o ponto, CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos familiares (...)”, *ob. cit.*, pp. 360-361; PINHEIRO, Jorge Duarte, “*Direito da Família e das sucessões*”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. II, 2005, p. 61; ASCENSÃO, Oliveira, “Procriação assistida e Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, 2000, pp. 672-673 e VARELA, João de Matos Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, *ob. cit.*, pp. 625 e ss..

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, *ob. cit.*, p. 252.

Nesses casos, em que a proibição foi violada, o n.º 1 do artigo determina que a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. Porém, o n.º 2 admite que a solução não seja essa, se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos 2 anos em união de facto com um homem que deu o seu consentimento para o acto, leia-se para a inseminação com sémen do seu (anterior) marido ou companheiro falecido.

A perplexidade resulta da circunstância de a lei, aparentemente, admitir a prestação de um *consentimento válido* para um *acto ilícito*: esse novo marido ou companheiro da beneficiária estaria a dar um consentimento, do qual se retirariam todos os efeitos, incluindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, sendo certo que o regime proíbe a inseminação da mulher com sémen do falecido.

Cabe, pois, perguntar qual a intenção do legislador: a) tornar lícita a inseminação da beneficiária com sémen do falecido, se tal for consentido pelo seu novo marido ou companheiro?; b) admitir que a ilicitude de inseminação ilegal seja convalidada pelo consentimento desse marido ou companheiro?

A primeira hipótese não deixa de se apresentar extremamente gravosa na medida em que, ao arrepio da vontade do primitivo marido ou companheiro da beneficiária (que com ela construiu um *projecto parental* que justificou a conservação daquele material biológico), admitir-se-ia que um terceiro prestasse um consentimento para a utilização desse material, como se fosse seu. Este resultado não pode deixar de constituir uma verdadeira usurpação de material biológico criopreservado, pelo que o legislador deveria ter tido aqui maiores cautelas.

A segunda hipótese também não é anódina, pois parece conceder à teoria do *benefício do infractor*. Tendo ocorrido a ilegalidade consubstanciada na utilização do material biológico ao arrepio da proibição legal, permitir-se-ia a colocação de um *manto sobre o ocorrido*, com o

argumento de que a situação é pouco grave, na medida em que o novo companheiro da mulher inseminada até consentiu no acto.

Porém, ainda nesta hipótese, cabe perguntar: tendo sido prestado um consentimento para acto ilícito, onde e como o mesmo foi prestado? Junto de que entidade? Esse consentimento pode considerar-se tendo sido prestado antes da aplicação da técnica, indiciando uma situação de *dolo*? Ou apenas pode ser considerado nos casos em que tenha havido *mera negligência*?

Deveria ter sido consagrado, pensamos, para os casos em que, dolosa ou negligentemente, se utilizou o sémen do marido ou companheiro falecido, a solução de estabelecimento da paternidade relativamente a este, na medida em que tal corresponde, aliás, ao critério biologista.

A admissão da existência de um consentimento por parte de um novo marido ou companheiro, e o estabelecimento do vínculo de paternidade a partir desse consentimento, constituem, pensamos, uma clara violação dos direitos de personalidade do marido ou companheiro falecido.

Acresce que a solução legal apresenta-se tributária de um desequilíbrio imenso, na medida em que o legislador não reconhece, *prima facie*, um *projecto parental* estabelecido entre a beneficiária e o marido ou companheiro falecido, para dele retirar o estabelecimento do vínculo de filiação, e, até antes disso, para permitir a técnica (por muito que esse *projecto parental* seja inequívoco, expresso e documentado), mas admite, com toda a facilidade, e com base num consentimento envolto nas maiores desconfianças, o estabelecimento de uma filiação totalmente contra-biologista.

Uma nota adicional merece a circunstância de a lei ainda se referir, no n.º 2 do artigo 23.º, a um período de duração de dois anos da união de facto, sendo certo que a relevância da exigência desse período não pode ser

hoje a mesma, depois das alterações legislativas de 2016, como vimos *supra*⁴⁷⁶.

2. Propostas de alterações à lei em matéria de PMA *post mortem*

2.1. Projectos de alteração da Lei da PMA

O regime vertido na versão originária da Lei da PMA, que se manteve em relativa tranquilidade durante 10 anos, passou a ser alvo de controvérsia quando, em 2016, se alargou o leque de possíveis beneficiários, admitindo-se o recurso à PMA às mulheres, isoladamente, ou seja, fora do contexto do casamento ou união de facto.

O paradoxo passou, assim, a resultar da circunstância de uma mulher, por si só, poder beneficiar da PMA, com recurso a gâmeta de dador (cuja identidade pode, hoje, ser conhecida), mas não poder utilizar, por força das disposições referidas, os gâmetas masculinos eventualmente criopreservados do marido falecido, ainda que exista um manifesto e expresso *projecto parental*⁴⁷⁷.

As contradições do regime foram reveladas à sociedade portuguesa pelo caso *Ângela e Hugo*, objecto de grande debate público em 2019 e 2020.

O casal pretendia ter um filho, mas Hugo foi diagnosticado, pela segunda vez, com cancro. Não obstante, Hugo, de 29 anos, manifestou querer cumprir o sonho de ser pai e autorizou a mulher a fazer uma inseminação artificial. O material genético foi recolhido, mas Hugo faleceu no dia 25 de Março de 2019, apenas 12 horas depois de ter casado com Ângela, no Hospital São João, no Porto, sem que esta tivesse sido inseminada.

Confrontada com a proibição da lei, que a impedia de realizar a desejada técnica, Ângela iniciou um movimento cívico que conduziu à

⁴⁷⁶ Cap. II § 1, 1.2.4.

⁴⁷⁷ Cfr., no mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual (...)*, *ob. cit.*, p. 465.

apresentação de uma iniciativa legislativa, junto da Assembleia da República, solicitando a alteração da Lei da PMA, no sentido de esta permitir a PMA *post mortem*.

A essa iniciativa associaram-se as de alguns partidos políticos.

Assim, no dia 23 de Outubro de 2020, foram aprovados na Assembleia da República, na generalidade, quatro Projectos de Lei⁴⁷⁸, prevendo, na existência de um *projecto parental*, por escrito, o recurso à PMA (inseminação ou transferência de embrião) pela mulher, no caso de ocorrer a morte do marido ou do homem com quem a esta viva em união de facto, admitindo, ainda, o recurso à PMA *post mortem* nos casos em que, em face de diagnóstico de esterilidade, o sémen é recolhido com o propósito de ser usado para inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem vive em união de facto, e este vier a falecer no decurso do período estabelecido para a conservação do sémen. Três dos Projectos admitiam a aplicação retroactiva das alterações, ou seja, a sua aplicação às situações que, tendo ocorrido em momento anterior ao da entrada em vigor, contavam com um *projecto parental*, por escrito, previamente definido.

Esta aplicação da lei com efeitos retroativos é, como sabemos, relativamente rara no Direito, mas não é proibida, pois o artigo 12.º, n.º 1 do Código Civil, na segunda parte, admite-a.

No caso das alterações relativas à PMA *post mortem*, não temos dúvida de que a proposta de aplicação retroactiva se destina a dar resposta ao impacto social que o caso *Ângela e Hugo* teve.

Não sendo curial, em regra, legislar a partir do caso concreto, na busca do acerto da solução deve sobretudo pensar-se se seria adequado, não estando em causa interesses de terceiros que pudessem ser prejudicados pela alteração da lei (invocando, designadamente, confiança na solução legislativa oferecida até então), oferecer a duas situações totalmente

⁴⁷⁸ Projecto de Lei 572/XIV/2 (PCP), Projecto de Lei 214/XIV/1 (iniciativa de cidadãos), Projecto de Lei 223/XIV/1 (PS) e Projecto de Lei 237/XIV/1 (BE) (disponíveis em www.parlamento.pt).

assimiláveis, em matéria de pressupostos, um tratamento diferenciado, só pelo facto se distanciarem no tempo.

À partida, não se vislumbraria gravidade numa alteração legislativa que permitisse abranger, reunidos os pressupostos legalmente estipulados, situações de PMA *post mortem* ocorridas antes da entrada em vigor das alterações legislativas.

Porém, por um lado, o ponto não deixa de ser problemático na medida em que, em matéria de PMA *post mortem*, é normalmente defendido um limite temporal para a utilização do material biológico criopreservado.

A aplicação retroactiva das alterações relativas poderia significar a abolição completa dessa boa regra, permitindo-se, em tese, a inseminação *post mortem* vários anos após o falecimento do membro do casal beneficiário de quem foi recolhido o material biológico que vai ser utilizado.

Por outro lado, para a PMA *post mortem*, será sempre necessário contar com um consentimento do elemento do casal beneficiário entretanto falecido, abrangendo o *projecto parental* em causa. Porém, num cenário de alteração legislativa, como o que agora tratamos, esse consentimento nunca pode ter tido em consideração o novo enquadramento legal entretanto desenhado para a PMA *post mortem*, sobretudo se este vier acompanhado de um regime sucessório inovador, pelo que o problema da actualidade do consentimento pode ser, nesta sede, inultrapassável.

Tidas em conta estas dificuldades, e considerando-se preponderante o interesse de enquadrar situações pendentes⁴⁷⁹, a solução poderia passar pela criação de um regime transitório que alargasse, para esses casos (que serão reduzidos) um prazo mais lato para a utilização do sémén criopreservado.

⁴⁷⁹ Tendo em conta, sobretudo, que está em causa corrigir uma incongruência legislativa que começou em 2016.

Caso contrário, também seria estranho que situações que, pela sua especificidade tivessem determinado directamente a alteração da lei, acabassem por não ter a mínima possibilidade de beneficiar do novo regime.

Definir a medida deste prazo mais alargado para a aplicação retroactiva da PMA *post mortem* será, todavia, aspecto de considerável complexidade, por ser difícil determinar com precisão (em geral e abstracto) quando já se ultrapassou a medida do razoável.

Nesse sentido, será até de equacionar a previsão, nesse regime transitório, ao invés de um *dies a quo* preclusivo, a intervenção casuística do tribunal ou do CNPMA para a autorização da técnica.

2.2. Os pareceres negativos

O CNECV, no seu Parecer 112/CNECV/2020⁴⁸⁰, analisando dois dos Projectos⁴⁸¹, pronunciou-se desfavoravelmente às alterações propostas, não aceitando o argumento que estabelece uma comparação entre o acesso à PMA pelas mulheres isoladamente, e o recurso à PMA *post mortem* pela mulher sobrevivente, até porque, para o CNECV, *“o alargamento do acesso às técnicas traz consigo um empobrecimento da matriz cultural da família e a desvalorização do impacto que tem sobre o desenvolvimento da criança”*⁴⁸². Também não considera aceitável a equiparação que os projectos fazem entre gâmetas e embriões.

Na sua declaração de voto (vencido)⁴⁸³, ANDRÉ DIAS PEREIRA considera que *“mantendo-se o paradigma, em vigor desde 2016, que tem por adequada a procriação por parte de uma mulher, não vejo como justificada e proporcional e proibição da inseminação post-mortem”*, pois *“nesta forma de acesso à procriação por parte de uma mulher (sem parceiro(a)), garante-se,*

⁴⁸⁰ Disponível em www.cneqv.pt.

⁴⁸¹ O Projecto de Lei 223/XIV/1 (PS) e o Projecto de Lei 237/XIV/1 (BE).

⁴⁸² Parecer 112/CNECV/2020, p. 7.

⁴⁸³ Disponível em www.cneqv.pt.

pelo menos, que a criança nasce com duas linhas familiares, tendo o benefício de poder (provavelmente) contar com avós, tios, primos e irmãos”.

O CNPMA em parecer emitido sobre três dos projectos⁴⁸⁴, considerou ser *“conveniente a criação de duas disposições autónomas na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, uma relativa à transferência post mortem de embrião e outra à post mortem de espermatozoides criopreservados para a realização de inseminação artificial”*⁴⁸⁵, e, bem assim, que *“deve ser legalmente estabelecido quer um prazo mínimo, quer um prazo máximo, de reflexão para efeitos de utilização post mortem dos embriões ou espermatozoides”*⁴⁸⁶.

No entendimento do CNPMA, *“o prazo mínimo deverá assegurar que a decisão da beneficiária não é tomada em contexto de luto e de profunda dor, decorrente da morte do marido ou do companheiro, que não lhe permitam tomar uma decisão existencialmente livre, não fortemente condicionada pelo desgosto que sente”, e “o prazo máximo é essencial para que se possa concluir a sucessão, aberta por morte do beneficiário, o que implica que, em princípio, sejam conhecidos quem e quantos são os seus possíveis sucessíveis num futuro próximo após a sua morte. Um prazo excessivamente longo poderia criar incerteza jurídica prejudicial ao normal funcionamento da sociedade, em termos de gestão patrimonial”*⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Parecer sobre os Projectos de Lei n.º 214/XIV/1 (Cidadãos), n.º 223/XIV/1 (PS) e n.º 237/XIV/1 (BE), que propõem a alteração da redacção dos artigos 22.º (“inseminação *post mortem*”) e 23.º (“paternidade”) da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização das técnicas de PMA, disponível em www.parlamento.pt.

⁴⁸⁵ Parecer sobre os Projectos, *cit.*, p. 3.

⁴⁸⁶ Parecer sobre os Projectos, *cit.*, p. 4.

⁴⁸⁷ IDEM. Para o CNPMA, o prazo de três anos, legalmente previsto para a concretização de um projecto parental em vida, no artigo 25.º (“Destino dos embriões”), poderia também ser adoptado no âmbito da concretização *post mortem* de um *projecto parental*. O CNPMA alerta, ainda, a Assembleia da República para a necessidade de definição de um número máximo de tentativas de engravidar da beneficiária através do recurso aos espermatozoides do beneficiário entretanto falecido, e manifesta-se contrário à aplicação retroactiva das alterações propostas. Por último, o CNPMA *“manifesta a sua séria preocupação e reservas perante os possíveis efeitos decorrentes de uma alteração legislativa no sentido proposto e salienta a importância de se proceder, com brevidade, a uma avaliação ético-jurídica global da legislação vigente em matéria de PMA”* (p. 6).

2.3. O Decreto n.º 128/XIV, de 25 de Março de 2021 e o veto presidencial

No dia 25 de Março de 2021, a Assembleia da República aprovou o Decreto n.º 128/XIV⁴⁸⁸, que visava alterar o artigo 22.º e 23.º da Lei da PMA, aditando-lhe, ainda, dois novos artigos: o artigo 22.º-A e o artigo 42.º-A⁴⁸⁹.

De acordo com o regime vertido em Decreto, a PMA *post mortem* passaria a ser admitida para “concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão, é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto”, tanto para transferência *post mortem* de embrião, quando para realizar inseminação com sémen da pessoa falecida (n.º 1 do artigo 22.º)⁴⁹⁰.

Quanto ao momento da aplicação da técnica, estabelecia-se um período de reflexão mínimo de seis meses (salvo razões ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanhasse o procedimento)⁴⁹¹, e determinava-se um prazo relativamente alargado para a realização dos procedimentos: deveriam iniciar-se no prazo máximo de três anos contados da morte do marido ou unido de facto, podendo realizar-se um número máximo de tentativas idêntico ao que está fixado para os centros públicos⁴⁹².

⁴⁸⁸ Decreto n.º 128/XIV, de 25 de Março de 2021, que “Permite o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)”, disponível em www.parlamento.pt.

⁴⁸⁹ Este último, criando um novo tipo incriminador (“Procriação *post mortem* sem consentimento): “Quem, com a intenção de obter ganho próprio ou de causar prejuízo a alguém, participar em ato de inseminação com sémen do marido ou do unido de facto após a morte deste, bem como à transferência *post mortem* de embrião, sem o consentimento devido, é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa de 240 dias”.

⁴⁹⁰ Esclarece-se também que o regime da PMA *post mortem* é aplicável “aos casos em que o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen” (n.º 2 do artigo 22.º), estipulando-se, ainda, que “o sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, sem que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post mortem*, é destruído se a pessoa vier a falecer durante o período estabelecido para a respetiva conservação” (n.º 3 do artigo 22.º).

⁴⁹¹ Cfr. n.º 4 do artigo 22.º.

⁴⁹² Cfr. n.º 5 do artigo 22.º.

Estabelecia-se, ainda, uma relevante restrição ao recurso à PMA *post mortem*: da aplicação do procedimento só poderia resultar uma única gravidez com nascimento completo e com vida^{493/494}.

No novo artigo 22.º-A, eram definidos os requisitos do consentimento para a PMA *post mortem*, que deveria ser reduzido a escrito, e informado quanto às suas consequências jurídicas⁴⁹⁵, e, naquilo que consistia outra grande novidade, ser objecto de registo (centralizado) junto do CNPMA⁴⁹⁶.

Por último, estabelecia-se um regime transitório⁴⁹⁷, que permitia o recurso à PMA *post mortem* nos “*casos em que, antes da entrada em vigor da presente lei, se verificou a existência de um projeto parental claramente consentido e estabelecido*”⁴⁹⁸, permitindo-se, na ausência de documento que cumprisse os requisitos do artigo 22.º-A, todos os meios de prova que demonstrassem a existência de consentimento⁴⁹⁹, e impondo-se que tais procedimentos se iniciassem no prazo máximo de três anos a contar da entrada em vigor das alterações legais introduzidas pelo Decreto⁵⁰⁰.

No que respeita ao estabelecimento dos vínculos, mantinha-se a regra segundo a qual a filiação se estabelecia relativamente ao falecido⁵⁰¹, mesmo nos casos em que a PMA *post mortem* não respeitasse as regras agora estipuladas⁵⁰², mantendo-se, ainda, a excepção já analisada, para os casos em que, à data da inseminação, a mulher tivesse contraído casamento ou vivesse há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, desse o seu consentimento a tal acto⁵⁰³.

⁴⁹³ Cfr. n.º 6 do artigo 22.º.

⁴⁹⁴ Prevê-se, ainda, no n.º 7 do artigo 22.º, o acompanhamento psicológico voluntário para a tomada de decisão de realização de uma inseminação *post mortem*, bem como durante e após o respectivo procedimento.

⁴⁹⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 22.º-A, pode constar, desde que em cláusula autónoma, do documento de consentimento para a PMA.

⁴⁹⁶ Cfr. n.º 3 do artigo 22.º-A.

⁴⁹⁷ No artigo 4.º do Decreto.

⁴⁹⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 4.º Decreto n.º 128/XIV.

⁴⁹⁹ Cfr. al. a) do n.º 2 do artigo 4.º Decreto n.º 128/XIV.

⁵⁰⁰ Cfr. al. a) do n.º 2 do artigo 4.º Decreto n.º 128/XIV.

⁵⁰¹ Cfr. n.º 1 do artigo 23.º.

⁵⁰² Cfr. n.º 1 do artigo 23.º.

⁵⁰³ Solução que agora passa a figurar no n.º 3 do artigo 23.º.

Nestes casos acabados de referir, esclarecia-se que a criança que visse a nascer teria direito a conhecer a “*identidade genética*”.

De forma também inovadora, o Decreto estabelecia um regime sucessório para os casos de PMA *post mortem*, que assentava nos seguintes pontos essenciais:

a) Existindo consentimento para a possibilidade de PMA *post mortem*, a herança do progenitor falecido mantinha-se indivisa durante o prazo de três anos após a sua morte, prazo que poderia ser prorrogado: i) caso estivesse pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do n.º 5 do artigo 22.º; e ii) até ao nascimento completo e com vida do nascituro⁵⁰⁴;

b) Ocorrendo essa possibilidade, a herança era posta em administração, nos termos da legislação aplicável^{505/506}.

No dia 22 de Abril de 2021, o Presidente da República vetou o Decreto n.º 128/XIV⁵⁰⁷.

O Presidente da República foi sensível às questões de direito sucessório^{508/509/510}, considerando que o Decreto não procedeu às

⁵⁰⁴ Cfr. n.º 5 do artigo 23.º.

⁵⁰⁵ Cfr. n.º 6 do artigo 23.º.

⁵⁰⁶ O novo regime dispõe, ainda, que “*a realização de procedimentos de inseminação post mortem sem consentimento do dador e que prejudiquem interesses patrimoniais de terceiros, designadamente direitos sucessórios, faz incorrer os seus autores no dever de indemnizar, sem prejuízo da efetivação da responsabilidade criminal prevista na presente lei*” (cfr. n.º 7 do artigo 23.º).

⁵⁰⁷ Texto do veto presidencial disponível em www.presidencia.pt.

⁵⁰⁸ O enquadramento sucessório da PMA *post mortem* sempre se apresentou de enorme complexidade. JORGE DUARTE PINHEIRO, certamente, refere que o princípio da não discriminação parece impor a plena aquisição do estatuto de filho aquele que nasce em momento posterior à morte do progenitor (PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, pp. 199-200, nota 481).

⁵⁰⁹ Sobre o ponto, v., também: CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos familiares (...)”, *ob. cit.*, p. 361; ASCENSÃO, Oliveira, “Procriação assistida (...)”, *ob. cit.*, p. 672; MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga “post mortem”*, Coimbra Editora, 2010, *passim*.

⁵¹⁰ Lembra REMÉDIO MARQUES que a circunstância de não haver sequer *nascituro já concebido* à data da *abertura da sucessão* impede o chamamento da criança a gerar como herdeira

necessárias articulações com as disposições aplicáveis do Código Civil, com prejuízo para a segurança jurídica. Designadamente, não ficou acautelada, na perspetiva do Presidente da República, a possibilidade de o beneficiário querer, expressamente, manter o regime do Código Civil, em detrimento do novo consagrado no Decreto⁵¹¹.

O Presidente da República considerou, ainda, que o regime transitório não permite assegurar que o consentimento do falecido foi livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, sem violação das disposições legais actualmente em vigor, e que pretenderia abranger o novo regime sucessório criado.

Com base nestes fundamentos, o Decreto, foi, assim, devolvido à Assembleia da República.

3. Análise

Depois do alargamento, em 2016, do quadro de beneficiários da PMA, não é coerente manter a proibição da PMA *post mortem*, nos termos em que a versão originária da Lei da PMA a criou.

Reconhece-se que a PMA *post mortem*, tendo em conta as respectivas implicações, impõe a necessidade de se considerarem várias cautelas. Diferente disso é dizer-se que o único caminho possível é o da proibição

legitimária e legítima, nos termos do disposto no artigo 2033.º, n.º 1 do Código Civil (MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 38). No caso do embrião criopreservado, lembra o Autor que o marido ou companheiro da mulher beneficiária podem perflhar o nascituro através de *testamento* ou *escritura pública*, por *termo lavrado em juízo* ou por *declaração prestada perante o funcionário do registo civil*, nos termos dos artigos 1853.º e 1855.º do Código Civil (IDEM, p. 39). Acresce que a criança que nasça da transferência *post mortem* de um embrião será *sucessível legal* do falecido, pois, na data da abertura da sucessão, já se encontrava concebida (IDEM, p. 41). Já os filhos concebidos apenas após a morte do marido ou companheiro não poderão, na opinião de REMÉDIO MARQUES, ter um tratamento sucessório diferenciado (IDEM, p. 42).

⁵¹¹ Para OLIVEIRA ASCENSÃO, a PMA *post mortem* “provoca as maiores perturbações nas relações familiares e sucessórias, perturbações que aumentam à medida que a técnica dilata sempre mais o período em que a gestação se pode realizar” (ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 30).

absoluta, quando, entretanto, muitas outras barreiras em torno da PMA foram soçobrando.

Em 2016, como vimos, a Lei da PMA passou a admitir que qualquer mulher, isoladamente, ainda que fértil, possa recorrer à inseminação artificial, utilizando gametas de dador, para assim realizar o seu *projecto parental*.

Depois de proferido o Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de abril, deixou de vigorar, entre nós, um regime de anonimato do dador de gametas.

Assim, fará sentido permitir que uma mulher, por si só, possa recorrer à PMA heteróloga, com a possibilidade de o filho(a) conhecer a identidade do dador⁵¹², e uma outra não possa recorrer ao material biológico do marido ou companheiro falecido, para concretizar um *projecto parental* claro, inequívoco e expresso? A resposta, pesamos, só pode ser negativa^{513/514}.

Dir-se-á que não pode colocar-se no mesmo plano a situação de recurso a um dador, relativamente ao qual não se estabelecerá, em caso algum, o vínculo da filiação, com a possibilidade de recurso deliberado a material biológico de alguém falecido, e relativamente ao qual se estabelecerá a filiação.

Essa diferença de planos existe, é certo, pois ser gerado com recurso a dador e ter uma paternidade estabelecida relativamente ao marido ou companheiro constituem realidades que devem colocar-se num nível distinto.

⁵¹² Que pode estar falecido, tanto ao tempo do nascimento, quanto no momento da revelação da sua identidade civil.

⁵¹³ No sentido de que a inseminação *post mortem* “não sacrificará mais o interesse do filho do que a vulgaríssima dissolução do casamento”, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do “Panjurisme” iluminista ao “Fragmentarische Charakter”)", in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 10, n.º 19, Coimbra, 2013, p. 18.

⁵¹⁴ Para GUILHERME DE OLIVEIRA, a banalização do divórcio fez desaparecer o relevo anteriormente atribuído às situações em que a criança vive só com um dos progenitores (OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, *ob. cit.*, p. 251).

Porém, a diferença entre situações até favorece a pessoa gerada com recurso à PMA *post mortem*, pois, ao contrário da criança que foi gerada num contexto de família monoparental, com recurso a sémén de dador, que apenas pode ter a pretensão de conhecer a identidade deste, aquela pessoa gerada com recurso à PMA *post mortem* pode beneficiar, não só de uma linha da paternidade preenchida, mas sobretudo de um enquadramento familiar comprometido com um *projecto parental* que a fez nascer, e com a possibilidade de relação afectiva e familiar com todos os familiares do marido ou companheiro da sua mãe.

Em todo o caso, a prevalecer o entendimento da assimetria de planos, em desfavor da PMA *post mortem*, entendemos que um adequado regime de PMA *post mortem* torna claro como é incompreensível, no regime actualmente vigente, vedar a realização de um *projecto parental* sólido.

Compreender-se-iam as dúvidas, a este respeito, se o *projecto parental* pudesse ficar em suspenso indefinidamente, ou durante um período de anos alargado, atendendo à insegurança jurídica que tal solução traria e à problematização que, no plano ético, resultaria da possibilidade de ser-se filho(a) de um homem há muito falecido.

Tal não acontecerá se, como defendemos, a PMA *post mortem* for apenas admitida num prazo relativamente curto após o falecimento do beneficiário.

Desta forma, desaparece drasticamente grande parte da carga dramática de uma filiação gerada depois da morte (quando a criança tiver consciência da sua condição, terão já decorrido vários anos desde esse momento) e a PMA passa a contribuir para a realização de um *projecto parental* claro e inequívoco, solução que só pode estar associada, como a experiência demonstra, a felicidade individual.

Em todo o caso, ao contrário do modelo espanhol, que estabelece um prazo peremptório de um ano após o falecimento para a realização da técnica, julgamos preferível estipular um prazo de reflexão de um ano após

o decesso (período em que não deveria ter lugar a PMA *post mortem*)⁵¹⁵. Após esse prazo, a técnica deveria poder ser aplicada no prazo máximo de um, ou dois anos⁵¹⁶.

Na verdade, uma solução legal que imponha ao cônjuge sobrevivente a necessidade de tomar uma decisão imediatamente após o falecimento, por exemplo no prazo de um ano, pode constituir-se problemática na medida em que as emoções ligadas à perda do companheiro acarretam um risco de a decisão ser pouco ponderada, sobretudo, mais motivada pelo sofrimento conjuntural do que pela vontade sólida de dar cumprimento ao *projecto parental* pré-estabelecido.

As principais fragilidades trazidas pelo regime pretendido pelo Decreto n.º 128/XIV, de 25 de Março de 2021 estão, assim, identificadas: consagra um prazo tendencialmente curto para a reflexão, e um prazo demasiado longo para o início do procedimento.

Esse regime merece, ainda, mais alguns comentários.

O primeiro dirige-se à errada utilização, em várias normas, da expressão “inseminação *post mortem*”, quando se está a regular, também, a transferência de embriões *post mortem*. A utilização da expressão PMA *post mortem* teria sido preferível.

Em segundo lugar, considera-se desnecessária a referência, no n.º 4 do artigo 23.º, à possibilidade de a criança nascida com recurso à PMA *post mortem* conhecer as *origens genéticas* nos casos em que a paternidade se estabelece relativamente ao marido ou companheiro da sua mãe, e não relativamente ao progenitor biológico de onde proveio o material genético utilizado.

Tal já resulta do regime geral que hoje consta do artigo 15.º da Lei da PMA, pois esse progenitor biológico funciona, nesses casos de PMA *post*

⁵¹⁵ No mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, na sua declaração de voto ao Parecer 112/CNECV/2020.

⁵¹⁶ Prazo que permitirá, pensamos, a repetição da aplicação da técnica, em caso de insucesso.

mortem ilícita, como um verdadeiro dador de material biológico, não sendo sequer de admitir, em tese, a possibilidade de oferecer, naquelas situações, uma solução diferente da que vigora, em geral, para o conhecimento da identidade civil do dador.

Em terceiro lugar, quanto a esta mesma norma, não se afigura correcta a utilização da expressão “identidade genética”, pois o que está em causa não é o conhecimento do *genoma*, mas sim das *origens genéticas* ou *biológicas*.

Por último, constata-se que continua arredada da discussão em torno da PMA *post mortem* qualquer possibilidade de utilização do material biológico criopreservado, quando é o elemento feminino do casal (que constituiu o *projecto parental*) a falecer⁵¹⁷. Esse afastamento é ainda compreensível, atendendo aos problemas adicionais colocados, pois, nesses casos, a realização do *projecto parental* careceria adicionalmente de um útero (que poderia ser de uma gestante de substituição ou de uma nova companheira do membro sobrevivente do casal). Não se duvida, porém, que a discussão em torno desta possibilidade tenderá a acentuar-se, pelo que futuras intervenções do legislador terão mais dificuldade em ignorar o problema⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Em 2015 foi conhecido um caso ainda mais complexo, no Reino Unido. Uma mulher, de 58 anos, pretendia utilizar os ovócitos criopreservados da sua filha, falecida aos 28 anos. A HFEA recusou o pedido no sentido de os ovócitos serem, para esse fim, deslocados para os EUA, e o Tribunal confirmou a decisão, com o fundamento de que não havia provas suficientes disponíveis que demonstrassem que esse era o desejo da filha falecida, mas dessa decisão foi interposto recurso, tendo sido a decisão do caso favorável à requerente (<https://www.bbc.com/news/health-36675521>).

⁵¹⁸ Sobre o problema, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 833-834.

CAPÍTULO III – A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

§ 1 – Enquadramento

1. O difícil caminho da *gestação de substituição*: das Escrituras ao “Baby M” e ao “Baby Gammy”

Tal como sucede com outros domínios da PMA, a *gestação de substituição* apresenta-se como fenómeno simultaneamente antigo e hodierno^{519/520}. Nem sequer pode considerar-se um assunto *exclusivamente* ligado ao auxílio médico à reprodução humana^{521/522}, se tivermos em consideração que uma das modalidades clássicas de *gestação de substituição* corresponde ao “adultério consentido”.

Sendo até um tema bíblico⁵²³, a verdade é que a sua vertente moderna foi acentuada no último quartel do Século XX, uma vez que, por um lado, o desenvolvimento das técnicas de PMA afastou a *gestação de substituição* daqueles simples casos em que o casal beneficiário acorda numa relação extra-matrimonial com o fito da procriação, e, por outro, a preocupação dos ordenamentos jurídicos, por todo o Mundo, na sequência do caso Louise Brown de 1978, passou a incluir a *gestação de substituição* no sinuoso

⁵¹⁹ Sobre a discussão em torno da *designação* do fenómeno, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. II, Almedina, 2008, pp. 323-324. Cfr., ainda, ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 42.

⁵²⁰ Para uma história sobre a figura, v. MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, “El futuro (...)”, *ob. cit.*, pp. 305-306.

⁵²¹ ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 42.

⁵²² Sobre os processos clínicos que a *gestação de substituição* envolve, v. MARIETA, Carmen Ochoa, “Procedimiento médico/embriológico de la subrogación de útero”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 733-746.

⁵²³ Lê-se no Livro do Génesis que “Sarai, mulher de Abraão, que não lhe dera filhos, tinha uma escrava egípcia, chamada Agar. Sarai disse a Abraão: “Visto que o SENHOR me tornou uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos” (...) “Ele abeirou-se de Agar, e ela concebeu. E, reconhecendo-se grávida, começou a olhar desdenhosamente para a sua senhora” (...) “Abraão (...) pôs o nome de Ismael ao seu filho dado à luz por Agar. Abraão tinha oitenta e seis anos quando Agar lhe deu Ismael”.

caminho das opções entre a “permissão” e a “proscrição” de comportamentos (dos cidadãos e dos médicos) no vasto domínio da PMA.

Foi precisamente nessa altura, concretamente, na década de 80 do século XX, que ganhou fama internacional um dos casos mais conhecidos de *gestação de substituição*: o caso “Baby M”, ocorrido nos EUA^{524/525/526}. Por essa ocasião, o casal Stern procurou os serviços de uma agência cuja actividade era promover contratos de gestação de substituição, tendo encontrado a Sr.^a Whitehead disposta a celebrar o contrato para a entrega de uma criança, a troco de dez mil dólares. A gestante foi inseminada com esperma do Sr. Stern, mas depois do nascimento, recusou-se (e, bem assim, o seu marido) a entregar a criança, tendo o casal Stern pedido, no Tribunal de New Jersey, a execução específica do contrato. A primeira decisão foi favorável ao casal Stern, mas, em sede de recurso para o Supremo Tribunal de New Jersey, em 1988, o caso teve um volte-face, pois esta instância decidiu que deveriam ser reconhecidos dois progenitores biológicos separados (o Sr. Stern e a Sr.^a Whithead) e, ainda, uma adopção inválida por parte da Sr.^a Stern. Em todo o caso, o Tribunal entendeu que o *superior interesse da criança* determinava que esta deveria ser entregue ao Sr. Stern, sem prejuízo dos direitos de visita da mãe.

Muitos outros casos foram sendo conhecidos e relatados, tanto no contexto de ordenamentos que passaram a aceitar a figura, quanto no quadro inverso, e, sobretudo, quando o casal beneficiário e a gestante entram em conflito quanto ao destino da criança, ou crianças, gerada(s).

Em 2014, foi notícia, em todo o Mundo, o caso “Baby Gammy”, ocorrido na Tailândia e na Austrália. Um casal australiano (David e Wendy Farnell) contratou, a troco de dezasseis mil dólares, como gestante de

⁵²⁴ No Reino Unido, o primeiro caso terá sido o caso *Kim Cotton*, uma gestante que deu à luz uma menina, a troco de £6.500 (cfr. HORSEY, Kirsty, “The History (...)”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 11-24).

⁵²⁵ Referindo o caso “Baby M”, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe portadora (...)”, *ob. cit.*, p. 324.

⁵²⁶ SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, pp. 58-59.

substituição, a tailandesa Pattaramon Chanbua. Durante a gravidez de gémeos, descobriu-se que um deles sofria de Síndrome de Down, tendo o casal pedido a Chanbua, aos sete meses da gestação, que abortasse o filho doente e mantivesse a gravidez do outro bebé, uma menina. A gestante, budista, levou a gravidez por diante e deu à luz ambas as crianças, ficando com o filho doente (de nome Gammy) e entregando a menina (Pipah) ao casal⁵²⁷.

Este caso, mais uma vez, deu origem a uma discussão intensa em torno da *gestação de substituição*, tanto na opinião pública e publicada, quanto na comunidade científica.

Em particular, chamou a atenção para os problemas da facilidade de acesso, trazidos pelo baixo custo da *gestação de substituição* nos países em desenvolvimento e pela diminuição das complicações legais, sobretudo quando se faz a comparação com os *surrogacy systems* dos países ditos desenvolvidos.

A verdade é que a *gestação de substituição* ajuda a compreender como as técnicas de procriação medicamente assistida podem ser utilizadas de forma abusiva, criando problemas sociais sérios, ao ponto de exigirem intervenções legislativas correctivas.

Foi o que aconteceu na Ásia na última década, onde inicialmente, se instalou, em certos países, a sensação de que a *gestação de substituição* onerosa poderia funcionar num quadro social perfeitamente aceitável e sem que se caísse em fenómenos de exploração do ser humano, na corrida a um *turismo reprodutivo* desenfreado, e na cedência a um utilitarismo reprodutivo individualista⁵²⁸.

⁵²⁷ WHITTAKER, Andrea, *International Surrogacy As Disruptive Industry in Southeast Asia*, Rutgers University Press, 2018, ProQuest Ebook Central, pp. 147-167.

⁵²⁸ A “procreática”, expressão utilizada por MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES (NEVES, Maria do Céu Patrão, “PMA: do Desejo de um Filho ao Filho Desejado”, in *Do início ao fim da vida – actas do colóquio de bioética, Funchal, 18 e 19 Março de 2005*, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, Braga, 2005).

Não foi isso que aconteceu, e os perigos de descontrolo levaram alguns ordenamentos jurídicos a colocar um travão ao *mercado de úteros*, a fim de protegerem os seus cidadãos (sobretudo, as potenciais gestantes) e de evitarem a escalada dos problemas sociais que se foram criando.

2. Atitudes em face da gestação de substituição: *personalismo, contratualismo e ultra-contratualismo*

As atitudes dos Estados em face da *gestação de substituição* têm sido, e continuam a ser hoje, díspares^{529/530/531}.

Estamos, aliás, perante um daqueles exemplos na PMA em que a proximidade geográfica dos Estados não significa necessariamente uma aproximação nas soluções legais dos ordenamentos jurídicos. Da França ao Reino Unido, por exemplo, a distância física é relativamente curta, mas gigantesca, em matéria de regulamentação da *gestação de substituição*.

No plano institucional europeu, verifica-se alguma hesitação relativamente à *gestação de substituição*, detectando-se porém uma tendência de perspectiva contrária ao procedimento. O Parlamento Europeu, no relatório anual de 2014 sobre os direitos humanos e a democracia no mundo e sobre a política da EU, “*condena a prática da gestação de substituição por atentar contra a dignidade da mulher, cujo corpo e função reprodutiva são utilizadas como mercadorias*”, e na resolução de 17/12/2015, relativa ao referido Relatório, aprovou uma emenda condenando a *gestação de substituição* por ser contrária à *dignidade*

⁵²⁹ Esse é, afinal, um problema geral no direito da família. GUILHERME DE OLIVEIRA manifesta algum optimismo quanto à possibilidade de se ultrapassarem divergências nacionais, “*porque as tradições nacionais do espaço europeu também se modificaram com o tempo e convergiram em certos regimes fundamentais como o do casamento, do divórcio, ou do estatuto dos filhos*” (OLIVEIRA, Guilherme de, “Um Direito da Família Europeu? (*Play it again, and again... Europe!*)”, in *Um Código Civil para a Europa, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 64, Colloquia 8*, Coimbra Editora, 2002, p. 125).

⁵³⁰ Para uma detalhada análise comparatística, v. GRASSO, Alfio Guido, *La maternità (...)*, *ob. cit.*, pp. 49-109.

⁵³¹ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 1081-1084.

*humana*⁵³² da mulher, considerando que “*deve proibir-se esta prática, que implica a exploração das funções reprodutivas e a utilização do corpo com fins financeiros ou de outro tipo, em particular no caso das mulheres vulneráveis nos países em desenvolvimento*”⁵³³.

A generalidade dos Estados continua, ainda hoje, a assumir uma posição de rejeição relativamente à *gestação de substituição*, sendo certo que essa posição tem vários matizes.

Uma perspectiva mais radical considera que a *gestação de substituição*, por violar valores fundamentais, como a *dignidade humana*, deve ser absolutamente proibida e, até, criminalizada.

Como veremos, alguns Estados recusam, inclusive, assumir uma atitude de reconhecimento *ex post facto*, não aceitando retirar quaisquer efeitos de um procedimento de *gestação de substituição* que tenha ocorrido no estrangeiro ao abrigo de uma jurisdição permissiva. É frequente, até, a invocação da *ordem pública internacional dos Estados* como fundamento para recusar retirar quaisquer efeitos de documentos oficiais destinados a comprovar o estabelecimento, no estrangeiro, do vínculo de filiação relativamente aos casais beneficiários.

No que diz respeito à conduta repressiva por via do direito criminal, ainda assim, podem detectar-se duas atitudes distintas: uma que criminaliza apenas o lucro obtido com a *gestação de substituição* e/ou a utilização da *gestação de substituição* a título oneroso, e outra que considera igualmente grave o recurso à *gestação de substituição* num cenário altruístico. Também é certo que países que admitem a figura, num modelo altruístico, revelam pretensões de sancionamento criminal para os casos em que o concreto

⁵³² Analisando o conceito de *dignidade humana* no contexto da *gestação de substituição*, v. ORTIZ, Ana Isabel Herrán, “Aproximación ética y jurídica a la gestación subrogada a vueltas con el conflicto entre derechos y deseos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 269-274.

⁵³³ ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (...)”, *ob. cit.*, p. 19.

procedimento de gestação de substituição ocorreu fora do programa legalmente estipulado para o efeito.

Relativamente aos países com abertura à *gestação de substituição*, assiste-se a uma dicotomia entre dois modelos muito diferentes.

O primeiro modelo é o de Estados que aceitam a *gestação de substituição* apenas como medida excepcional, a aplicar em casos medicamente justificáveis (como, por exemplo, problemas no aparelho reprodutor da mulher beneficiária) e num cenário em que o procedimento da gestação de substituição não pode envolver o pagamento de uma quantia remuneratória à gestante.

Dentro deste modelo de aceitação da *gestação de substituição*, podemos encontrar duas variantes: a) sistemas que admitem que a figura funcione no quadro do *direito da família*, significando tal que, à partida, não é garantido que o resultado do procedimento de *gestação de substituição* seja o intencionado, pelas partes envolvidas, no seu início, na medida em que, após o parto, terá de ocorrer uma intervenção de autoridade, no sentido de reconhecer que a criança é, no plano do Direito, filha do casal beneficiário, o que pressupõe que tudo tenha corrido planeado e que, portanto, a gestante de substituição tenha procedido à entrega da criança; b) modelos mais comprometidos com o enquadramento *contratual* da *gestação de substituição*, e que aceitam ver nesta um *contrato de prestação de serviços*, ou um qualquer outro tipo negocial, o que significa que após o parto, a solução jurídica terá de passar pela entrega obrigatória, se necessário com recurso aos meios coativos, da criança ao casal beneficiário.

A consagração legal da *gestação de substituição* em Portugal tem-se situado neste campo: a escolha, num cenário altruísta, entre um modelo *contratualista* (normalmente tributário de um sistema de *atribuição legal* dos vínculos de filiação) ou *personalista* (em regra associado a uma *atribuição decisória* desses vínculos), com tendência para a Assembleia da

República insistir no primeiro, e o Tribunal Constitucional pugnar pelo segundo.

Por último, há que considerar a perspectiva *ultra-contratualista*, que entende que a *gestação de substituição* pode ser encarada como um procedimento destinado à celebração e um *contrato de prestação de serviço remunerado* o que significa que qualquer vicissitude que ocorra no decurso do procedimento deve ser resolvida com recurso a esse enquadramento e, portanto, se necessário, por apelo às regras da responsabilidade contratual, admitindo-se, sem peias, o recurso a todos os meios coercivos disponíveis designadamente, para forçar entrega da criança ao casal beneficiário.

Os modelos *ultra-contratualistas* tiveram o seu campo de fértil de desenvolvimento nos EUA, onde, em certos estados, se passou a aceitar a *gestação de substituição onerosa*, tendencialmente, no contexto de uma pura relação contratual, assente, pois, num modelo de vinculação negocial *tout court*, com imposição de cláusulas de vários tipos, desde comportamentais, a cláusulas de sigilo⁵³⁴.

Analisaremos *infra*⁵³⁵, com mais detalhe, estas perspectivas sobre a gestação de substituição.

3. A perspectiva tradicional: o contrato é nulo por ofender a *ordem pública*

Apesar de se encontrarem importantes defensores da sua admissibilidade, a tendência tradicionalmente dominante, na esteira de

⁵³⁴ E até, em certa medida, com a possibilidade de execução coactiva das mesmas em caso de incumprimento.

⁵³⁵ Cap. III § e § 4.

GUILHERME DE OLIVEIRA, ia no sentido de considerar, em geral, os contratos de *gestação de substituição* inválidos^{536/537/538}.

Pensando no quadro jurídico português, quando onerosos, esses acordos seriam *nulos* nos termos do art. 280.º do Código Civil⁵³⁹, porque violariam a *dignidade da mulher* que “vende” a sua capacidade reprodutora e a *dignidade do filho*, que é objecto de avaliação em dinheiro e tratado como “*commodity*”, no que constitui uma ofensa à *ordem pública*^{540/541}.

Quando gratuitos, a consequência seria também sua a *nulidade*, mas agora por colidirem com princípios fundamentais do direito da família: nos termos do artigo 1796.º do Código Civil, a filiação materna resulta do facto do nascimento, pelo que, juridicamente a mãe seria sempre a gestante; por outro lado, a vinculação desta (por via contratual) à obrigação de entregar a criança após o parto conflitua com a norma do artigo 1982.º, n.º 3 do Código Civil, que só considera válido o consentimento da mãe biológica para a adopção decorridas seis semanas após o parto⁵⁴².

⁵³⁶ Cfr., ainda, OLIVEIRA, Guilherme de, “Mães “hospedeiras”. Tópicos para uma Intervenção”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 67-72. Uma perspectiva bastante mais favorável à admissibilidade da figura foi demonstrando VERA LÚCIA RAPOSO (RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe (...)*, *ob. cit.*, pp. 63-88).

⁵³⁷ Cfr., quanto ao direito espanhol, YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 29-74.

⁵³⁸ Defendendo que deve falar-se de *inexistência*, por falta de objecto, e não de nulidade, v. NOCI, Rafael Linares, “El contrato de gestar para outro: Aspectos legales. La posición crítica de los tribunales españoles”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 195-200.

⁵³⁹ MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, p. 56.

⁵⁴⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, “Mãe (...)”, *ob. cit.*, pp. 17 e ss., em particular p. 45.

⁵⁴¹ Analisando os argumentos para a cominação da nulidade no direito espanhol, v. GUASCH, Olga Cardona, “La gestación subrogada: concepto. El artículo 10 LTRHA”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 245.

⁵⁴² JORGE DUARTE PINHEIRO defende igualmente, para estes casos, a nulidade por violação da “ordem pública em matéria de Direitos da Personalidade” (PINHEIRO, Jorge Duarte, “Direito da Família (...)”, *ob. cit.*, p. 59).

Na esteira dessa tradição, pode, ainda hoje, dizer-se que a generalidade dos ordenamentos jurídicos proíbe a *gestação de substituição*, não a aceitando, sequer, por apelo à tutela da *autonomia reprodutiva* da gestante e dos beneficiários, por considerar preponderante manter a perspectiva tradicional de tutela da maternidade^{543/544}.

Assim acontece na Suíça, logo num plano constitucional. O artigo 119.º alínea 2, letra d) da *Constitution fédérale de la Confédération suisse* (cuja epígrafe é “*Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain*”) estabelece que a “*dádiva de embriões e todas as formas de maternidade de substituição são proibidas*”.

Em Espanha, a *Ley 14/2006, de 26 de mayo*^{545/546}, determina, no artigo 10.º (cuja epígrafe é “*Gestación por sustitución*”) que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del*

⁵⁴³ Sobre o ponto, v. ORTIZ, Ana Isabel Herrán, “Aproximación ética y jurídica (...)”, *ob. cit.*, pp. 282-289.

⁵⁴⁴ A Comissão das Conferências Episcopais da União Europeia (COMECE) manifestou-se contrária à gestação de substituição, em 2015, (TESÓN, Inmaculada Vivas, “El grupo de bioética de la conferencia de obispos de la Unión Europea: “el grupo”. Comentarios sobre el dictamen sobre la subrogación gestacional”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 479-487).

⁵⁴⁵ Apesar da proibição, têm sido apresentadas iniciativas legislativas com o objetivo de regular a matéria, como por exemplo a Proposta de Lei n.º 112/000117, de 8 de Setembro de 2017, do partido *Ciudadanos* (cfr.: ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (...)”, *ob. cit.*, p. 19; PRIETO, Julio César, “El debate en torno a la gestación por subrogación en el parlamento”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 119-130). Analisando a proposta, v. COBIELLA, María Elena Cobas, “Gestación subrogada: cuando la realidad social supera a la realidad jurídica”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 526-529.

⁵⁴⁶ Para uma perspectiva dos alinhamentos políticos, em Espanha, sobre a gestação de substituição, v. VANRELL, María Pilar Ferrer, “La posición de los distintos grupos parlamentarios y la pl presentada por el gp ciudadanos sobre la gestación subrogada (bocg nº b-145-1)”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 105-118.

contratante o de un tercero” (n.º1) ^{547/548}, solução que está em linha com a posição do *Comité de Bioética de España*^{549/550/551}. Em acrescento a esta proibição, o parágrafo segundo do artigo 220 Código Penal espanhol⁵⁵² criminaliza o acto de *“ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación”*⁵⁵³, e o artigo 221 do mesmo código do criminaliza, no âmbito da execução de contratos de *gestação de substituição* onerosos: a entrega da criança pela gestante (prágrafo primeiro), a recepção da criança pelos beneficiários e as condutas praticadas pelos intermediários (parágrafo segundo)^{554/555}.

⁵⁴⁷ A comissão especial que preparou a legislação espanhola de 1988, que antecedeu a *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, já propunha a proibição e a criminalização da *gestação de substituição* em Espanha (cfr. ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (...)”, *ob. cit.*, p. 11).

⁵⁴⁸ EMMA SÁNCHEZ considera que a cominação de nulidade não significa uma proibição da figura (SÁNCHEZ, Emma Sánchez, “La instrucción de 5 de octubre de 2010”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 265).

⁵⁴⁹ Sobre o ponto, v.: VANRELL, María Pilar Ferrer, “La gestación subrogada en la legislación española. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 26; MEMBRADO, Cristina Gil, “Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 491-506.

⁵⁵⁰ Esse organismo defende uma tomada de posição internacional sobre o assunto, no sentido da proibição da *gestação de substituição* (cfr. NOCI, Rafael Linares, “El contrato de gestar (...)”, *ob. cit.*, p. 222).

⁵⁵¹ Referindo a posição de Romeo-Casabona no Comité e as referências que no seu voto constam aos riscos da *gestação de substituição* quanto à criação de classes de cidadãos, em função da capacidade económica de acesso ao procedimento, v. TESÓN, Inmaculada Vivas, “El grupo de bioética (...)”, *ob. cit.*, p. 488.

⁵⁵² Sobre este enquadramento penal, v. YAGÜE, Francisco Lledó, *La filiación (...)*, *ob. cit.*, pp. 30-31.

⁵⁵³ Anisando, com pormenor, os limites da incriminação, v. BENITO, Ignacio Lledó, “Delitos relativos a la filiación y maternidad por sustitución: reflexiones de Lege Lata y de Lege Ferenda”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 628-660.

⁵⁵⁴ Apresentando, esquematicamente, o regime da proibição espanhola, v. ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (...)”, *ob. cit.*, pp. 17-19.

⁵⁵⁵ Em defesa de uma abertura do direito Espanhol à figura, v. HERNANDEZ, L. Alfonso de la Fuente, “Proposta de Bases Gerais para o Regulamento da Gestação de Substituição em

O debate público em torno do procedimento continua em Espanha⁵⁵⁶. A *Sociedad Española de Fertilidad*, através do seu Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica, apresentou, em Dezembro de 2015, uma *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, configurando o procedimento como excepcional (apenas mobilizável em casos clínicos que o justifiquem), altruístico e com aprovação judicial prévia (anterior ao início dos processos clínicos)^{557/558}.

Em Itália, a gestação de substituição é também proibida e criminalizada, nos termos da *legge 19 febbraio 2004, n. 40* (artigo 12.º, n.º 6), reafirmando a doutrina e a jurisprudência, quanto ao estabelecimento da filiação, a tradicional regra “*mater sempre certa est*”, prevista no terceiro parágrafo do artigo 269.º do Código Civil.

Na Alemanha, a *Embryonenschutzgesetz* proíbe a maternidade de substituição (“*Ersatzmutterschaft*”) no § 1 (1) 7, determinando pena de prisão até três anos ou pena de multa para quem aplicar a PMA em mulher “*que se prepara para entregar definitivamente a criança após o parto*”, tendo

Espanha | *Propuesta De Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación Por Sustitución*, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 107-113.

⁵⁵⁶ Sobre a necessidade de uma lei em matéria de gestação de substituição, v. COBIELLA, María Elena Cobas, *Gestación sub-rogada rogada (...)*, *ob. cit.*, pp. 514-529.

⁵⁵⁷ Sobre a proposta, v.: SÁNCHEZ, Fernando Abellán-García, “La propuesta de bases regulatorias de la sociedad española de fertilidad”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 453-466; CALONGE, Rocío Núñez, “Aspectos éticos de la gestación subrogada”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 765-778, pp. 800-801.

⁵⁵⁸ Esta proposta apresenta, porém, uma solução problemática: flexibilidade quanto ao regime de revelação da identidade da gestante, cabendo a esta decidir, em última análise optar pelo anonimato. Como veremos *infra* (Cap. IV §3, 4.) esta possibilidade viola os níveis mínimos de tutela devida ao *direito ao conhecimento das origens genéticas* da pessoa gerada com recurso à *gestação de substituição*, constituindo, ainda, uma violação do *princípio da igualdade e não discriminação*.

optado, porém, pela não punição da gestante e da beneficiária (§ 1 (3) 2)⁵⁵⁹, e o *Bürgerliches Gesetzbuch* (§§ 134 e 138, alínea 1) comina de nulidade o contrato de *gestação de substituição*, impondo a determinação da maternidade de acordo com a regra “*mater sempre certa est*” (§§1591 e 1592)⁵⁶⁰.

A tendência, nos países nórdicos, é, também, a de proibir a *gestação de substituição*⁵⁶¹.

A esta atitude tradicional de rejeição da *gestação de substituição* contrapõe-se a de países que assumiram atitudes mais permissivas, como veremos *infra*⁵⁶².

Nalguns casos, todavia, como já referimos, à atitude inicial permissiva seguiram-se intervenções legais restritivas.

A Tailândia (2016) e a Índia (2017) passaram a não permitir a *gestação de substituição* a título oneroso. Alguns países optaram, também, por criar restrições que passaram a considerar fundamentais para tutela dos interesses envolvidos: restringindo o recurso à figura aos cidadãos nacionais (ou residentes no território), ou exigindo um vínculo matrimonial entre os beneficiários.

A forma como a *gestação de substituição* se desenvolveu na Ásia e os problemas que aí gerou são particularmente impressionantes, como já referimos.

Inicialmente, instalou-se um regime verdadeiramente comercial e agressivo, primeiro na Índia, depois na Tailândia⁵⁶³. Com a referida abolição da *gestação de substituição* a título oneroso, o negócio transferiu-se para o

⁵⁵⁹ Concordando com a intervenção do *direito penal* para sancionar, pelos menos, “a publicidade e o comércio com a maternidade de substituição”, v. ESER, Albin, “Genética Humana (...)”, *ob. cit.*, p. 61.

⁵⁶⁰ Também a *Adoptionsvermittlungsgesetz* proíbe a figura no § 13 b.

⁵⁶¹ ÁSGEIRSSON, Hrafn / SALVÖR NORDAL, *Reproductive (...)*, *ob. cit.*, 2015, pp. 13-15.

⁵⁶² Cap. III § 4, 1.

⁵⁶³ Esse “mercado” teve como catalisador a procura australiana (WHITTAKER, Andrea, *International Surrogacy (...)*, *ob. cit.*, p. 41).

Nepal e Camboja (que acabariam, também, por aboli-la, na vertente comercial)⁵⁶⁴.

Esse regime comercial disruptivo assentou num “boom”, no início do Século XXI, potenciado pela quase ausência de regulação nos países “fornecedores” de gestantes, cenário que mudou radicalmente, sobretudo a partir de 2015.

As alterações legislativas em países como a Índia e a Tailândia tiveram por finalidade directa terminar com o *turismo reprodutivo* instalado em massa, assim aliviando as consequências sociais que o mesmo gerava.

4. O regime francês e o aproveitamento da figura do *accouchement sous X* (“parto anónimo”)

Em França, a proibição da *gestação de substituição*, de forma expressa, pelo legislador, em 1994, na sequência da publicação das “leis bioéticas” (que alteraram o *Code Civil*, o *Code de la Santé Publique* e o *Code Pénal*) está ligada a uma figura muito tradicional do direito francês: o *accouchement sous X* (ou “parto anónimo”)⁵⁶⁵.

O Código Penal francês, no seu artigo 227-12, primeiro parágrafo, criminaliza o incitamento ao abandono de uma criança, dispondo que “*o facto de se provocar, com lucro ou por oferta, promessa, ameaça ou abuso de autoridade, os pais ou um deles a abandonar filho nascido ou por nascer é punido com seis meses de prisão e multa de 7.500 euros*”.

⁵⁶⁴ WHITTAKER, Andrea, *International Surrogacy (...)*, ob. cit., pp. 180-184.

⁵⁶⁵ No dia 1 de Maio de 2014, entrou em vigor na Alemanha a *Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt, vom 28. August 2013* (Lei que alarga a assistência às mulheres grávidas e regulamenta o parto confidencial) que estabeleceu a figura do parto anónimo. Nesses casos, o nome da mãe biológica fica registado num certificado que permanecerá arquivado no *Departamento Federal de Família e Assuntos Sociais*. Aos 16 anos, as pessoas entregues para adopção nesse contexto podem ter acesso, querendo, à identidade da sua mãe biológica.

Ora, o ordenamento jurídico francês consagra há muito, a figura do “*accouchement sous X*”^{566/567/568}, que coloca na dependência da vontade da

⁵⁶⁶ AIDA CARLUCCI qualifica a figura como “incompreensível para um leitor latino-americano” (CARLUCCI, Aida K. de, “El Derecho Humano a Conocer el Origen Biológico y el Derecho a Establecer Vínculos de Filiación. A Propósito de la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el Caso «Odièvre C/France»”, in CARAVA, Alfonso-Luis Calvo / RUIZ, Esperanza Castellanos (dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Editorial Colex, 2004, p. 511.

⁵⁶⁷ Sobre o instituído, v., ainda: NEIRINCK, Claire, “L’*accouchement sous X*: le fait et le droit”, in “*Juris-Classeur Périodique*”, 1996, n.º 3922, pp. 149-154; RUBELLIN-DEVICHI, “La recherche des origines personnelles et le droit à l’*accouchement sous x* dans la loi du 22 janvier 2002”, in *Droit de la famille*, ano 7, n.º 5, Maio 2002, pp. 7-15; STANZIONE, Maria Gabriella, “Nascimento Anónimo, Procriação Medicamente Assistida e Direito a Conhecer as Respetivas Origens Numa Perspectiva Comparada”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 99-101.

⁵⁶⁸ Historicamente, a consagração desse instrumento tem sido justificada com o argumento de que ele contribui para a diminuição do aborto, do infanticídio e do abandono selvagem, e aparece relacionada com uma antiga tradição de *abandono organizado de recém-nascidos* cuja prática remontará à época de *Vincent de Paul* (séc. XVII), que introduziu a utilização do torniquete nos hospitais, onde a mãe depositava a criança, tocando em seguida um sino, após o que o recém-nascido era recolhido. O regime sofreu várias vicissitudes até se verter no artigo L. 222-6 do Código de Acção Social e das Famílias, com o seguinte teor: “as despesas de alojamento e parto das mulheres que pedirem, aquando da sua admissão num estabelecimento público ou privado convencionado, que o segredo da sua identidade seja preservado, são suportados pelo serviço de ajuda social à infância do departamento sede do estabelecimento”, sendo que “a seu pedido ou com o seu acordo, as mulheres mencionadas no primeiro parágrafo beneficiam de um acompanhamento psicológico e social por parte do serviço de ajuda social à infância” e “(...) nenhum documento de identidade é exigido e não se procede a qualquer inquérito”. Por sua vez, a Lei n.º 93-22 de 8 de Janeiro de 1993 que alterou o *Code Civil* consagrou a figura do *accouchement sous X*, reenquadrando o abandono anónimo de crianças, ao inserir o artigo 341-1 que determina que “aquando do parto, a mãe pode pedir que o segredo sobre a sua admissão e identidade seja preservado”, estabelecendo, em coerência, o artigo 341 um limite à investigação da maternidade biológica, na medida em que “a investigação de maternidade é admitida sob reserva de aplicação do artigo 341-1”. Com a publicação da Lei n.º 93-22 de 8 de Janeiro de 1993, a discussão em torno do instituto foi-se acentuando, sobretudo tendo em consideração as condições em que o segredo podia e devia ser conservado. O Conselho de Estado chegou a sugerir a organização de um sistema que acautelasse um direito de acesso limitado da criança à identidade dos seus pais através de uma estrutura especialmente criada, encarregada de aferir da vontade dos progenitores biológicos, com vista à aproximação das partes. Em 2002, com a Lei n.º 2002-93, de 22 de Janeiro, relativa ao “acesso às origens por parte dos adoptados e pupilos do Estado”, o sistema sofreu importantes alterações. A ideia central do diploma consiste em, conservando o princípio do parto anónimo, permitir a reversibilidade do segredo quanto à identidade da mãe em caso de acordo expresso desta e da criança. Com a Lei n.º 2002-93, de 22 de Janeiro⁵⁶⁸, criou-se o *Conselho Nacional para o acesso às origens pessoais*, a funcionar junto do ministro responsável pelos assuntos sociais, e que fica responsável por facilitar o acesso às origens pessoais. Determina-se que qualquer mulher que peça, aquando do parto, a preservação do segredo da sua admissão num estabelecimento de saúde e sobre a sua identidade, é informada das consequências jurídicas deste pedido e da importância para qualquer pessoa de conhecer as suas origens e a sua história. Essa mulher é, depois, convidada a deixar

mãe (mulher casada ou não) o estabelecimento do vínculo da maternidade⁵⁶⁹. A mãe pode opor-se a que o seu nome conste dos registos do estabelecimento de saúde onde ocorreu o parto bem como do registo de nascimento, entregando a criança aos serviços públicos competentes tendo em vista sua futura adopção.

Esta figura permitiu encobrir contratos *gestação de substituição* (ilegais na França, como vimos): a gestante aceitava ser inseminada com esperma do beneficiário e o parto ocorreria anónimo, seguindo-se uma perfilhação pelo dador de esperma e uma adopção pela mulher deste.

Em 1991, porém, a justiça francesa passou a considerar ilegal o esquema de adopção em causa, o que viria a ser confirmado pela *Cour de Cassation*⁵⁷⁰.

A tentativa de contorno da proibição da *gestação de substituição* também se verificou em Portugal, antes mesmo da publicação da lei da PMA, e sem necessidade de recurso a qualquer técnica de apoio médico à reprodução, envolvendo apenas a renúncia aos poderes e deveres da

informações sobre a sua saúde e a do pai, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento bem como a sua identidade, sendo informada da possibilidade que tem de levantar a qualquer momento esse segredo, e que, caso isso não ocorra, a sua identidade apenas poderá ser comunicada nas condições previstas na lei. O referido Conselho receberá, então, o pedido de acesso ao conhecimento das origens, formulado por escrito pelo filho (ou representantes legais, se for menor), recebendo ainda a declaração da mãe ou, se for caso disso, do pai biológico, mediante o qual cada um deles autoriza o levantamento do segredo da sua própria identidade. Em face do pedido do filho e se a mãe de nascimento tiver consentido expressamente no levantamento do segredo da sua identidade ou, no caso de falecimento desta, se não se tiver oposto a que a sua identidade seja comunicada após a sua morte, o Conselho comunica essa identidade, sendo certo que o acesso à informação relativa às origens não produz qualquer alteração no estado civil ou sobre a filiação.

⁵⁶⁹ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no Acórdão de 13 de Fevereiro de 2003, *Case of Odièvre v. France*, pronunciou-se sobre o regime jurídico do “*accouchement sous X*”, tendo concluído pela sua admissibilidade, à luz da Convenção (cfr. REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 238-255).

⁵⁷⁰ No seu Acórdão de 31 de Maio de 1991, a *Cour de Cassation* afirmou que este esquema de adopção constituía “*a fase final de um processo global destinado a permitir que um casal recebesse um filho em sua casa, concebido em execução de um contrato que tendia ao abandono ao nascimento pela sua mãe, e que, minando os princípios da indisponibilidade do corpo humano e o estado das pessoas, este processo constituiu uma deturpação do instituição da adopção*” (Acórdão da *Cour de Cassation*, *Assemblée plénière*, du 31 mai 1991, 90-20.105, disponível em www.legifrance.gouv.fr).

maternidade. As situações foram relatadas em 2004, e davam conta de que mulheres, de nacionalidade búlgara, aceitavam ingressar em maternidades portuguesas a fim de aqui terem o parto e de entregarem as crianças nascidas a mulheres portuguesas, cujo nome era utilizado para o registo civil⁵⁷¹.

⁵⁷¹ Notícia do Jornal Público de 7 de Agosto de 2004, disponível em: <https://www.publico.pt/2004/08/07/jornal/um-dos-bebes-vendidos-para-adopcao-esta-com-a-intermediaria-191740>.

§ 2 – Problemas da *gestação de substituição* transfronteiriça

1. O tema na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: teoria do reconhecimento *ex post facto* em defesa do *superior interesse da criança*

1.1. Casos envolvendo o Estado francês

A assunção de diferentes atitudes dos Estados em torno da *gestação de substituição*, e a circunstância de, muitas vezes em verdadeiro *turismo reprodutivo*, os beneficiários recorrerem à figura além-fronteiras, têm criado problemas que já determinaram a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem^{572/573}. Cabe aqui fazer referência aos Acórdãos tirados nos casos *Mennesson v. France*⁵⁷⁴ e *Labassee v. France*⁵⁷⁵, que, não sendo os

⁵⁷² Cfr. ANDORNO, Roberto, “Acordos Transfronteiriços (...)”, *ob. cit.*, pp. 131-133, e CHABY, Estrela, “Direito de constituir família, filiação e adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, 2016, II v., pp. 351-352. ESTRELA CHABY, também, analisa um caso belga, concretamente, o caso *D. e outros vs. Bélgica*, de 8 de Julho de 2014. Nele, o TEDH analisou a “situação em que um casal belga recorreu a maternidade de substituição na Ucrânia. Segundo o direito ucraniano, a criança não tinha nacionalidade ucraniana, e a embaixada belga recusou a emissão de passaporte belga, por os beneficiários não terem logrado demonstrar que a criança era sua filha (nomeadamente, através de documentação relativa ao parto). A criança foi, por isso, impedida de viajar para a Bélgica, sendo certo que os beneficiários não puderam permanecer na Ucrânia, após um determinado período, pelo que a criança ficou naquele país, aos cuidados de uma ama contratada pelos beneficiários, durante alguns meses, período em que os beneficiários realizaram visitas à criança. Foi recusada a emissão, em procedimento judicial urgente, de documentos que permitissem à criança viajar para a Bélgica, o que veio a ser autorizado apenas perante a prova da existência de relação de filiação entre o elemento masculino do casal e a criança. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou inexistir violação do artigo 8º nem do artigo 3º da Convenção (os recorrentes invocaram a existência de tratamento degradante e desumano)” (IDEM, pp. 351-352).

⁵⁷³ Analisando os casos, com a perspectiva do direito espanhol, v. BALMASEDA, Oscar Monje, “La problemática (...)”, *ob. cit.*, pp. 262-265.

⁵⁷⁴ Acórdão do TEDH de 26 de Junho de 2014, *Case of Mennesson v. France*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

⁵⁷⁵ Acórdão do TEDH de 26 de Junho de 2014, *Case of Labassee v. France*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

únicos sobre o tema, são particularmente demonstrativos da posição adoptada pelo Tribunal^{576/577/578}.

Os casos dizem respeito a dois casais (o casal *Menesson* e o casal *Labassee*) cujas mulheres eram inférteis. Pretendendo gerar um filho, deslocaram-se à Califórnia e ao Minnesota, respectivamente, a fim de recorrerem à gestação de substituição. Em ambos os casos, os embriões foram gerados com recurso a ovócitos e espermatozóides dos casais beneficiários, seguidamente implantados no útero da gestante de substituição, que concordou entregar as crianças após o nascimento.

Um tribunal californiano determinou, antes mesmo do nascimento, que os *Menesson* fossem considerados o pai genético e a mãe legal, quando os filhos nascessem. A certidão de nascimento californiana mencionava, assim, como progenitores, os membros do casal beneficiário, sem qualquer referência à gestante de substituição. Idêntica decisão foi proferida por um tribunal do Minnesota, no caso *Labassee*.

Apresentado o certificado de nascimento pelos *Menesson*, em França, nos serviços de registo competentes, o Ministério Público promoveu a anulação do registo.

O caso acabou por subir à *Court de Cassation* em 2011, tendo sido aí rejeitada a pretensão do casal beneficiário, decidindo o Tribunal que o

⁵⁷⁶ Em sentido semelhante, *Case of Foulon and Bouvet v. France*, de 21 de Julho de 2016 (<https://hudoc.echr.coe.int>).

⁵⁷⁷ Defendendo o acolhimento da jurisprudência do TEDH, nesta matéria, no direito espanhol, em nome da defesa do *superior interesse da criança*, v. BALMASEDA, Oscar Monje, “La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 y la posición de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 262-266.

⁵⁷⁸ Cfr., para uma análise detalhada da jurisprudência do TEDH nesta matéria, JUANEDA, Luis Garau, “La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los efectos de una gestación subrogada, legal en el país donde se ha llevado a cabo, en estados vinculados por el convenio europeo de derechos humanos en los que rige su prohibición”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 441-452.

contrato de *gestação de substituição* era nulo e contrário à ordem pública (nos termos dos artigos 16-7 e 16-9 do Código Civil francês), em particular, ao princípio segundo o qual o estado civil é indisponível.

Não obstante, a *Court de Cassation* realçou que a anulação do registo não impedia as crianças de viver com os *Menessons* e não as privava de um vínculo materno e paterno de filiação, de acordo com a lei californiana, referindo ainda que a mesma não violava o direito ao respeito à *vida familiar e privada* (consagrado no artigo 8.º da CEDH) ou os interesses da criança^{579/580}.

No caso dos *Labassees*, a certidão de nascimento, emitida pelo Estado do Minnesota, nunca chegou a ser registada, por tal ter sido recusado. A *Court de Cassation* proferiu uma decisão semelhante à oferecida ao caso *Menesson*.

Apreciando os casos, após os juízos da *Court de Cassation*, o Tribunal de Estrasburgo decidiu que a ambos era aplicável o artigo 8.º da CEDH, atendendo à tutela que dele resulta quanto à *vida familiar*, na medida em que os casais beneficiários agiram como progenitores das crianças desde o nascimento, formando uma família. Reconheceu também uma relação directa entre a *vida privada* de crianças nascidas através da *gestação de substituição* e a determinação da sua filiação legal, referindo estar assim em discussão um aspecto essencial da identidade de um indivíduo.

Quanto ao respeito pela tutela da *vida familiar*, o Tribunal considerou que a França, no uso da sua *margem de apreciação*, agiu motivada por interesses legítimos, a saber, a protecção da saúde e dos direitos e liberdades de terceiros, na medida em que a sua conduta decorreu de um desejo de desencorajar os franceses a recorrer, fora da França, a uma técnica

⁵⁷⁹ Nos termos do artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁵⁸⁰ Sobre o alcance do direito à *vida familiar*, consagrado no artigo 8.º da CEDH, v. VEGA, Pablo Fernández de la, “La gestación subrogada y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 373-374.

reprodutiva proibida domesticamente, assim procurando proteger as crianças e a gestante de substituição. Neste ponto, a França teria mesmo uma *ampla margem de apreciação*, porque na esfera das decisões relativas à *gestação de substituição* não há consenso europeu.

Porém, ao mesmo tempo, essa margem encurtava-se quando em causa estava uma questão de *estabelecimento da filiação*, um aspecto fundamental da existência ou identidade de um indivíduo.

No que reporta ao direito ao respeito pela *vida familiar*, o Tribunal considerou que os recorrentes admitiram que os obstáculos causados pelo não reconhecimento das certidões de nascimento pelo Supremo Tribunal francês não eram intransponíveis, na medida em que não haviam demonstrado terem sido impedidos de gozar na França o direito ao respeito pela sua *vida familiar*.

Já quanto ao direito ao respeito pela *vida privada das crianças*, o Tribunal concluiu pela violação do artigo 8º da CEDH, em face da incerteza jurídica com que as mesmas foram confrontadas aquando do não reconhecimento, na ordem jurídica francesa, do vínculo de filiação com o casal beneficiário, afectando a sua *identidade*, designadamente, criando incerteza quanto à obtenção da nacionalidade francesa, e também, aos seus direitos hereditários.

Em conclusão, o Tribunal considerou que a recusa de reconhecimento legal da realidade biológica violava o *superior interesse das crianças*, tendo a França excedido a margem de apreciação deixada aos Estados no âmbito das decisões relativas à *gestação de substituição*⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Relativamente aos problemas colocados pela *gestação de substituição no direito internacional privado*, v.: VICENTE, Dário Moura, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 607-627; SILVA, Nuno Ascensão / RIBEIRO, Geraldo Rocha, “A maternidade de substituição e o direito internacional privado português”, in *Cadernos do CENoR*, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 9-75; MOTA, Luísa, “A Gestação de Substituição no Direito Internacional Privado Português”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 63-82; OLIVEIRA, Elsa

Desta jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode, assim, retirar-se o entendimento segundo o qual a Convenção não permite, no contexto da *gestação de substituição*, que a atribuição da maternidade, por um Estado, à mulher beneficiária, seja posteriormente contrariada pelas autoridades de outro Estado, com fundamento do não reconhecimento da figura da *gestação de substituição* pelo ordenamento jurídico desse segundo Estado, quando tal colocar em causa o *superior interesse das crianças*, ao menos nos casos em que a criança tenha um vínculo biológico com o casal intencional.

1.2. O caso *Paradiso and Campanelli*, na Itália

O caso *Paradiso and Campanelli v. Italy*^{582/583}, com origem nos tribunais italianos, apresenta algumas diferenças relativamente aos casos franceses agora analisados.

Em causa estava a decisão de um tribunal italiano que rejeitou o registo dos membros de um casal beneficiário⁵⁸⁴ como progenitores legais de uma criança nascida na Rússia, na sequência de um processo de *gestação de substituição*. A criança havia sido concebida com recurso a gâmetas doados, e a gestante, após o parto (e o recebimento do pagamento acordado) consentiu que os membros do casal italiano fossem registados, em Moscovo, como os seus progenitores legais. Em Itália, porém, as autoridades

Dias, “A gestação de substituição e o Direito Internacional Privado: a realidade portuguesa”, in *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a.5 n.1, 2020, pp. 73-93.

⁵⁸² Acórdão do TEDH de 27 de Janeiro de 2015, *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

⁵⁸³ Analisando o caso no contexto do enquadramento registal, em Espanha, dos casos de gestação de substituição ocorrida além-fronteiras, v. SÁNCHEZ, Alicia Sánchez, “El informe de 11 de julio de 2014 de la dirección general de los registros y del notariado”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 241.

⁵⁸⁴ De nacionalidade italiana.

recusaram aceitar tal registo, alegando que a certidão de nascimento russa era falsa e que não existia ligação genética entre a criança e o casal beneficiário, o que levou a que o bebé fosse retirado, com apenas 6 meses, ao casal beneficiário, e entregue a uma família adoptiva.

O casal beneficiário alegava que o estado Italiano havia violado o artigo 8.º da CEDH e o TEDH entendeu, efectivamente, que a “vida familiar” foi violada quando a criança foi retirada do casal, mesmo que ela estivesse a viver com eles há pouco tempo, arbitrando-lhes uma indemnização⁵⁸⁵.

Em 24 de janeiro de 2017, porém, o Tribunal Europeu, reunido em *Grande Chambre*, anulou a decisão anterior, no entendimento segundo o qual as autoridades italianas agiram legitimamente ao retirar a criança da custódia do casal beneficiário, que não tinha relação biológica com ela⁵⁸⁶.

Uma das diferenças essenciais, entre este caso italiano e os casos franceses analisados, reside, portanto, na circunstância de, no caso italiano, a criança não ter qualquer ligação biológica ao casal beneficiário e ter residido um escasso tempo com o casal beneficiário (sendo certo que a cessação da residência foi determinada por actos das autoridades italianas).

Isto poderia significar que, sem prejuízo das especificidades de cada caso, a teoria que o TEDH construiu no sentido do reconhecimento *ex post facto* nas situações de *gestação de substituição* só valeria nos casos em que existisse uma ligação biológica entre a criança e o casal beneficiário, e um contexto de inserção da criança no contexto familiar dos beneficiários.

⁵⁸⁵ Cfr., ainda, a análise do caso por ROBERTO ANDORNO (ANDORNO, Roberto, “Acordos Transfronteiriços (...), *ob. cit.*, pp. 132 e ss.).

⁵⁸⁶ O Tribunal Constitucional português, no seu n.º 225/2018, de 24 de Abril, fez referência ao caso: “*Avaliando o impacto que a separação irreversível entre os beneficiários e a criança teve na vida privada dos primeiros, o Tribunal considerou que as autoridades italianas haviam procedido a uma ponderação adequada dos interesses em conflito, e que os interesses públicos deveriam ser tidos como prevalecentes neste caso, a fim de evitar a consolidação no ordenamento jurídico de uma situação criada intencionalmente pelos beneficiários da gestação de substituição em incumprimento de normas importantes do direito italiano. Deste modo, o TEDH concluiu que os tribunais italianos, ao verificarem que a criança não sofreria danos graves ou irreparáveis em consequência da separação, não tinham extravasado da margem de apreciação estadual consentida, pelo que não ocorrera uma violação do artigo 8.º da CEDH*” (Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1901).

É isso que resulta da *Advisory opinion* de 10 de abril de 2019, que se referirá em seguida, a qual, não obstante a sua importância, apenas se aplica nos casos em que existe ligação biológica com o casal beneficiário (com o homem do casal beneficiário, e eventualmente, com a mulher beneficiária)⁵⁸⁷.

Porém, essa solução não é a desejável. Pensamos que, para o que importa agora resolver, *id est*, é para saber se, tendo em conta atitudes legislativas díspares dos Estados, estes, no respeito por certos direitos fundamentais devem ter uma atitude de permeabilidade relativamente a situações familiares ocorridas noutras jurisdições, sob pena de se colocar em causa o *superior interesse da criança*, pouco relevante será saber se em causa está uma criança cujo material biológico pertence, no todo ou em parte, ao casal beneficiário ou se foram utilizados gâmetas de dador, e até do concreto tempo que a criança residiu com o casal beneficiário.

Bem sabemos que, na *gestação de substituição*, se criou uma tendência no sentido de evitar, ou até proibir, a utilização do material biológico da gestante, ou pelo menos, de exigir que a criança que vai ser gerada seja biologicamente ligada ao casal beneficiário.

Porém, esta opção cabe aos Estados, nas escolhas que façam em matéria de regulamentação da *gestação de substituição*, e não se concebe como se possa admitir uma solução tão radicalmente oposta, no que diz respeito aos seus efeitos, como seja a de recusar o reconhecimento *ex post facto* nos casos em que a criança não tem ligação biológica o casal beneficiário.

De igual modo, neste tipo de situações, pensamos, não pode conceder-se ao argumento segundo o qual, tendo a criança residido pouco tempo com o casal beneficiário, fica igualmente justificado o afastamento da

⁵⁸⁷ Como veremos, havendo ligação biológica absoluta (como os dois membros do casal beneficiário), o reconhecimento da filiação a favor do casal beneficiário deverá, na perspectiva do TEDH, ocorrer directamente no registo civil, enquanto que, havendo utilização de ovócito de dadora, poderão os Estados impor a necessidade de recurso à adopção.

teoria do reconhecimento *ex post facto* da *gestação de substituição* ocorrida no estrangeiro.

Mais gravoso pode ser esse entendimento quando se argumenta com essa residência escassa, nos casos em que a sua cessação foi determinada pelo exercício da autoridade do Estado, já no âmbito da conduta deste no sentido de recusar o reconhecimento do estabelecimento dos vínculos de filiação a favor dos beneficiários. Pensamos que a teoria do reconhecimento *ex post facto* da *gestação de substituição* ocorrida no estrangeiro deve assentar na preponderância do *superior interesse da criança*⁵⁸⁸ na situação concreta.

Ou seja, o seu objetivo não é fazer tábua rasa dos outros valores co-envolvidos, como seja o direito cogente do Estado que pondera o reconhecimento, ou a sua *ordem pública internacional*.

O que se pretende é que esses valores sejam sopesados e confrontados com o princípio do *superior interesse da concreta criança envolvida*.

Sempre que este valor apontar no sentido do reconhecimento da *gestação de substituição* mesmo por Estado que não a admita na sua legislação, então essa deve ser a solução oferecida ao caso.

Para este resultado, a circunstância de estar em causa uma *substituição genética*, e não meramente *gestacional*, ou o curto período de tempo que a criança residiu com o casal beneficiário, sendo elementos a ponderar na solução a oferecer ao caso concreto, não podem considerar-se absolutamente decisivos para o afastamento de uma decisão de reconhecimento.

⁵⁸⁸ Sobre o superior interesse da criança como valor prevalecente na *gestação de substituição*, v. ORTIZ, Ana Isabel Herrán, “Aproximación ética y jurídica (...)”, *ob. cit.*, pp. 274-282.

1.3. *Advisory opinion* de 10 de abril de 2019

Não obstante a especificidade do caso italiano, pode dizer-se com segurança que a jurisprudência do TEDH tem admitido – em nome da proteção *do superior interesse da criança* – a eficácia *ex post facto* da *gestação de substituição*.

De tal forma que, no dia 10 de Abril de 2019, na sequência de um pedido da *Cour de Cassation* francesa^{589/590}, foi publicada pela *Grand Chamber* deste Tribunal a *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation (Request No. P16-2018-001)*^{591/592}.

Nesse documento, o Tribunal refere que, numa situação em que uma criança nasceu no estrangeiro por meio de *gestação de substituição* e foi concebida usando os gametas do pai beneficiário e de um terceiro doador, tendo sido reconhecida, no direito interno, aquela relação jurídica (com o pai): a) direito da criança ao respeito pela *vida privada* exige que o direito interno do Estado receptor forneça a possibilidade de reconhecimento da filiação com a futura beneficiária, designada na certidão de nascimento legalmente estabelecida no estrangeiro como a “mãe legal”; b) o direito da criança ao respeito pela *vida privada*, não exige que esse reconhecimento seja feito através da inscrição no registo de nascimento, pois outros meios, como a adopção da criança pela mãe beneficiária, podem ser utilizados desde que o procedimento previsto pelo direito interno garanta que possa

⁵⁸⁹ O tribunal francês pretendia saber se, tendo havido evolução na jurisprudência francesa, após os casos *Menesson v. France* e *Labassee v. France*, no sentido de aceitar a inscrição no registo civil do pai beneficiário, quando ele é o pai biológico, restando à mãe beneficiária o recurso à adopção, tais medidas cumpriam o disposto no artigo 8.º da CEDH.

⁵⁹⁰ Sobre o ponto, v. JUANEDA, Luis Garau, “La doctrina (...)”, *ob. cit.*, pp. 449-451.

⁵⁹¹ Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵⁹² Analisando a Opinião, v. GRASSO, Alfio Guido, *La maternità (...)*, *ob. cit.*, p. 46.

ser implementado de forma rápida e eficaz, de acordo com o *superior interesse da criança*^{593/594}.

Apesar de aplicável apenas nos casos em que existe uma ligação biológica com o casal beneficiário, com esta *Advisory opinion* reforçou o Tribunal o entendimento de que os Estados Parte (mesmo que proíbam este método gestacional) devem assegurar o reconhecimento da relação de filiação com os membros do casal (designadamente a mãe intencional [mesmo não sendo mãe uterina, nem mãe genética]), quando a criança é gerada através de *gestação de substituição* num país terceiro.

Relativamente aos casos em que também é utilizado o ovócito da mãe beneficiária, o Tribunal disse que “*a necessidade de fornecer a possibilidade de reconhecimento da relação jurídica entre a criança e a futura mãe aplica-se com ainda maior força*”^{595/596}.

Na mesma linha de entendimento, na Alemanha, num importante Acórdão de 10 de Dezembro de 2014, o *Bundesgerichtshof*⁵⁹⁷, considerando não existir contradição com a *ordem pública internacional alemã* (nomeadamente por incompatibilidade do reconhecimento com os direitos fundamentais), considerou não existirem impedimentos ao reconhecimento efetuado por um tribunal estrangeiro⁵⁹⁸ da paternidade jurídica dos beneficiários relativamente a uma criança nascida na sequência do recurso à *gestação de substituição*⁵⁹⁹.

⁵⁹³ Matéria que cabe, portanto, na margem de apreciação dos Estados, nos casos em que foi utilizado ovócito de dadora.

⁵⁹⁴ JUANEDA, Luis Garau, “La doctrina (...)”, *ob. cit.*, p. 451.

⁵⁹⁵ Cfr. *Advisory opinion, cit.*, parágrafo 47.

⁵⁹⁶ Ou seja, deste entendimento resulta que, se existe uma ligação biológica absoluta entre a criança e os beneficiários, nenhuma margem terão os Estados para negar a inscrição no registo da filiação a favor dos beneficiários.

⁵⁹⁷ BGH, *Beschluss des XII. Zivilsenats vom 10.12.2014* - XII ZB 463/13, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

⁵⁹⁸ Esse tribunal era, na situação, o Tribunal Superior do Estado da Califórnia.

⁵⁹⁹ O caso concreto respeitava a um casal alemão, residente em Berlim, que em Agosto de 2010 recorreu à gestação de substituição no Estado norte-americano da Califórnia, tendo sido utilizado o esperma do marido e óvulos de dadora.

Na Áustria, o *Verfassungsgerichtshof* havia já chegado ao mesmo resultado no seu acórdão de 14 de Dezembro de 2011⁶⁰⁰, considerando que o *superior interesse da criança* deve afastar a regra geral “*mater semper certa est*”, prevista no § 137b do Código Civil⁶⁰¹.

Podemos dizer que, numa Europa tendencialmente contrária à *gestação de substituição*, se criou uma tendência judiciária, com forte intervenção do TEDH, que tem o efeito de eliminar algumas barreiras fronteiriças em matéria de regulamentação da PMA, quando a consideração das mesmas se traduziria em soluções jurídicas altamente prejudiciais para o ser humano que é trazido ao mundo na sequência da utilização da *gestação de substituição*, mas que não teve oportunidade de escolher o que quer que fosse no percurso que culminou nesse resultado.

O mínimo que se impõe é, de facto, que a pessoa gerada com recurso à *gestação de substituição* não tenha de sofrer o ónus adicional de, sem ter contribuído minimamente para a situação em que foi gerado, ter de suportar a afirmação da autoridade dos Estados relativamente à regulamentação de matérias tão sensíveis como aquela que nos ocupa, naquilo que constitui uma ingerência pouco compreensível na sua *vida privada*.

2. A Sentencia n.º 835/2013, de 6 de Fevereiro de 2014, do Supremo Tribunal Espanhol

A solução que o TEDH ofereceu aos casos franceses analisados, e, bem assim, a jurisprudência alemã e austríaca, não foram adoptadas em Espanha, onde o Supremo Tribunal, na *Sentencia n.º 835/2013*, de 6 de Fevereiro de 2014, confirmou a recusa do reconhecimento da filiação (reconhecimento

⁶⁰⁰ VfGH 14.12.2011, B 13/11, disponível em www.vfgh.gv.at.

⁶⁰¹ O caso dizia respeito a um casal beneficiário (sendo o pai italiano e a mãe austríaca) que recorreu à *gestação de substituição* no Estado norte-americano da Geórgia, tendo sido geradas duas crianças, com utilização do material biológico dos beneficiários.

esse efectuado pelas autoridades dos EUA), num caso de recurso à *gestação de substituição* por casal homossexual, com a utilização de esperma de um dos membros do casal, cidadão espanhol, e ovócito de dadora⁶⁰².

Neste caso, os dois homens espanhóis, solicitaram, em 2005, aos serviços consulares de Los Angeles, no Estado norte-americano da Califórnia, o registo de nascimento de dois filhos, nascidos naquele Estado, em 24 de Outubro de 2008, na sequência de um procedimento de *gestação de substituição*. As crianças foram registadas no registo civil da Califórnia como filhos dos requerentes e foi emitido o certificado respectivo.

Entendeu o Supremo Tribunal que o documento estrangeiro que certificava a filiação das crianças a favor dos beneficiários violava a *ordem pública internacional espanhola*⁶⁰³, e não poderia funcionar como um título adequado para registar tal filiação no registo civil espanhol.

Esta solução, porém, é contestada doutrinalmente⁶⁰⁴.

ALFONSO-LUIS CARAVACA e JAVIER GONZÁLEZ apontam-lhe as seguintes falhas essenciais⁶⁰⁵: a) o Supremo Tribunal não apreciou a existência de violação da *ordem pública internacional espanhola* no caso concreto, e para que a ordem pública internacional espanhola possa intervir, é absolutamente necessário descer à arena dos factos concretos; b) o *superior interesse da criança* está consagrado no Direito espanhol, pelo que são as leis espanholas as que devem ser ajustadas, na sua formulação escrita e na sua aplicação prática, ao referido princípio, que se constitui, ele próprio, conformador da *ordem pública internacional espanhola*; c) a recusa de atribuição de efeitos jurídicos aos documentos de registo estrangeiros provoca prejuízos aos menores em causa.

⁶⁰² ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (...)”, *ob. cit.*, p. 18.

⁶⁰³ MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, “El futuro (...)”, *ob. cit.*, pp. 315-316.

⁶⁰⁴ Sobre a necessidade de encontrar alternativas à afirmação da nulidade em torno da figura, para defesa do superior interesse da criança, v. BLANCO, Victorio Magariños, “Reflexiones (...)”, *ob. cit.*, p. 98.

⁶⁰⁵ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo / GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)”, in *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 6, 2016, pp. 403-405.

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ, considera, porém, que a decisão do Supremo Tribunal Espanhol foi acertada, por entender não dever legalizar-se, por via jurisprudencial, algo que compete ao legislador determinar se é, ou não, aceitável no plano legal⁶⁰⁶.

Este argumento é interessante e merece comentários, pois apesar de a discussão ora em análise respeitar ao direito espanhol, não deixa de ser transponível para o sistema português⁶⁰⁷.

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ considera a questão da admissibilidade da *gestação de substituição* uma tarefa do legislador, e defende que a mesma deve ser precedida de ampla discussão social, desde logo, para que se façam opções como as relativas ao espectro de possíveis beneficiários (como por exemplo, os casais homossexuais masculinos que, tal como sucedeu no caso em análise pelo Supremo Tribunal Espanhol, tiveram de recorrer *ao turismo reprodutivo*).

Tem razão, neste ponto, mas não podemos, porém, acompanhar a Ilustre Autora no desenvolvimento que lhe confere. Ao aceitar a decisão judicial, por entender ser a única possível em face da legislação espanhola e da proibição da *gestação de substituição* aí vigente, reconhece que a *Sentencia* é injusta por deixar as crianças num *limbo jurídico*⁶⁰⁸.

Esta afirmação merece-nos dois comentários.

Desde logo, os problemas do reconhecimento *ex post facto* das situações de *gestação de substituição* não se reconduzem à imposição da

⁶⁰⁶ IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 40, 2014, pp. 173-174.

⁶⁰⁷ Ou de outros países que consagrem uma proibição de *gestação de substituição* e tenham de ser confrontados com um procedimento levado a cabo, licitamente, no estrangeiro.

⁶⁰⁸ IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “La gestación (...)”, *ob. cit.*, p. 174.

alteração, por via jurisprudencial, do Direito vigente, designadamente, no sentido da indução da admissibilidade da figura^{609/610}.

Quando se defende esta teoria não se está a propalar a adopção *da gestação de substituição* como solução reprodutiva, qualquer que seja a sua modalidade. O acolhimento judiciário do reconhecimento *ex post facto* não pretende a imposição, ao Estado visado, de uma axiologia diferente daquela que a sua legislação revela e que conduza à admissibilidade, ainda que por via de um qualquer apelo ao *precedente*, da *gestação de substituição*.

O que está em causa é, num quadro de *divergência transfronteiriça*, tendo o casal beneficiário utilizado um procedimento perfeitamente legal no estrangeiro, encontrar a melhor solução na perspectiva da criança gerada com recurso à *gestação de substituição*⁶¹¹, o que normalmente corresponde ao reconhecimento do estabelecimento dos vínculos relativamente ao casal beneficiário e a confirmação da permanência da criança nesse quadro familiar.

Dir-se-á que, desta forma, se estarão a contornar as proibições legais, conseguindo-se um resultado desejado, mas proibido, e em clara infracção legal.

Porém, convém ter presente que a circunstância de o procedimento ter ocorrido além-fronteiras, em total cumprimento pela lei não pode deixar de contribuir como atenuante para esse desvalor. Na verdade, os beneficiários utilizaram um sistema de apoio médico à procriação regular e

⁶⁰⁹ Nesse sentido, v. Vega, Pablo Fernández de la, “La gestación subrogada (...)”, *ob. cit.*, p. 376.

⁶¹⁰ Posição contrária tem MARIE-XAVIÈRE CATTO, que defende que o reconhecimento *ex post facto* neutraliza os efeitos da proibição prejudicando interesses que esta protege. A Autora, reconhecendo que existe um conflito entre o interesse da criança em ver estabelecida a parentalidade a favor dos beneficiários e o interesse, protegido através da proibição da *gestação de substituição*, de impedir a exploração das mulheres no exterior, critica o facto de o argumento da *protecção de género* andar arredado das decisões judiciais nesta matéria (CATTO, Marie-Xavière, “La gestation pour autrui: d’un problème d’ordre public au conflit d’intérêts?”, in *La Revue des droits de l’homme* [online], 3, 2013, pp. 31-32.

⁶¹¹ Nesse sentido, ANA ORTIZ refere que, aceitando-se ou não a *gestação substituição*, certo é que as crianças devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico (ORTIZ, Ana Isabel Herrán, “Aproximación ética y jurídica (...)”, *ob. cit.*, p. 300).

regulamentado, beneficiando do devido controlo do poder público, e no contexto de sociedades e sistemas considerados democráticos.

Mesmo que o tenham feito em *turismo reprodutivo*, o juízo não muda radicalmente, pois a *liberdade individual* é um valor defendido pelos sistemas de Direito que assentam na *dignidade da pessoa*.

Por outro lado, não podemos acompanhar a Autora por outro motivo.

Ainda que a questão se reconduzisse a um estrito problema de aplicação da lei, ou seja, ainda que o que estivesse essencialmente em causa fosse evitar defraudar a lei vigente no ordenamento em causa, então, considerando o Tribunal que a aplicação da lei conduziria a obtenção de um resultado iníquo, caber-lhe-ia apelar aos princípios do sistema, mais do que à regra legal oferecida⁶¹², por forma a encontrar uma *decisão justa* para o caso.

Nesse cenário, o resultado só poderia ser, mais uma vez, o reconhecimento da *gestação de substituição* ocorrida no estrangeiro.

Como fizeram notar ALFONSO-LUIS CARAVACA e JAVIER GONZÁLEZ, o direito espanhol consagra tanto a proibição da *gestação de substituição* quanto o princípio fundamental da protecção do *superior interesse da criança*.

A proibição da *gestação de substituição* em Espanha não sairia, em geral e abstracto, beliscada se o Tribunal reconhecesse o estabelecimento da paternidade relativamente ao casal beneficiário. Saiu, porém, fortemente afectado o *superior interesse da criança*, com a implacável decisão judicial que aplicou aquela proibição, e dela retirou todas as consequências (incluindo o não reconhecimento desses vínculos) no caso concreto.

O mesmo diríamos, em situação similar, perante o ordenamento jurídico português, num cenário de proibição da *gestação de substituição*⁶¹³.

⁶¹² Realizando, portanto, uma *interpretação da norma conforme os princípios* (CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia Jurídica (...)*, ob. cit., pp. 188-189).

⁶¹³ O Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, num parecer de 23 de Março de 2012 (Proc. 96/2010), entendeu que, em caso de *gestação de substituição*, e em face do regime da nulidade que a mesma encerra, “*deve ser solicitada a identificação da*

Por último, quanto ao ponto, importa referir que, já depois da *Sentencia n.º 835/2013*, de 6 de Fevereiro de 2014, o Tribunal Supremo proferiu um Auto, a 2 de Fevereiro de 2015⁶¹⁴, confirmando que “*la denegación de la inscripción en España de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución respecto de los comitentes no vulnera el derecho a la vida privada de los menores*”, afirmando, ainda, que a proibição de discriminação fundada na filiação não exige que o ordenamento jurídico espanhol deva reconhecer a filiação a favor dos beneficiários decorrente do contrato de *gestação substituição*^{615/616}.

Mais recentemente, a *Dirección General de los Registros y del Notariado*, proferiu, num curto espaço de tempo (de quatro dias), duas instruções contraditórias⁶¹⁷.

Na *Instrucción de 14 de febrero de 2019*^{618/619}, facilitava-se, mediante certos pressupostos, o estabelecimento da paternidade a favor do elemento masculino do casal beneficiário, abrindo-se a porta a um procedimento de adopção subsequente⁶²⁰ por parte da mãe beneficiária. Porém, a *Instrucción*

parturiente para ficar a constar como mãe no registo”, e “*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 do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, de 23 de Março de 2012 (Proc. 96/2010, disponível em www.irn.mj.pt).

⁶¹⁴ Disponível em www.poderjudicial.es.

⁶¹⁵ NOCI, Rafael Linares, “El contrato de gestar (...)”, *ob. cit.*, p. 210.

⁶¹⁶ BALMASEDA, Oscar Monje, “La problemática (...)”, *ob. cit.*, pp. 257-262.

⁶¹⁷ O episódio “insólito” no contexto da DRGN espanhola, não deixa de ser revelador da complexidade da determinação de procedimentos nesta matéria (ANDREU MARTÍNEZ, Maria Belén, “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10 bis, 2019, p. 66).

⁶¹⁸ Disponível em www.boe.es.

⁶¹⁹ MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, “El futuro (...)”, *ob. cit.*, pp. 313-314.

⁶²⁰ BALMASEDA, Oscar Monje, “La problemática (...)”, *ob. cit.*, p. 255.

de 18 de febrero de 2019^{621/622/623}, revogou-a, passando a vigorar, novamente, as regras, mais restritivas, da *Instrucción de 5 de octubre de 2010*^{624/625}, que apenas admitem o estabelecimento da filiação a favor da beneficiária quando a mesma conste de sentença judicial⁶²⁶, ficando, nos outros casos, mais dificultado o recurso ao posterior processo de adopção⁶²⁷, restando, para os beneficiários, o exercício, uma vez decorridos os prazos legalmente previstos, à “*acção de filiação por constante posse de estado*”⁶²⁸.

⁶²¹ Disponível em www.boe.es.

⁶²² De acordo com esta última instrução, a *gestação de substituição* constitui um fenómeno em que se produz uma grave violação dos direitos dos menores e das gestantes (BALMASEDA, Oscar Monje, “La problemática (...)”, *ob. cit.*, pp. 254-257).

⁶²³ Em face do quadro jurídico espanhol, e dos problemas que cria, sobretudo quanto à tutela dos interesses da criança gerada com o procedimento, são frequentes os apelos à regulamentação da *gestação de substituição* (ORTIZ, Ana Isabel Herrán, “Aproximación ética y jurídica (...)”, *ob. cit.*, pp. 290-298).

⁶²⁴ Disponível em www.boe.es.

⁶²⁵ Analisando, pormenorizadamente, esta instrução, v. SÁNCHEZ, Alicia Sánchez, “El informe de 11 de julio de 2014 de la dirección general de los registros y del notariado”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 321-346.

⁶²⁶ Sobre os termos como os documentos judiciais podem ser levados ao registo civil espanhol, v.: IZU, Martín Corera, “El nuevo procedimiento de inscripción de documentos judiciales previsto en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 379-408; LORANCA, Carlos Cerrada, “La inscripción de nacimiento según la Ley 20/2011 de Registro Civil modificada por la Ley 19/2015”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 427-440.

⁶²⁷ MARIA CORDOBES analisa, com pormenor, os termos em que, no direito espanhol, o procedimento de adopção pode ser utilizado pelos beneficiários, depois de um procedimento de *gestação de substituição* ocorrido no estrangeiro (CORDOBES, Maria del Mar Gil, “Adopción tras gestación subrogada”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 409-426).

⁶²⁸ MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, “El futuro (...)”, *ob. cit.*, pp. 314-315.

3. A *gestação de substituição* no Tribunal de Justiça da União Europeia

Ao nível do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), os problemas que se têm colocado situam-se, sobretudo, no plano da protecção social, isto é, quanto à questão de saber se a *gestação de substituição* pode ser equiparada à adopção e à maternidade ou paternidade para efeitos de atribuição de direitos sociais, como as licenças parentais, para os beneficiários e a gestante.

No Acórdão de 18 de Março de 2014, o TJUE conclui que os Estados-Membros não são obrigados a conceder licença de maternidade à mulher beneficiária da *gestação de substituição* (mesmo nos casos em que pode amamentar o filho(a)), prevista no artigo 8.º da Diretiva 92/85/CEE, do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, e que não constitui uma discriminação em razão do sexo, à luz da Diretiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, o facto de o empregador *recusar a concessão de licença de maternidade* a uma mãe beneficiária que teve um filho na sequência de um contrato de *gestação de substituição*⁶²⁹.

Noutro acórdão, com a mesma data, o TJUE considerou que a Diretiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, não impõe a atribuição à mulher beneficiária, no contexto da *gestação de substituição*, de uma licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou à licença por adopção⁶³⁰.

Como vemos, as decisões ao nível da justiça da União Europeia, sendo importantes, não são decisões de fundo relativamente à *gestação de*

⁶²⁹ OCHOA, Juan Carlos Benito-Butrón / GONZÁLEZ, Adiran Benito Butrón, “Aspectos de seguridad social en supuestos de gestación-maternidad subrogada: normativa y jurisprudencia”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 579-582.

⁶³⁰ IDEM.

substituição, no sentido em que não co-envolvem nenhum juízo relativamente à admissibilidade ou inadmissibilidade da figura. Delas não resulta, nem poderia resultar, sequer qualquer posição no sentido de os Estados Membros estarem ou não obrigados a reconhecer *ex post facto* um quadro concreto de *gestação de substituição*.

Não pode, porém, deixar de criticar-se a relutância em conceber uma equiparação entre *a gestação de substituição* e as demais formas de constituição de família, designadamente, estabelecendo uma equivalência entre os casos de *gestação de substituição* e os casos de *adoção*^{631/632}.

Não podemos deixar de considerar discriminatório pretender que, no caso da adoção, quando a criança chega à nova família, se considere tal realidade equiparável à parentalidade decorrente de um parto, e, depois, tratar a *gestação de substituição*, nos casos em que ela é legalmente admissível, de forma diferenciada.

A questão chama a atenção para necessidade de, por via legislativa, se estabelecerem regras que impeçam esse tratamento diferenciado, e que tenham em consideração a especificidade da *gestação de substituição*.

Nessa consagração legal, haverá que considerar a posição do casal beneficiário, que em determinado momento receberá uma criança, mas também da gestante, que tem o parto, e que pode ficar com a criança (mesmo nos casos em que não há qualquer “arrependimento”) durante algum período após o nascimento, assumindo, por exemplo a amamentação, e dos demais cuidados pós-natais.

Esta é, portanto, matéria que deve ficar plasmada de forma bem clara na lei.

⁶³¹ Criticando os dois Acórdãos, por serem tributários de uma concepção que reduz a maternidade ao corpo feminino, v. VAUCHEZ, Stéphanie Hennette, “Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l’Union européenne”, in *La Revue des droits de l’homme*, 2014.

⁶³² O Tribunal Supremo espanhol proferiu várias decisões, desde 2014, reconhecendo, em várias, o direito à atribuição de prestações sociais aos beneficiários de procedimentos de *gestação de substituição*, inicialmente negadas pelos serviços da segurança social (OCHOA, Juan Carlos Benito-Butrón / GONZÁLEZ, Adiran Benito Butrón, “Aspectos de seguridad social (...)”, *ob. cit.*, pp. 588-597.

Num procedimento de *gestação de substituição*, o normal será que, após o parto, a gestante assuma a amamentação da criança, circunstância que até pode ser regulada no compromisso assinado entre a gestante e os beneficiários.

Assim, num cenário de admissibilidade legal da figura, não pode deixar de consagrar-se um regime de apoios sociais à gestante, de natureza temporária e adaptados às circunstâncias, mas sempre equiparados aos que vigoram para os restantes casos tradicionais de parentalidade, sendo mesmo de equacionar que eles existam nos casos em que a gestante está disposta a cumprir o compromisso, entregando a criança⁶³³.

No caso do casal beneficiário, a equiparação entre a integração da criança no seu núcleo familiar e o nascimento de uma criança nos termos ditos tradicionais deve ser integral.

É, pois, para esses efeitos, totalmente equiparável a situação do nascimento de uma criança num qualquer núcleo familiar e a integração da criança gerada com recurso à *gestação de substituição* no seio da família do casal beneficiário.

⁶³³ Pelo menos, até ao momento em que a criança passa a estar inserida no núcleo familiar dos beneficiários, ou, no limite, até à consolidação dos vínculos de filiação a favor dos beneficiários.

§ 3 – *De lege lata*: a gestação de substituição em Portugal

1. A *gestação de substituição* no direito português

1.1. Solução originária

A Lei da PMA, logo em 2006, optou por proibir a *gestação de substituição*, sancionando com nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, celebrados para o efeito⁶³⁴. Em caso de violação da proibição, estipulava ainda o mesmo artigo, que “*a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer*”^{635/636/637}.

Não obstante a proibição legal, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁶³⁸, em 2009, no seu artigo 63.º, n.º 5, não excluía a admissibilidade da figura, estabelecendo que “*a maternidade de substituição só pode ser ponderada em situações da maior excepcionalidade*”⁶³⁹.

⁶³⁴ Cfr. n.º 1 do artigo 8.º da Lei da PMA, na versão originária.

⁶³⁵ Cfr. n.º 3 do artigo 8.º da Lei da PMA, na versão originária.

⁶³⁶ Analisando o regime resultante da versão originária da Lei da PMA, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, pp. 59-65.

⁶³⁷ Olhando para os trabalhos preparatórios, é possível constatar que o *Projecto PS* era mais permissivo. Assentando na regra da nulidade dos negócios jurídicos onerosos celebrados para o efeito, admitia o recurso a essa técnica, mediante apreciação da entidade reguladora da PMA, dizendo que podia ser “*autorizado pelo Conselho Nacional de Reprodução Medicamente Assistida, a título excepcional, o recurso à maternidade de substituição, de acordo com os critérios a definir pelo Conselho e quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições: a) Tratar-se do único recurso para responder à situação concreta de infertilidade; b) Serem respeitados os interesses e os direitos do casal, da criança a nascer e da mãe de substituição, através de consentimento informado da gestante e dos futuros pais; c) Não ser praticada qualquer remuneração, sem prejuízo da compensação das despesas realizadas, objectivamente comprovadas*” (artigo 27.º, n.º 1).

⁶³⁸ Regulamento n.º 14/2009, publicado no Diário da República, n.º 8, Série II, de 13/01/2009.

⁶³⁹ A norma mantém-se no n.º 3 do artigo 71.º do Código Deontológico, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 139, 21/07/2016.

1.1.1. A criminalização do recurso à maternidade de substituição a título oneroso⁶⁴⁰

Entendeu o legislador português fazer acompanhar, logo na redacção originária, a proibição legal da *gestação de substituição*, no plano civilístico, da criminalização de algumas condutas a ela respeitantes^{641/642}.

A artigo 39.º, n.º 1, da redacção originária, determinava que “*quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias*”. Já o n.º 2 do mesmo artigo determinava que “*quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias*”⁶⁴³.

Os tipos incriminadores acabados de referir mereciam três comentários.

O primeiro respeitava à própria criminalização das condutas em causa, na medida em que a mesma estava longe de ser pacífica⁶⁴⁴. As dúvidas que, no plano do *direito civil*, se colocam à admissibilidade da figura, só por si, seriam um índice semiótico das maiores reservas que este exemplo de *neocriminalização* deve suscitar^{645/646}. Como lembra MARIA JOÃO ANTUNES,

⁶⁴⁰ Cfr., sobre o tema, da nossa autoria, REIS, Rafael Vale e, “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 7, n.º 13, Centro de Direito Biomédico da FDUC, 2010.

⁶⁴¹ Sobre o tema, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., pp. 1148-1150.

⁶⁴² Analisando aspectos penais da PMA no direito espanhol, v. AGUADO, Paz M. de la Cuesta, *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales: análisis del tipo objetivo del artículo 162 del código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

⁶⁴³ Sobre o ponto, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, ob. cit., pp. 166-167.

⁶⁴⁴ Considerando a criminalização excessiva, v. COSTA, Marta / LIMA, Catarina Saraiva, “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”, in *Lusíada*, Lisboa, s.2 n.10 (2012), p. 247.

⁶⁴⁵ Vale questionar que sentido faz chamar uma intervenção legal de *ultima ratio*, quando, no direito civil, a figura começa a merecer acolhimento e aceitação.

⁶⁴⁶ ANABELA RODRIGUES, analisando o artigo 168.º do Código Penal, que pune com pena de prisão de um a oito anos, quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu

analisando concretamente a entrada, entre nós, do direito criminal pelos campos da PMA, “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”⁶⁴⁷.

Já em 1986, MANUEL DA COSTA ANDRADE definia o “sentido e limites da criminalização das práticas biomédicas”, lembrando que “à semelhança do que em geral acontece, também no domínio específico das técnicas biomédicas a intervenção do direito penal terá de inscrever-se no horizonte de racionalização e de legitimação do discurso da criminalização”, ou seja, “um discurso onde prevalecem os princípios da subsidiaridade e fragmentaridade (o direito penal como *ultima ratio*) bem como o princípio da proporcionalidade e onde são determinantes categorias como as de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*), carência de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*) e eficácia de tutela penal (*Straftauglichkeit*)”^{648/649}.

Desde logo, a existir, em matéria de criminalização da *gestação de substituição*, bem jurídico individualizável⁶⁵⁰, não era fácil justificar a diferença abissal de tratamento, nas opções de 2006, no plano da

consentimento, refere, precisamente, que a fenomenologia das técnicas biomédicas constitui um domínio privilegiado da *neocriminalização*, alertando, ainda para os perigos de excessos (RODRIGUES, Anabela Miranda, “Anotação ao artigo 168.º”, in *Comentário Coimbraense do Código Penal*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pp. 778-795).

⁶⁴⁷ ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida: questões novas ou questões renovadas para o direito penal?”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra Editora, 2009-2010, Vol. III, p. 81. Cfr., ainda, sobre a intervenção do Direito Penal na PMA, KULLOK, Arthur Levy Brandão, “A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 150, ano 26, Dezembro 2018, pp. 309-366.

⁶⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, “Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas”, in *Revista de Direito e Economia*, 1986, p. 101.

⁶⁴⁹ Sobre o ponto, v., também, COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2015, pp. 172-177.

⁶⁵⁰ MARIA JOÃO ANTUNES pronuncia-se no sentido da desnecessidade de tutela penal do bem jurídico, em face da cominação da nulidade, enquanto sanção civil (ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida (...)”, *ob. cit.*, p. 91).

incriminação, entre o recurso à *gestação de substituição* a título *gratuito* e *oneroso*.

Deve ter-se presente que, juridicamente, a onerosidade do contrato não se resume aos casos em que gestante recebe dinheiro a troco do “serviço” prestado (casos de onerosidade *hard*), abrangendo também os casos em que outras vantagens patrimoniais estejam envolvidas (o pagamento de estudos, o perdão de uma renda ou a doação de um automóvel, por exemplo).

Admite-se que o legislador tenha querido reprimir a profissionalização das “mães hospedeiras”, mas então estar-se-ia perante um dilema: ou se ficou aquém da protecção que (o eventual) bem jurídico exigia, não se criminalizando condutas (o recurso à *gestação de substituição* a título gratuito) cujo desvalor está muito próximo de alguns comportamentos típicos (os identificados casos de onerosidade *light*), ou se teria ido longe demais, deixando cair no tipo legal condutas a que a *mens legislatoris* não pretenderia fazer corresponder uma sanção criminal.

O segundo comentário ia dirigido à letra do tipo vertido no n.º 1 do artigo 39.º. Um pressuposto de análise, nesta sede, é a remissão implícita para a norma do n.º 2 do artigo 8.º, onde se definia a, então designada, *maternidade de substituição*: dizia-se aí (à semelhança do que acontece após as alterações de 2016) que devia entender-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.

Tendo presentes estes elementos, ficava a dúvida sobre se a expressão “*concretizar contratos de maternidade de substituição*” abrangia logo a mera celebração do contrato ou exigia a sua efectiva execução. Caso se entendesse estar abrangida a simples celebração do contrato, poderia depois perguntar-se se a referência legal à sua “*concretização*” significaria a exigência, para o preenchimento do tipo, da sua redução a escrito.

Quanto a este ponto, e independentemente das dúvidas acerca da incriminação, pensamos que deveria considerar-se preenchido o tipo apenas nos casos em que, celebrado o contrato (verbalmente ou sob forma escrita), as partes “executaram” o acordo firmado através da entrega e recepção da criança (com a inerente renúncia, pela gestante, aos poderes e deveres próprios da maternidade). O argumento principal, não é, aqui, uma qualquer necessidade de a punição ser atrasada na expectativa de que o desvalor da acção seja eliminado com uma recusa por parte da gestante no cumprimento do previamente estabelecido. Está em causa, sobretudo, uma imputação ao legislador das suas próprias escolhas: o afastamento voluntário do termo técnico-jurídico “celebração” e a eleição da fórmula mais difusa “concretização” teria que traduzir-se numa diminuição efectiva do âmbito da proibição.

Num terceiro ponto, interessava denunciar o excesso de criminalização, mesmo dentro dos contratos onerosos *hard*. Não pode perder-se de vista que, por força do carácter amplo da noção contida no referido n.º 2 do artigo 8.º, eram elevadas à categoria de crime inúmeras condutas: é que os esquemas de *gestação de substituição* podem ser bastante variados, e pode até nem estar em causa a aplicação de qualquer técnica de PMA. Normalmente, nestes casos existe um casal (em que, em princípio, pelo menos um dos membros é infértil) e uma mulher que vai gerar o filho (a hospedeira). Utilizando a PMA, as possibilidades são as seguintes: fecundação com os gâmetas de um casal seguida da transferência do embrião para a gestante; fecundação de um óvulo da gestante utilizando esperma de um terceiro (que pode ser o marido daquela) ou esperma do membro do casal beneficiário; fecundação de um óvulo da mulher do casal beneficiário com esperma de um terceiro e transferência do embrião para o útero da gestante; fecundação de um óvulo de dadora com esperma de dador

e transferência do embrião para a gestante⁶⁵¹; transferência de embrião de dadores para a gestante.

Porém, em face da letra do n.º 2 do artigo 8.º, uma certa modalidade de adultério consentido cai também no âmbito da proibição, seja o caso da mulher infértil que aceita que o seu marido tenha relações com terceira mulher, a troco de um pagamento, comprometendo-se esta última, após o parto, a entregar a criança ao casal, renunciando aos poderes de deveres da maternidade, o que é bem demonstrativo dos excessos cometidos em matéria de pretensões criminalizadoras na gestação de substituição, logo em 2006.

Como veremos *infra*⁶⁵², os excessos aqui referidos agudizaram-se com as alterações legislativas de 2016.

1.1.2. A não criminalização do recurso à *gestação de substituição* a título gratuito: análise do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março

A não criminalização do recurso à *gestação de substituição* a título gratuito era entendida pelo grupo de deputados que requereu, em 2009, a declaração, com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da Lei da PMA, como um sinal de permissividade relativamente ao negócio em torno da figura, o que representaria um risco para a *dignidade* e outros direitos do ser humano e constituiria fraude à lei, por ir contra o estabelecido no artigo 8.º do mesmo diploma.

Em face do que já se disse *supra*⁶⁵³, é difícil aceitar como princípio de análise que tenha de ser o *direito penal* a definir qualquer grau de permissividade relativamente à *gestação de substituição*.

⁶⁵¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma, Duas!*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 9, nota 3.

⁶⁵² Cap. III § 3, 1.2.6.

⁶⁵³ Cap. III § 3, 1.1.1.

Em todo caso, a resposta técnica ao ponto foi claramente oferecida pelo TC, ao afirmar que *“o legislador não é necessariamente obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entende haver um bem jurídico digno de tutela jurídica”* e que *“no cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental, o legislador tem sempre alguma margem de livre apreciação no que respeita à escolha dos meios mais adequados para garantir esse bem respeitando os outros valores e interesses constitucionalmente protegidos à luz do princípio matricial da dignidade da pessoa humana”*⁶⁵⁴. Conclui, pois o TC que *“o legislador pode legitimamente optar por não criminalizar condutas que embora tenham resultados indesejáveis do ponto de vista social, se situam em contextos pessoais e emocionais de tal forma complexos que se torna difícil formular um juízo global de censura, nos termos em que tal juízo vai pressuposto em toda a sanção penal”,* pelo que *“a opção seguida pelo legislador, de não criminalizar, de forma autónoma, a maternidade de substituição gratuita, não merece censura constitucional”*^{655/656}.

O entendimento do tribunal parece-nos totalmente acertado. Porém, as alterações legislativas de 2016, trouxeram mesmo a criminalização da *gestação de substituição* a título gratuito, nos casos de incumprimento as normas reguladoras do procedimento, no que constitui, pensamos, um excesso de punição⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Cfr. Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, cit., p. 12468.

⁶⁵⁵ Cfr. Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, cit., p. 12469.

⁶⁵⁶ Analisando a posição do TC, v. CRORIE, Benedita Mac, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 57-59.

⁶⁵⁷ Na medida em que, seguindo os ensinamentos de COSTA ANDRADE, que referiremos, essa neocriminalização não respeita a concepção do *direito penal* como de *ultima ratio*, tendo em conta que o *direito civil* contém mecanismos suficientes para sancionar essa utilização errática da figura.

1.2. Solução resultante das alterações legislativas e regulamentares de 2016/2017

Em 2016/2017 o panorama legal da *gestação de substituição* mudou radicalmente, em Portugal.

A, agora, designada *gestação de substituição* (em detrimento da expressão *maternidade de substituição*, utilizada na versão originária) a título gratuito, passou a ser admitida, dentro de apertadas condições, após as alterações introduzidas à Lei da PMA pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto^{658/659}.

O modelo então criado assentava nas características que passamos a sintetizar.

A *gestação de substituição* continua a ser definida por referência à renúncia aos poderes e deveres da maternidade, considerando dentro do conceito “*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*”⁶⁶⁰.

A celebração de negócios jurídicos de *gestação de substituição* só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Antes da publicação desse diploma, havia merecido o *veto político* do Presidente da República o Decreto n.º 27/XIII, de 13 de Maio de 2016. O Presidente Marcelo Rebelo de Sousa fundamentou o seu veto, de 7 de Junho de 2016 (disponível em www.presidencia.pt), essencialmente, na circunstância de o referido Decreto não acolher “*as condições cumulativas formuladas pelo Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida*”, nos Pareceres 63/CNEV/2012, de 26 de Março de 2012 e 87/CNEV/2016, de 11 de Março de 2016. A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, resultou, assim, da promulgação, a 30 de Julho de 2016, do Decreto n.º 37/XIII, de 20 de Julho de 2016, que reformulou o citado o Decreto n.º 27/XIII.

⁶⁵⁹ Analisando o regime resultante da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, pp. 187-188.

⁶⁶⁰ Cfr. o n.º 1 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

⁶⁶¹ Cfr. o n.º 2 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

Não é admitida a substituição genética, mas apenas a substituição gestacional⁶⁶², pelo que a *gestação de substituição* só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante⁶⁶³.

O recurso à figura está dependente de autorização prévia (ao contrário do que acontece, por exemplo, no Reino Unido), no caso, do CNPMA, devendo a mesma ser antecedida de audição da Ordem dos Médicos⁶⁶⁴.

Os procedimentos de *gestação de substituição* terão de ter natureza altruística, sendo proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, excepto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio^{665/666}, sendo ainda proibida a figura quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas⁶⁶⁷.

O procedimento, de acordo com o recorte legal de 2016, pressupõe a existência de um documento escrito, designado de “contrato”, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar, obrigatoriamente, em

⁶⁶² Categorizando os tipos de sub-rogação, v. GUASCH, Olga Cardona, “La gestación subrogada (...)”, *ob. cit.*, p. 243.

⁶⁶³ Cfr. o n.º 3 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

⁶⁶⁴ Cfr. o n.º 4 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

⁶⁶⁵ Cfr. o n.º 5 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

⁶⁶⁶ No contrato-tipo na aprovado na reunião do CNPMA de 04/11/2017, e disponível em www.cnpm.org.pt, relativamente ao reembolso de despesas, ficou a constar, no n.º 1 da Cláusula 7.ª: “O casal beneficiário obriga-se a pagar à gestante o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente concretizadas e devidamente tituladas em documento próprio, nomeadamente transportes e medicação que decorram direta e necessariamente da celebração e do cumprimento do presente contrato”.

⁶⁶⁷ Cfr. o n.º 6 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez⁶⁶⁸, sendo certo que esse documento não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade⁶⁶⁹.

1.2.1. Situações clínicas que podem justificar o recurso à gestação de substituição

Como vimos, de acordo com a opção legislativa de 2016, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da Lei da PMA, o recurso ao procedimento de *gestação de substituição* só é possível nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem

Estão incluídas na previsão legal dois tipos de situações distintas.

O primeiro grupo de caso reporta-se a hipóteses em que a mulher beneficiária manifesta patologia clínica no seu aparelho reprodutor, ou seja, casos em que a beneficiária não tem útero (ausência congénita ou cirúrgica)⁶⁷⁰, ou o órgão tem uma lesão ou doença que impede a gravidez. Nos casos em que ela tem útero, para que possa recorrer à *gestação de substituição*, deverá estar em causa patologia que a torne estéril, como acontece com certos os problemas oncológicos ou casos graves de útero em

⁶⁶⁸ Cfr. o n.º 10 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

⁶⁶⁹ Cfr. o n.º 11 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016).

⁶⁷⁰ PRIETO, Maria Victoria Aparicio, “Generalidades y epidemiología de la subrogación de útero”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 717.

T, útero unicorne, adenomiose, tuberculose genital^{671/672}, patologia endometrial aderencial, ou poliomatose⁶⁷³.

O legislador admitiu, porém, um segundo tipo de hipóteses de recurso à *gestação de substituição*, e que, nos textos que antecederam as alterações legislativas de 2016, nem sempre constavam dos documentos que constituíram os trabalhos preparatórios.

Trata-se de situações em que a mulher pode não ter qualquer problema no seu aparelho reprodutor e até ser fértil, mas em que se justifica ainda assim o recurso a *gestação de substituição*.

Nestas hipóteses, a mulher beneficiária padece de uma qualquer outra patologia que, não gerando infertilidade *a se*, torna totalmente desaconselhável a gravidez. É o que acontece nos casos em que a mulher sofre, por exemplo, de esclerose múltipla, hipertensão pulmonar, insuficiência renal grave, cardiopatias, doenças autoimunes⁶⁷⁴, ou de qualquer outra patologia grave, muitas vezes até controlável com recurso a medicação, mas em que a administração dos fármacos teria que ser necessariamente suspensa durante uma potencial gravidez, com efeitos muito perniciosos para mulher beneficiária, como seja, por exemplo, a regressão irrecuperável no tratamento e o conseqüente agravamento do seu estado de saúde.

Nestes casos, portanto, o problema de saúde não está diretamente ligado ao aparelho reprodutor feminino, constituindo antes uma condição clínica que, até não sendo incompatível, em tese e em absoluto, com a gravidez, seria objetiva e inequivocamente agravada com o desenrolar da

⁶⁷¹ IDEM, pp. 717-719.

⁶⁷² Neste tipo de enfermidades, estima-se que apenas 19% das mulheres atinjam a gravidez e só 7% atingem o parto (PRIETO, Maria Victoria Aparicio, “Generalidades y epidemiología (...)”, *ob. cit.*, p. 719).

⁶⁷³ VILLAVARDE, Vicente López, “Indicaciones médicas y sociales de la subrogación de útero”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 726.

⁶⁷⁴ PRIETO, Maria Victoria Aparicio, “Generalidades y epidemiología (...)”, *ob. cit.*, pp. 719-720.

mesma, atendendo às particulares circunstâncias e cuidados que é necessário adoptar para que o seu resultado seja o expectável.

Ou seja, o segmento da norma “*situações clínicas que o justifiquem*” terá de ser interpretado, na economia do regime, como *justificação clínica que impossibilite ou desaconselhe a gravidez*, e já não no sentido de condição objectiva que a impeça, como veremos já de seguida.

Acresce que, nesta segunda categoria de hipóteses admitidas para o recurso à *gestação de substituição*, ainda se está perante a utilização da PMA enquanto método subsidiário de reprodução, na medida em que está em causa, ainda, o *tratamento de doença grave*, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 4.º da Lei da PMA.

1.2.2. Impossibilidade de recurso pelos casais homossexuais masculinos

Por força da delimitação acabada de analisar, isto é, pelo facto de o legislador ter associado o recurso à *gestação de substituição* a problemas no aparelho reprodutor da mulher ou, em complemento, às situações de patologias como as referidas, o modelo português de *gestação de substituição* de 2016 parece ter querido excluir, deliberadamente, a possibilidade de recurso à figura pelos casais homossexuais masculinos (e, também, por homens, isoladamente)⁶⁷⁵.

Só não seria assim numa leitura muito generosa da expressão do legislador “*situações clínicas que o justifiquem*”, e se, forçando muito a nota, se entendesse que um casal homossexual por ser absoluta e inexoravelmente estéril (*scilicet*: não podendo gerar por si uma criança pela circunstância de nenhum dos seus membros ter útero), se encontra numa situação clínica que justifica o recurso à *gestação de substituição*. Porém,

⁶⁷⁵ Sobre o desejo de recurso à figura manifestado por esta categoria de beneficiários, cfr. MURPHY, Dean A., *Gay Men Pursuing Parenthood via Surrogacy: Reconfiguring Kinship*, UNSW Press, 2015, ProQuest Ebook Central.

esse não parece ser minimamente o espírito da lei, pelo que, no regime de 2016, não pode recorrer-se à *gestação de substituição* (ao contrário do que acontece com as demais técnicas de PMA, quando o beneficiário é uma mulher) quando está em causa uma condição objectiva ou naturalística (que não seja clínica) que impede a gravidez.

Um homem ou um casal de homens nunca poderia beneficiar de um diagnóstico clínico que viabilizasse a *gestação de substituição* pelo simples facto de, naturalisticamente, não poder conceber-se a possibilidade de suportar(em), por si só, a gravidez.

Nestes casos, como refere JOÃO CARLOS LOUREIRO, está-se perante “infertilidade social”, ou “esterilidade relacional”^{676/677}, que ficaram fora do âmbito pretendido pelo legislador, pelo menos no que respeita aos beneficiários masculinos.

A verdade é que, qualquer tentativa de interpretação correctiva, no sentido de admitir que um casal de homens também pudesse beneficiar de um diagnóstico clínico de acesso à *gestação de substituição*, não ultrapassaria o crivo do artigo 6.º da Lei da PMA, que exclui do leque de possíveis beneficiários da PMA os casais homossexuais masculinos e os homens, isoladamente.

Assim a única conclusão possível, à luz dos preceitos citados, é a exclusão da possibilidade legal de recurso à *gestação de substituição* por essa categoria de beneficiários.

⁶⁷⁶ LOUREIRO, João Carlos, "Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação. Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição", in *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, 2013, pp. 1392-1393. Também sobre o problema geral do acesso à *gestação de substituição* pelos casais homossexuais (pp. 1401-1407). Cfr., ainda, LOUREIRO, João Carlos, "Adoção, procriação, movimento LGBT e leituras (pós-)QUEER em "tempos líquidos": sobre a questão da (in)constitucionalidade de uma proposta de referendo", in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra*, ano 10, n.º 20, 2013, pp. 34-35;

⁶⁷⁷ Também se pode falar em recurso à *gestação de substituição* por *indicação social* (VILLAVARDE, Vicente López, "Indicaciones médicas y sociales (...)", *ob. cit.*, pp. 729-730).

Esta solução, a manter-se no futuro, em face do alargamento do âmbito dos beneficiários em 2016⁶⁷⁸, poderá colocar problemas de constitucionalidade, por violação do *princípio da igualdade e não discriminação*⁶⁷⁹.

Na verdade, mantendo-se o actual quadro de possíveis beneficiários da PMA, dele resulta, como vimos, que a PMA passou ser um método alternativo de procriação para as mulheres.

Isto significa que um casal de mulheres tem hoje todas as condições para realizar o seu *projecto parental*, com recurso à PMA, mas isso já não acontece com os casais homossexuais masculinos, pois biologicamente, precisam de um útero para lograr tal desiderato.

Neste contexto de PMA como método alternativo de procriação, de possibilidade de recurso à *gestação de substituição* altruística (caso a sua consagração venha a confirmar-se) para resolver certos problemas de infertilidade, será difícil explicar e manter a solução que proíbe o recurso à *gestação de substituição* os casais homossexuais masculinos. Permanecendo o quadro oferecido pelo legislador em 2016, estes passarão a ser a única categoria, no leque de possíveis beneficiários (em abstracto) da PMA, sem enquadramento legal que lhes permita concretizar um *projecto parental*.

É, pois, perfeitamente natural que, num cenário futuro de consagração da *gestação de substituição* e de manutenção do leque de beneficiários previsto em 2016, se coloque uma *pressão de inconstitucionalidade* na inadmissibilidade de recurso à PMA para resolver

⁶⁷⁸ Concretamente, às mulheres isoladamente, ou enquanto membro de casais, incluindo casais homossexuais.

⁶⁷⁹ Dando conta da restrição, v. RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 38, n.º 149, Janeiro-Março 2017, p. 11. Chamando a atenção para a falta de discussão do problema, quando da elaboração da regulamentação da *gestação de substituição* em 2016, v. SILVA, Miguel Oliveira, “Que Futuro Para a Gestação de Substituição em Portugal? Um Olhar Bioético”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 59-60.

o desejo de concretização do *projecto parental* por parte desta categoria de potenciais beneficiários.

Em caso de uma futura abertura à possibilidade de recurso à *gestação de substituição* pelos casais homossexuais masculinos, ainda assim, será de ponderar em que termos a técnica pode vir a ser concretamente aplicada, ou seja, que modalidades ou variantes serão admissíveis.

Tendo em consideração que, para além de uma gestante, será necessária a obtenção de ovócito(s), são de colocar as seguintes questões:

a) Será admissível que a gestante seja também a dadora do ovócito, ou deverá prevalecer o entendimento segundo o qual a substituição gestacional é sempre preferível e, nesse caso, impor-se-á a regra da utilização de ovócitos de dadora?

b) Deverá admitir-se uma certa forma de *gestação partilhada*, no sentido de se transferirem embriões para os quais tenham contribuído, paralelamente, os dois membros do casal, na tentativa de lograr gravidezes de gémeos, cada um deles biologicamente ligado a um diferente membro do casal homossexual?

c) Poderá o casal pedir para não ser informado acerca de qual deles contribuiu biologicamente, com sucesso, para o embrião ou embriões transferidos, deixando que essa revelação seja descoberta apenas após o nascimento (seja com a clássica tentativa de descobrir com quem a criança seja parecida, ou, mais cientificamente, com recurso a testes genéticos)?

Relativamente à primeira questão, pelas razões ligadas à necessidade de minorar as possibilidades de “arrependimento” da gestante, (e que analisaremos *infra*⁶⁸⁰), deverá, pensamos, evitar-se o recurso ao material genético da gestante.

No que respeita à segunda questão, a solução deverá ser equiparada, por questões de igualdade, à *gestação partilhada* no caso dos casais homossexuais femininos. Apesar de, relativamente a estes, o resultado

⁶⁸⁰ Cap. III § 4, 291.

pretendido ser mais fácil de obter, até porque não implica a geração de gémeos, não se vislumbram razões para impedir, pelo menos, a realização de tentativas clínicas para o efeito (dentro dos princípios e restrições relativos à criação de embriões).

Quanto à terceira questão, não descortinamos razões maiores que aconselhem o afastamento da possibilidade de manifestação dessa preferência do casal beneficiário.

Deve ainda fazer-se uma última referência, a propósito de um eventual alargamento da *gestação de substituição* os casais homossexuais masculinos.

Como já referimos *supra*⁶⁸¹, tem de contar-se com a possibilidade de um dos membros desse casal ser, no plano legal, um homem, mas, por ser transgénero, ter aparelho reprodutor feminino, e, por isso, ser capaz de suportar uma gravidez.

Neste caso, verificar-se-á a circunstância de, por ser legalmente um homem, não permitir a lei a sua inseminação, por exemplo, com sémen de dador, para, utilizando o seu aparelho reprodutor, gerar uma criança, mas estar-lhe aberta a porta do recurso à *gestação de substituição*, desde que integrado num casal, e cumprindo-se todos os demais requisitos. Esse beneficiário não pode valer-se do seu útero, mas poderá lançar mão, eventualmente, de um útero de dadora.

Não estamos, aqui, porém, em face de grande paradoxo se atendermos a que a alteração oficial do género, sendo um acto de exercício da *autodeterminação sexual* constitui também um comportamento sério de *auto-responsabilização*, não devendo essa opção ser desviada no sentido de contribuir para uma confusão de planos ao nível da procriação, que não beneficiam os utentes, o sistema de apoio médico à reprodução e a sociedade em geral.

⁶⁸¹ Cap. II § 1, 1.2.6.

1.2.3. Possibilidade de recurso pelas mulheres, isoladamente?

Em face do carácter pouco explícito do n.º 3 do artigo 8.º da Lei da PMA (2016), poderia questionar-se se o legislador teria aberto a porta à *gestação de substituição* às mulheres isoladamente, desde que preenchidos os pressupostos previstos no n.º 2, ou seja, desde que essa potencial beneficiária padecesse de patologia no aparelho reprodutor ou relativamente a ela se verificasse situação clínica justificativa do recurso ao procedimento.

Uma leitura literal do preceito aponta no sentido de se exigir que em causa esteja necessariamente um casal⁶⁸², pois o legislador utilizou o plural “beneficiários” quando se refere à necessidade de utilização de gâmetas de, pelo menos, um deles⁶⁸³.

Porém, a questão complica-se se apelarmos, mais uma vez, ao n.º 1 do artigo 6.º da Lei da PMA, onde não se restringe qualquer possibilidade de recurso à *gestação de substituição* por mulheres isoladamente.

Este é um dos pontos que o legislador devia ter esclarecido com rigor.

Não o fazendo, criou insegurança jurídica, deixando o problema para a apreciação casuística do CNPMA, sendo certo que este organismo já se pronunciou, no sentido de considerar que, no regime de 2016, apenas poderiam ser beneficiários os casais heterossexuais ou os casais formados por duas mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges⁶⁸⁴.

A verdade é que a leitura de conjunto das citadas normas aponta no sentido da possibilidade de recurso à *gestação de substituição* pelas mulheres, isoladamente.

⁶⁸² Em sentido contrário, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo (...)”, *ob. cit.*, p. 12.

⁶⁸³ Sobre o ponto, num interessante excuro pelo direito português, v. YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación (...)”, *ob. cit.*, p. 70.

⁶⁸⁴ Cfr. Deliberação n.º 20/II, de 20 de outubro, 2017 - Interpretação do conceito de beneficiários, disponível em www.cnpma.org.pt, p. 3.

Na verdade, cabe perguntar que coerência teria um sistema que permite que uma mulher, isoladamente, possa ser inseminada com gâmetas de dador, sem necessidade de qualquer diagnóstico de infertilidade, e uma outra mulher, sem útero, e portanto com uma *condição clínica grave* que lhe causa infertilidade, se visse impedida de aceder à *gestação de substituição* (que até seria admitida, naquela mesma situação clínica, no caso de se encontrar em união de facto e até independentemente do tempo de duração dessa união).

A ser assim, a PMA como *método alternativo* de procriação suplantaria *em força* a PMA como *método subsidiário*, leia-se, enquanto método assente em *diagnóstico de infertilidade*.

Porém, tenha-se em mente que, caso a interpretação adequada fosse no sentido se permitir o recurso à *gestação de substituição* às mulheres, isoladamente, então, e relacionando esta questão com a que abordámos anteriormente, menos se compreende que uma mulher, isoladamente, tendo um problema reprodutivo possa utilizar a *gestação de substituição* e um homem, isoladamente, ou um casal homossexual (logo, com total ausência de útero) não possa a ela recorrer, por, como dissemos, ter uma infertilidade naturalística e não clínica.

1.2.4. Revogação do consentimento: espaço para a interrupção voluntária da gravidez?

Relativamente ao consentimento, e à sua eventual revogação, o legislador veio determinar que *“é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei”* (art. 8.º, n.º 8 da Lei da PMA (2016)), ou seja, é aplicável à gestação de substituição a regra constante do n.º 4 do artigo 11.º, que determina que *“o consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA”*.

Não é incontroversa esta referência ao *início dos processos terapêuticos de PMA*, na medida em que se tem defendido a sua substituição pelo momento da transferência uterina. VERA LÚCIA RAPOSO alerta nesse sentido, referindo que a escolha do legislador “*não se coaduna com o entendimento geralmente acolhidos pelas decisões judiciais que além-fronteiras decidiram casos de disputas sobre embriões, nem com o disposto nos formulários de consentimento informado disponibilizados pelo CNPMA, ambos reportando a linha de fronteira para a retirada do consentimento ao momento da transferência uterina*”⁶⁸⁵.

Em todo o caso, em face desta conjugação de normas, numa primeira análise, poderia resultar que estaria vedado à *gestante de substituição*, ao contrário do que acontece com todas as demais grávidas, o recurso à *interrupção voluntária da gravidez*⁶⁸⁶, a seu pedido, tal como prevista no Código Penal. Recordar-se que o artigo 142.º, n.º 1, al. e) do Código Penal⁶⁸⁷ permite a realização da *interrupção voluntária da gravidez*, efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez^{688/689}.

⁶⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo (...)”, *ob. cit.*, p. 18

⁶⁸⁶ Analisando o ponto, v. GRASSO, Alfio Guido, *La maternità (...)*, *ob. cit.*, pp. 288-296.

⁶⁸⁷ Em concreto sobre a al. e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, v. VILELA, Alexandra, “A interrupção da gravidez ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 142º do Código Penal, introduzida pela Lei nº 16/2007”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol V, Almedina, 2016, pp. 93-110.

⁶⁸⁸ Cfr., sobre o regime da *interrupção voluntária da gravidez*, por todos, FIGUEIREDO DIAS, Jorge / BRANDÃO, Nuno, “Anotação ao artigo 142.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pp. 266-297.

⁶⁸⁹ Admitindo-se esta modalidade de *interrupção voluntária da gravidez*, ficam admitidas, *a fortiori*, as restantes previstas no n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, devendo, porém, estabelecer-se as necessárias diferenças no que respeita às consequências compensatórias eventualmente dela decorrentes. Na Cláusula 11.ª do contrato-tipo na aprovado na reunião do CNPMA de 04/11/2017, e disponível em www.cnpm.org.pt, ficou a constar: “*É admissível a resolução do contrato por qualquer das partes, sem que haja lugar ao pagamento de qualquer indemnização, se for concretizada, nos termos das alíneas a) ou b) artigo 142.º do Código Penal, a interrupção da gravidez que constitua o único meio de remover ou evitar o perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da gestante*”.

Este aparente “esquecimento” do legislador acabaria “corrigido” pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, que regulamentou as alterações legislativas aqui em análise, e que, no seu artigo 4.º (sob a epígrafe “*Declaração negocial*”) estipula que “*sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, as declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição, são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA*”⁶⁹⁰.

Ficou, assim, claro, por esta via, que a gestante pode revogar o seu consentimento apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA e, depois de obtida a gravidez, enquanto puder legalmente interromper a gravidez (correspondendo esta sua opção a uma implícita, mas inexorável, revogação do consentimento).

A doutrina enfatiza que a interrupção da gravidez por parte da gestante deve constituir uma decisão da gestante, e apenas desta, pois “*é ela que está grávida e é ela que terá de decidir sobre atuação sobre o seu próprio corpo*” e “*qualquer outra opção implicaria uma violação do direito fundamental à liberdade de atuação da mulher gestante e do livre desenvolvimento da sua personalidade*”^{691/692}.

⁶⁹⁰ A possibilidade de recurso à *interrupção voluntária da gravidez* ficou expressamente consagrado no considerando h) do contrato-tipo na aprovado na reunião do CNPMA de 04/11/2017, e disponível em www.cnpm.org.pt, nos seguintes termos: “*O casal beneficiário e a gestante estão bem cientes da possibilidade de poder vir a ocorrer interrupção voluntária da gravidez, nos termos do disposto no artigo 142º do Código Penal e na portaria n.º 741-A/2007, de 21/06 - interrupção da gravidez não punível*”. No n.º 1 da Cláusula 8.ª desse contrato-tipo ficou grafado que: “*O presente contrato é livremente revogável por qualquer uma das partes até ao início do processo terapêutico de PMA, salvo no que respeita à gestante que poderá livremente fazer cessar os efeitos do contrato mediante concretização de interrupção da gravidez realizada por opção da gestante nas primeiras 10 semanas desse estado*”.

⁶⁹¹ ORTÚZAR, Ignacio F. Benítez, “*Maternidad subrogada e interrupción voluntaria del embarazo*”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 621.

⁶⁹² O risco da *interrupção voluntária da gravidez*, a pedido da gestante, corre, assim, por conta dos beneficiários (ORTÚZAR, Ignacio F. Benítez, “*Maternidad subrogada (...)*”, *ob. cit.*, pp. 621-622).

Porém, há que considerar problemas adicionais, pois a gestante que interrompe a gravidez, ainda que actuando licitamente, rompe com o estabelecido no compromisso celebrado com o casal beneficiário, pelo que importará definir quais as consequências jurídicas de tal comportamento da gestante.

Esta em causa saber se um comportamento da gestante que, para o *direito penal*, fica coberto por uma causa de justificação, afastando-se, portanto, a sua ilicitude, pode ainda assim implicar, no direito civil, uma obrigação de indenizar que impenda sobre a gestante, na medida em que essa actuação corresponde a uma revogação do consentimento e, por essa, via à ruptura do compromisso celebrado entre a gestante e o casal beneficiário.

Como veremos, não são de afastar aqui pretensões indemnizatórias, na medida em que o facto de o comportamento não ser ilícito para o *direito penal* não o coloca arredado de todas as consequências em matéria civil, concretamente, de natureza ressarcitória. Porém, estas deverão ser particularmente atenuadas, atendendo à circunstância de se tratar de uma revogação precoce do consentimento, ao facto de o comportamento em causa poder ser hoje considerado uma materialização de um direito da mulher, e, ainda, à ambiência em que se move a *gestação de substituição*, onde não deve afirmar-se (pelo menos, com a inflexibilidade com que normalmente é visto) o princípio *pacta sunt servanda*, cuja força plena deve acentuar-se no *direito contratual*, mas não em matéria de *direitos de personalidade* (ou, se preferir-se, de declarações no âmbito dos negócios jurídicos familiares).

1.2.5. Regulamentação da gestação de substituição em 2017

Quase um ano depois da publicação da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, foi publicado o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, já

referido, definindo a regulamentação necessária à entrada em vigor do recurso à figura da *gestação de substituição*⁶⁹³.

Esta regulamentação, determinava, para além do já referido a propósito da interrupção voluntária da gravidez, *inter alia*: a) que o requerimento a dirigir ao CNPMA fosse acompanhado de declaração do Director do centro de PMA no qual a técnica ou técnicas de PMA necessárias à concretização da *gestação de substituição* seriam efetuadas, aceitando a concretização nesse centro do ou dos tratamentos a realizar; b) que o CNPMA deveria decidir sobre a admissão ou rejeição do pedido de autorização prévia no prazo de 60 dias a contar da respectiva apresentação e, em caso de admissão, enviaria a documentação à Ordem dos Médicos, solicitando o respectivo parecer dessa entidade, observadas as necessárias garantias de confidencialidade.

Determinava, também, ao CNPMA a aprovação do contrato-tipo de *gestação de substituição*⁶⁹⁴, dele devendo constar:

a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que seguiria a gravidez e a realização dos exames e actos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez;

⁶⁹³ Tendo como enquadramento essa regulamentação, o CNMPA adoptou as seguintes deliberações: Deliberação n.º 15-II/17, de 20 de outubro de 2017 (estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias: até aos 50 anos); Deliberação n.º 16-II/17, de 20 de outubro de 2017 (estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários: até aos 60 anos); Deliberação n.º 18-II/17, de 8 de setembro de 2017 (procedimento de autorização prévia para a celebração do contrato de gestação de substituição); Deliberação n.º 20-II/17, de 20 de outubro de 2017 (interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de substituição: só casais heterossexuais ou casais formados por duas mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges); Deliberação n.º 21-II/17, de 24 de novembro de 2017 (estabelece o limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição: menos de 45 anos, salvo se se tratar de mãe ou irmã de algum dos membros do casal beneficiário, caso em que o referido limite será de menos de 50 anos); Deliberação n.º 22-II/17, de 15 de dezembro de 2017 (estabelece diversos aspetos técnicos relativos à celebração e execução do contrato de gestação de substituição).

⁶⁹⁴ Tendo sido o mesmo aprovado na Reunião do CNPMA de 04/11/2017, e disponível em www.cnpma.org.pt.

b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a lugar;

c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto;

d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação;

e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde;

f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal;

g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição;

h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor;

i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar;

j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato e a suas consequências;

k) A gratuidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes;

l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato;

m) A forma de resolução de conflitos a adoptar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico.

Merece nota a circunstância de, na redação original do projecto do Decreto Regulamentar, constar a solução segundo a qual, mesmo quando os contratos de *gestação de substituição* fossem nulos, as crianças que nascessem através dessa seriam sempre tidas como filhas dos respectivos beneficiários.

O CNECV criticou a solução, e no Parecer 92/CNECV/2017, de Janeiro de 2017, alertou que “*não se compreende que o diploma regulamentador venha atribuir a um contrato nulos efeitos idênticos a um contrato válido*”, concluindo que “*não é aceitável, do ponto de vista ético, que alguém possa obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais*”⁶⁹⁵.

Voltaremos, *infra*⁶⁹⁶, a este problema.

1.2.6. A incompreensível criminalização da *gestação de substituição* a título gratuito

Com as alterações de 2016, o artigo 39.º da Lei da PMA foi bastante alterado, estabelecendo um considerável alargamento das margens de punição.

Assim, nos n.ºs 1 e 2, manteve-se a criminalização da “*concretização*” de contratos de *gestação de substituição* a título oneroso, porém agora com

⁶⁹⁵ Parecer 92/CNECV/2017, de janeiro de 2017, p. 10. Sobre o ponto, v. PEREIRA, André Dias, “Filhos de (...)”, *ob. cit.*, p. 46.

⁶⁹⁶ Cap. III § 3, 1.4.

sanção distinta, consoante se trate de um dos beneficiários⁶⁹⁷, ou da gestante⁶⁹⁸.

Manteve-se, no n.º 5, a criminalização da promoção da gestação de substituição (agora, apenas fora dos casos admitidos pelo artigo 8.º), agravando-se a sanção (no sentido de se ter eliminado a possibilidade de aplicação de pena de multa a título principal).

No n.º 6, surge um novo tipo incriminador, dirigido ao “lucro” obtido com a gestação da substituição: *“quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos”*.

Mantemos, a este propósito, todas as críticas expostas *supra*⁶⁹⁹ à criminalização do recurso à gestação de substituição a título oneroso, desde logo, quanto à não distinção de condutas dentro da própria *gestação de substituição* a título oneroso, à equivocada utilização da expressão *“concretizar contratos de gestação de substituição”*, e ao excesso de punibilidade, mesmo nos casos mais graves de onerosidade do concreto esquema de *gestação de substituição* utilizado.

Porém, surpreendente é, agora, a circunstância de o legislador ter decidido criminalizar, inovadoramente, a *“concretização”* de contratos de gestação de substituição a título gratuito, fora das hipóteses previstas no artigo 8.º, estabelecendo uma diferenciação, novamente, entre beneficiários e gestante, prevendo-se a punição daqueles com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias, e desta apenas com pena de multa até 120 dias⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Sendo a pena mais gravosa para estes: prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

⁶⁹⁸ Pena de multa até 240 dias.

⁶⁹⁹ Cap. III § 3, 1.1.1.

⁷⁰⁰ Cfr. n.ºs 3 e 4 do artigo 8.º da Lei da PMA.

Não pode deixar de detectar-se uma enorme contradição numa intervenção legislativa que, alegadamente assente numa evolução da perspectiva sociológica em torno da *gestação de substituição*⁷⁰¹, passa a aceitar a figura, num quadro altruístico, e dá um salto gigantesco em termos de punição para os casos de *gestação de substituição* que não tenham seguido os trâmites legais determinados.

Ou seja, o comportamento que, até 2016, era sancionado com uma mera (mas não despicienda, no plano dos efeitos) sanção civil (a nulidade), passa a ser aceite pelo legislador, com máxima amplitude quantos aos efeitos e, concomitantemente, é elevada à categoria de conduta criminalmente típica (se realizada fora dos formalismos legais).

Incompreensivelmente, o desvalor da conduta não resulta, assim, para o legislador, da *gestação de substituição a se* ou do seu resultado (uma renúncia aos poderes e deveres da maternidade), pois estes passaram a ser admitidos e elevados ao altar da licitude, mas antes da circunstância de não ter sido cumprido um *programa burocrático* para se recorrer à figura e atingir-se esse resultado.

A estas considerações acresce o facto de, durante quase quarenta anos, o sistema ter subsistido sem a incriminação da *gestação de substituição* a título gratuito, desconhecendo-se qualquer razão que pudesse motivar a veia *neocriminalizadora* do legislador, além de que ela não é imposta pela Constituição, como o Tribunal Constitucional bem venceu no referido Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março.

⁷⁰¹ Fazendo opções que nem sequer correspondem à mais sólida experiência além-fronteiras, como seja a inexorável determinação da filiação a favor dos beneficiários, sem qualquer margem para o “arrependimento” da gestante.

1.3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril

O Tribunal Constitucional português detectou graves fragilidades no regime de *gestação de substituição* consagrado legalmente em 2016/2017, o que o levou, no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril⁷⁰², a declarar a sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral.

O aresto foi proferido depois de um grupo de trinta deputados à Assembleia da República ter requerido a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, *inter alia*, do artigo 8.º, n.os 1 a 12, da Lei da PMA, na redação dada pelas Leis n.os 17/2016, de 20 de Junho, e 25/2016, de 22 de Agosto, por violação do *princípio da dignidade da pessoa humana* (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do dever do Estado de *proteção da infância* (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), do *princípio da igualdade* (artigo 13.º da Constituição) e do *princípio da proporcionalidade* (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)⁷⁰³.

No que diz respeito à *gestação de substituição*, o grupo de deputados apelava ao entendimento do CNECV, que, no seu Parecer n.º 63/CNECV/2012, “*deixou claras quais as condições que considerava deverem constar da lei que passasse a prever o recurso a esta técnica*”^{704/705}.

⁷⁰² Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, pp. 1885-1979.

⁷⁰³ O pedido abrangia, também, a declaração de inconstitucionalidade “das normas ou de parte das normas” da LPMA que se referiam à *gestação de substituição* (artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.os 5 e 6, 15.º, n.º 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b)).

⁷⁰⁴ Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1886.

⁷⁰⁵ Essas condições eram as seguintes: “1. A *gestante de substituição e o casal beneficiário estarem cabalmente informados e esclarecidos, entre outros elementos igualmente necessários, sobre o significado e consequências da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (por exemplo, epigenética), constando tal esclarecimento detalhado no consentimento informado escrito, assinado atempadamente; 2. O consentimento poder ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto. Neste caso, a criança deverá ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem a deu à luz; 3. O contrato entre o casal beneficiário e a gestante de substituição dever incluir disposições a observar em caso de ocorrência de malformações*”

Consideravam os peticionários que o próprio CNEVC, no seu Parecer 87/CNEVC/2016, havia considerado que a iniciativa legislativa que lhe fora presente, e que resultaria na legislação aprovada pela Assembleia da República, não reunia as condições mínimas⁷⁰⁶ para constituir um regime aceitável de *gestação de substituição*.

Entrando em matéria, o Tribunal começa por recordar que, antes da publicação da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, o Presidente da República havia vetado uma versão (que esteve na origem daquela lei), nos termos do artigo 136.º, n.º 1, da Constituição, por considerar que o decreto enviado para promulgação não acolhia, precisamente, as condições cumulativas enunciadas pelo CNECV⁷⁰⁷. Esse veto conduziu à reformulação do projecto, e, após nova aprovação pela Assembleia da República, o Presidente da República entendeu promulgar a lei.

Analisando o regime português de *gestação de substituição*, e no que respeita ao argumento segundo o qual a figura pode colocar em perigo a dignidade da gestante, o Tribunal reconheceu que “*é (...) manifestamente exagerado considerar-se que a gestação de substituição implica uma subordinação da gestante em todas as dimensões da sua vida ao interesse dos*

*ou doença fetais e de eventual interrupção voluntária da gravidez; 4. A gestante de substituição e o casal beneficiário deverem estar informados que a futura criança tem o pleno direito a conhecer as condições em que foi gerada; 5. A gestante de substituição não dever ser simultaneamente dadora de ovócitos na gestação em causa; 6. A gestante de substituição ter de ser saudável; 7. As motivações altruístas da gestante de substituição deverem ser previamente avaliadas por equipa de saúde multidisciplinar, não envolvida no processo de PMA; 8. Quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação (a nível fetal ou materno) serem decididas exclusivamente pela gestante de substituição com o apoio de equipa multidisciplinar de saúde; 9. Caber ao casal beneficiário, em conjunto com a gestante de substituição, decidir a forma de amamentação (devendo, em caso de conflito, prevalecer a opção do casal beneficiário); 10. Ser legalmente inaceitável a existência de uma relação de subordinação económica entre as partes envolvidas na gestação de substituição; 11. O contrato sobre a gestação de substituição (celebrado antes da gestação) não poder impor restrições de comportamentos à gestante de substituição (tais como condicionamentos na alimentação, vestuário, profissão, vida sexual); 12. O embrião transferido para a gestante de substituição ter como progenitores gaméticos, pelo menos, um dos elementos do eventual casal beneficiário; 13. A lei sobre esta matéria e sua regulação complementar serem obrigatoriamente reavaliadas três anos após a respetiva entrada em vigor” (Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, pp. 1886-1887.*

⁷⁰⁶ Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1887.

⁷⁰⁷ Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1893.

beneficiários, como se se tratasse de uma situação de apropriação, equivalente a «escravatura temporária» consentida”, pois “o compromisso que esta assume perante os beneficiários limita-se à observância dos cuidados normais numa qualquer gravidez, em ordem a poder cumprir, após o nascimento, a obrigação de entrega da criança”, o que justifica a “proibição de imposição contratual de «restrições de comportamentos à gestante de substituição» ou de «normas que atentem contra os seus direitos, liberdades e garantias» estatuída no artigo 8.º, n.º 11, da LPMA”⁷⁰⁸.

Mais considerou o Tribunal que *“a permissão a título excepcional da gestação de substituição, nos termos do artigo 8.º da LPMA corresponde a uma opção do legislador que, além de não ser arbitrária, favorece bens constitucionalmente protegidos e, como tal, não deve ser afastada sem razões fortes”*.

Entendeu, porém, o Tribunal não ser constitucionalmente admissível, o modelo ou perfil de *gestação de substituição* consagrado no artigo 8.º da LPMA, uma vez que pode colocar em causa a efectiva protecção da liberdade de acção da gestante ao longo de todo o processo de *gestação de substituição*.

O Tribunal considerou que *“a pura e simples autovinculação antes do início do processo de gestação de substituição não permite acautelar suficientemente tal voluntariedade ao longo de todo o processo”, tornando-se assim necessário assegurar a revogabilidade do consentimento, que se erige como “garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, o qual constitui um alicerce fundamental do modelo português de gestação de substituição”⁷⁰⁹.*

Para o TC, *“as referências às disposições sobre IVG contidas no referido artigo 8.º, n.º 10, da LPMA não permitem assegurar que em todas as circunstâncias que, de acordo com a lei vigente, excluem a ilicitude da IVG realizada por escolha da mulher grávida (deixando de lado, por não relevante*

⁷⁰⁸ Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1910.

⁷⁰⁹ Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1923.

in casu, a situação prevista na alínea d) do artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal — gravidez resultante de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual), a gestante também o possa fazer, sozinha e sem penalizações, num estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido”⁷¹⁰.

Assim, considerou o Tribunal que a “limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir desproporcionadamente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição)”, considerações que o Tribunal também entende serem aplicáveis no caso de a gestante de substituição se afastar do *projecto parental* dos beneficiários em virtude de querer levar a gravidez até ao fim e assumir um *projecto parental* próprio⁷¹¹, pelo que, para o Tribunal, não pode aceitar-se, à luz da Constituição, a norma do n.º 7 do artigo 8.º da Lei da PMA, segundo a qual a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é sempre tida como filha dos respectivos beneficiários.

O Tribunal entendeu, ainda, ser constitucionalmente inadmissível a incerteza da regulamentação oferecida pela Lei da PMA relativamente aos contratos de gestação de substituição, pois os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º daquela lei “*não oferecem uma medida jurídica com densidade suficiente para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contactos de gestação de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e de autorização prévia*”⁷¹².

⁷¹⁰ IDEM, p. 1924.

⁷¹¹ Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1924.

⁷¹² IDEM., p. 1930.

Essas normas, no entendimento do Tribunal, “*prevendo embora limites positivos e negativos à autonomia das partes no contrato de gestação de substituição, em vez de procederem à sua concretização, apenas os descrevem de forma muito geral e abstrata*”, e essa concretização é “*indispensável ao conhecimento e compreensão das condições em que a autorização prévia do CNPMA será dada, só ocorrerá em resultado do exercício de poderes atribuídos a esse mesmo Conselho, ainda que, eventualmente, conjugado com a disciplina regulamentar estabelecida pelo Governo ao abrigo do disposto no artigo 3.º da Lei n.º 25/2016*”^{713/714}.

O TC optou, porém, por limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta a circunstância de poderem existir contratos de *gestação de substituição* já autorizados pelo CNPMA. Assim, entendeu o Tribunal, “*por imperativos de segurança jurídica, tendo em conta os valores fundamentais envolvidos, em especial, nos casos em que já exista vida humana extrauterina ou intrauterina, o dever do Estado de proteção da infância, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA relativamente a tais contratos e, bem assim, da inconstitucionalidade consequente dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo; assim como, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade do n.º 8 desse artigo, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, e, por isso, também da inconstitucionalidade consequente do n.º 7 do citado artigo 8.º*”⁷¹⁵.

⁷¹³ IDEM.

⁷¹⁴ Para o Tribunal, “*tratando-se de disciplina de sentido restritivo quanto ao exercício de direitos, liberdades e garantias, tanto por parte da gestante, como dos beneficiários — e, por conseguinte, matéria de reserva de lei parlamentar ex vi artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1 alínea b), da Constituição —, aquela indeterminação não é compatível com a exigência de precisão ou determinabilidade das leis, decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição*” (IDEM).

⁷¹⁵ IDEM, p. 1945.

1.3.1. A *gestação de substituição* é constitucionalmente admissível

Resulta claro do Acórdão que a *gestação de substituição* não se apresenta *a se* contrária à Constituição.

Nesse sentido, assinala SOUSA RIBEIRO que “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”⁷¹⁶, referindo, ainda que o Tribunal, porém, considerou inaceitável 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”^{717/718}.

Também para ESTRELA CHABY é clara, na análise do Acórdão, a distinção entre “*gestação de substituição*, por si só e, por outro lado, certos aspectos da *gestação de substituição*”⁷¹⁹.

Tal posição do Tribunal não é despicienda, pois permite ultrapassar a primeira barreira jurídica normalmente erigida ao procedimento. A literatura nacional e estrangeira sobre o tema demonstra, ainda, uma forte

⁷¹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Breve Análise de Duas Questões Problemáticas: O Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição e o Anonimato dos Dadores”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, p. 26. Acrescenta o Autor que, “com esta posição, o Tribunal contradisse e entendeu impropriedade, 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” (IDEM).

⁷¹⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Breve Análise (...)”, *ob. cit.*, p. 27.

⁷¹⁸ Num sentido claramente favorável à revogabilidade do consentimento da gestante, v. IZQUIERDO, Eva María Domínguez, “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada: el alcance del consentimiento”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 712.

⁷¹⁹ CHABY, Estrela, “A *gestação de substituição*, por si só”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Coimbra, Almedina, 2019, I v., pp. 61-62.

inclinação para a tese segundo a qual a *gestação de substituição*, em qualquer das suas modalidades, ofende a *dignidade humana*⁷²⁰ (em vários planos distintos), cenário que o TC afastou.

Assim, o aresto em causa, mais do que reprovando a *gestação de substituição*, abre, afinal, a porta, no nosso sistema, ao *procedimento*.

1.3.2. Persistência no erro

Na sequência deste Acórdão do TC, a Assembleia da República voltou ao assunto, tendo aprovado o Decreto n.º 383/XII, de 09/08/2019. Este, ao contrário do inicialmente previsto (e era esperado), não trouxe qualquer alteração ao n.º 8 do artigo 8.º, nem ao artigo 14.º da Lei da PMA, na versão posterior às alterações de 2016, declaradas inconstitucionais com força obrigatória geral.

Manteve-se, portanto, a regra segundo a qual o consentimento da gestante continuará a ser livremente revogável somente até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Em face do teor do referido Decreto, o Presidente da República submeteu à apreciação do Tribunal Constitucional, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, duas normas constantes do respectivo artigo 2.º:

a) A norma constante do artigo 2.º do Decreto, na parte em que mantém em vigor o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, 25/2016, de 22 de agosto, 58/2017, de 25 de julho, 49/2018, de 14

⁷²⁰ No sentido de que o regime de 2016 era violador da *dignidade humana*, v. BARBOSA, Mafalda Miranda, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho: questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 94, n.1, 2018, pp. 239-307. Também com uma perspectiva geral de rejeição da *gestação de substituição*, v. PEREIRA, Margarida da Silva, “Uma *gestação* inconstitucional: o descaminho da Lei da *gestação de substituição*”, in *Julgado online*, Janeiro, 2017, pp. 1-25.

de agosto, e 48/2019, de 8 de julho), que passava a constar do n.º 13 daquele artigo 8.º;

b) A norma constante do artigo 2.º do Decreto, na parte em que adita a alínea j) ao n.º 15 do artigo 8.º da citada lei, que estipulava que o contrato de gestação de substituição, supervisionado pelo CNPMA, deveria conter cláusulas tendo por objeto os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a presente lei.

O Tribunal Constitucional proferiu, de seguida, o Acórdão n.º 465/2019, de 18 de Outubro⁷²¹, que se pronunciou pela *“inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa, da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República: a) na parte em que reintroduz o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, 25/2016, de 22 de agosto, 58/2017, de 25 de julho, 49/2018, de 14 de agosto, e 48/2019, de 8 de julho, fazendo-o transitar para o n.º 13 daquele mesmo artigo, de acordo com a renumeração simultaneamente efetuada; e, em consequência, b) na parte em que, através do aditamento do n.º 15, alínea j), ao artigo 8.º da citada Lei, prevê que os termos da revogação do consentimento prestado pela gestante tenham lugar em conformidade com a norma mencionada em a).”*

⁷²¹ Acórdão do TC n.º 465/2019, de 18 de Outubro, publicado no Diário da República n.º 201/2019, Série I, de 18 de Outubro de 2019.

Na sequência desse Acórdão, o Presidente da República devolveu à Assembleia da República, sem promulgação, nos termos do artigo 279.º, n.º 1, da Constituição, aquele Decreto n.º 383/XII, de 09/08/2019.

O processo legislativo sobre a gestação de substituição continua, assim, no Parlamento.

Lembra JORGE DUARTE PINHEIRO, porém, que, por força do artigo 282.º da Constituição, voltou a vigorar o regime que resultava dos n.ºs 1 e 3 do artigo 8.º da versão originária da Lei da PMA, pelo que o nosso ordenamento regressou à *proibição absoluta da gestação de substituição*⁷²².

1.4. O problema da cominação da nulidade para os contratos de gestação de substituição violadores das regras estabelecidas

Com as alterações de 2016, a Lei da PMA passou a determinar que “*são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto*” nas regras constantes no artigo 8.º⁷²³.

O referido Decreto n.º 383/XII, de 09/08/2019 eliminou essa regra que cominava a *nulidade* dos contratos de *gestação de substituição* violadores das regras estabelecidas para a sua admissibilidade.

A nulidade acarreta, em princípio, e de acordo com as perspectivas mais clássicas, o funcionamento da regra “*mater sempre certa est*”, e o estabelecimento da maternidade a favor da gestante, e, também, da presunção “*pater is est...*”^{724/725}, quando aplicável, sem prejuízo da impugnação da paternidade estabelecida *a marito*, quando este não tenha

⁷²² PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 189.

⁷²³ Cfr o n.º 7 do art. 8.º da Lei da PMA (2016).

⁷²⁴ Como veremos de seguida, pode hoje defender-se que o resultado não tem, necessariamente, de ser esse.

⁷²⁵ A resposta clássica, no direito espanhol, é a mesma (cfr. YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación (...)”, *ob. cit.*, pp. 43-52).

fornecido o material biológico (e com as limitações, no direito português, decorrentes do n.º 3 do artigo 1939.º do Código Civil⁷²⁶).

O tema da nulidade e dos seus efeitos em matéria de *gestação de substituição* não andou arredado do Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, como lembra GUILHERME DE OLIVEIRA, pois o TC “*também declarou a inconstitucionalidade daquela norma [do n.º 12 do artigo 8.º, que cominava a nulidade dos contratos não permitidos por lei], tanto porque os fundamentos da nulidade não eram claros nem igualmente relevantes, como porque a nulidade poderia ser declarada muito tempo depois de ser ter constituído um vínculo familiar, tudo com violação da segurança jurídica e do direito à identidade pessoal do filho*”⁷²⁷.

Tal como vimos, também a redação original do projecto do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, previa que, quando os contratos de *gestação de substituição* fossem nulos, as crianças que nascessem através dessa técnica seriam sempre tidas como filhas dos respectivos beneficiários, o que foi criticado pelo CNECV, no seu Parecer 92/CNECV/2017, por entender não ser aceitável que, por via de um contrato nulo, se alcançassem os mesmos efeitos previsto para o contrato válido.

Pensamos que a resposta ao problema da nulidade e dos seus efeitos, em matéria de *gestação de substituição*, não pode passar pela eliminação *tout court* da referida sanção, deixando a dimensão sancionatória, por exemplo, para o direito criminal, isto é, consagrando apenas os já analisados tipos incriminadores para os casos em que se recorre ao procedimento em violação das regras legalmente estabelecidas⁷²⁸.

⁷²⁶ Sobre o paralelismo, que se verifica, neste ponto, com o direito da filiação espanhol, v. YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación (...)”, *ob. cit.*, pp. 57-58.

⁷²⁷ OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual (...)*, *ob. cit.*, p. 460.

⁷²⁸ A *adesão espontânea* também não é, aqui, suficiente (BOBBIO, Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Edipro, São Paulo, 2001, pp. 159-166)

Eliminar totalmente, e em todas as situações, a regra da *nulidade* constitui, de facto, para as situações de recurso à figura num quadro de “mercado negro”, por exemplo, um claro *benefício do infrator*, permitindo lograr, injustamente, por via da ilegalidade, o resultado que a lei só permite no quadro do respeito pelo programa legal estabelecido⁷²⁹.

Acresce que a desadequação do regime sancionatório penal, nesta sede, resulta, como vimos, de o problema da criminalização de certas formas de *gestação de substituição* estar na incriminação em si, e nas dúvidas que se levantam relativamente à necessidade de fazer intervir o *direito penal* nestas matérias.

Para além disso, no modelo que defendemos para a *gestação de substituição* o problema de um eventual excesso dos efeitos de nulidade tardiamente declarada é drasticamente reduzido, na medida em que o estabelecimento dos vínculos a favor dos beneficiários não ocorre *ipso iure*, após o parto ou decorrido um prazo estabelecido pelo legislador.

No procedimento tendente à obtenção de uma “decisão de parentalidade”, terá de ocorrer, como diremos *infra*⁷³⁰, uma verificação retrospectiva do procedimento, criando-se, assim, o ensejo para se detectarem falhas que impeçam a concessão da mesma e que gerariam a nulidade do procedimento de *gestação de substituição*.

Não se concedendo a “decisão de parentalidade”, por terem sido violadas as regras, o problema da eliminação retroactiva dos vínculos de filiação estabelecidos, em eventual prejuízo da criança, não se coloca.

Ou seja, o estabelecimento dos vínculos de filiação a favor dos beneficiários, no enquadramento que defendemos, já pressupõe um processo verificativo, o qual eliminará, em grande medida, a necessidade de

⁷²⁹ considerando que mesmo NOS casos de *gestação de substituição* ilícita a sensação da nulidade é desadequada no que respeita o estabelecimento dos vínculos

⁷³⁰ Cap. III § 4, 3.3.2.

uma tardia intervenção que destrua retroactivamente aquele estabelecimento.

Considerado esse ponto, entendemos que a questão da nulidade do contrato de *gestação de substituição* não pode ser encarada com a mesma perspectiva nos casos em que o concreto sistema jurídico não aceita a figura e nas situações em que a *gestação de substituição* passa a ser legalmente admissível, dentro de regras estabelecidas.

Na primeira hipótese, quando o sistema jurídico afasta a admissibilidade da *gestação de substituição*, a regra da nulidade dos contratos tem de ser afirmada, de tal forma que, celebrado um contrato de *gestação de substituição* e sendo ele nulo, prevalecem as regras normalmente previstas para o estabelecimento dos vínculos pelo que, no que respeita à maternidade, desde logo, deverá funcionar a regra “*mater semper certa est*”, pelo que o vínculo da maternidade decorrerá do parto, e a paternidade será estabelecida de acordo com as presunções eventualmente vigentes e, subsidiariamente, seguindo o critério biologista.

O cenário é mais complexo, porém, nos ordenamentos jurídicos que aceitam a *gestação de substituição*, pois neles o sistema passa a considerar aceitável, ainda que no respeito de um programa legislativo, o procedimento.

Nestas situações, a sanção da nulidade e as respectivas consequências podem apresentar-se demasiado gravosas, sobretudo quando a referida invalidade é arguida decorrido algum tempo após o parto e em causa esteve o não cumprimento das regras burocráticas, que podendo constituir uma falha grave, pode não significar uma atitude contrária ao direito por parte dos potenciais beneficiários que justifique tal “pena”.

Permitir que, a todo o tempo, se invoque a nulidade, dela se retirando a drástica consequência da destruição retroactiva dos vínculos de filiação entretanto estabelecidos, pode corresponder a uma violação de direitos fundamentais, tanto dos beneficiários, quanto da criança entretanto gerada.

Pense-se na hipótese de, depois de concretizado um procedimento de *gestação de substituição*, que se iniciou e desenvolveu, aparentemente, nos termos legalmente prescritos, vivendo a criança com o casal beneficiário já há vários anos, se descobre que a gestante recebeu daquele uma avultada quantia como forma de pagamento ou tinha, à data em que o procedimento se desenvolveu, relativamente a esse casal, uma relação de subordinação económica.

Nestes casos, a cominação da nulidade e os efeitos que acarreta são manifestamente exagerados, sobretudo se encarados na perspectiva da criança gerada na sequência do procedimento.

Claro que deve ter-se em mente o argumento segundo o qual também não faz sentido conseguir-se (sempre), pela via da ilicitude, o mesmo resultado que se obtém pela licitude.

A solução para o problema, pensamos, passa por uma definição mais rigorosa, pelo legislador, das violações legais que determinam a nulidade do contrato (porque nelas se ultrapassam linhas vermelhas), ou consagrar um regime de invalidades *sui generis* ou de *efeitos putativos* que impeça, em certos casos, a revogação dos vínculos de filiação entretanto consolidados relativamente ao casal beneficiário, quando essa revogação seja exagerada ou ofenda o *superior interesse da criança* gerada.

Deverão merecer diferentes graus de censura as situações em que a *gestação de substituição* ocorre “às escuras”, em “mercado negro”, e sem procedimento iniciado no CNPMA, e aqueles outros casos em que apenas não se respeitaram burocracias, ou ocorreram erros procedimentais (por exemplo, acabou por utilizar-se o ovócito da gestante, ou não foi ouvida previamente certa entidade, como a lei obrigava).

Se os beneficiários se furtaram ao regime legalmente estabelecido para o procedimento de *gestação de substituição*, e nem sequer pretenderam sujeitar-se ao controlo da entidade reguladora, assumem uma atitude totalmente contrária aos valores que o sistema jurídico procurou acautelar quando estabeleceu regras para a figura. Nestes casos, a nulidade do

contrato deve afirmar-se de modo inequívoco, pois nenhuma diferença se vislumbra entre este tipo de casos e aqueles outros em que, sendo proibida a *gestação de substituição*, a figura é utilizada.

Nos demais casos, em que está em causa uma violação menos grave de regras ou princípios considerados pelo legislador determinantes para se autorizar, excepcionalmente, a *gestação de substituição*, poderá, então, definir-se um conjunto de hipóteses em que a nulidade não ocorre, ou em que os seus efeitos não se verificam plenamente, obliterando-se, por exemplo, a destruição dos vínculos estabelecidos a favor dos beneficiários.

Caso se considere difícil estabelecer este programa de soluções, em geral e abstracto, deverá, ao menos consagrar-se uma cláusula geral de *efeitos putativos* da *gestação de substituição*, por exemplo, em defesa do *superior interesse da criança*, e cuja aplicação caber ao Tribunal, que decidirá, sopesando os interesses em conflito.

GUILHERME DE OLIVEIRA manifesta, igualmente, preocupação relativamente aos efeitos potencialmente gravosos da nulidade do contrato de *gestação de substituição*, sugerindo “*abandonar o quadro legal tradicional e modular as sanções previstas e o próprio regime das invalidades*”, por exemplo, tentando-se “*uma discriminação da importância dos fundamentos para (...) cominar a anulabilidade em vez da nulidade; acrescentar alguma flexibilidade ao regime da nulidade, estabelecendo um prazo de convalidação no interesse da estabilidade familiar da criança; e, nos casos de anulabilidade, usando a faculdade geral de confirmação dos atos*

omitidos ou defeituosos pelos interessados, e a convalidação pelo decurso do tempo^{731/732/733}.

⁷³¹ OLIVEIRA, Guilherme de, “Gestação de substituição em Portugal”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 817.

⁷³² Alguma doutrina defende a criação, a par da filiação natural e da adopção, de uma nova categoria legal, um *tertium genus* em matéria de filiação, que permita reconhecer efeitos resultantes da vontade de assumir um vínculo materno na sequência de um procedimento de gestação de substituição (BLANCO, Victorio Magariños, “Reflexiones (...)”, *ob. cit.*, p. 99).

⁷³³ No contexto do direito espanhol, há quem defenda a consagração de uma nulidade virtual, em detrimento de uma nulidade textual (pela qual o legislador espanhol optou), por forma a permitir que o tribunal decida, casuisticamente, se o concreto procedimento de *gestação de substituição* violou normas imperativas (cfr. NOCI, Rafael Linares, “El contrato de gestar (...)”, *ob. cit.*, pp. 197-199).

§ 4 - *De lege ferenda*: um caminho para a gestação de substituição

1. Modelos de abertura à *gestação de substituição* em casos excepcionais: Grécia, Reino Unido e Israel⁷³⁴

Alguns países abriam a porta à *gestação de substituição*, sobretudo a casos de *substituição gestacional*, afastando, porém, a *substituição genética* (ou seja, não admitindo as situações em que possa utilizar-se o gâmeta da gestante, evitando assim, enquanto medida profilática do arrependimento, que a criança a nascer esteja biologicamente ligada àquela)⁷³⁵.

O acesso à *gestação de substituição* é permitido, na Grécia, depois de 2002 (nos termos do disposto no artigo 1458.º do seu Código Civil, na redacção da Lei da Procriação Medicamente Assistida e da Lei .º 3305/2005) aos casais heterossexuais e a mulheres solteiras (de cidadão gregos ou residentes no país), nos casos em que a beneficiária não tem condições clínicas para suportar a gravidez ou o parto, exigindo-se a utilização de gâmetas de, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário e sem utilização do ovócito da gestante. A verificação prévia do preenchimento dos pressupostos legais é feita pelo tribunal, sendo requisito obrigatório para a aplicação da técnica pela clínica. O não cumprimento das estipulações legais determina a inexorável aplicação da regra “*mater sempre certa est*”.

Nos casos em que as determinações legais são cumpridas, após o nascimento, a filiação estabelece-se relativamente à beneficiária, presunção que pode ser afastada, no prazo de 6 meses após o nascimento, pela gestante

⁷³⁴ Sobre a regulamentação da figura no México, Ucrânia e Rússia, v. LÓPEZ, María José Reyes, “El contrato (...)”, *ob. cit.*, pp. 150-165..

⁷³⁵ Para uma perspectiva internacional, cfr. LÓPEZ, María José Reyes, “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 131-166.

ou pela mulher beneficiária, se provarem que a criança foi concebida com material genético da gestante, caso em que esta será declarada judicialmente a mãe da criança.

No contexto cultural anglófono além-Mancha, a *gestação de substituição* não foi acolhida de forma unânime.

Enquanto o Reino Unido regulou a figura, aceitando-a em casos excepcionais, como veremos, a Irlanda decidiu excluí-la da reforma de 2014 do *direito da família* (concretamente, a “*Children and Family Relationships Bill*”). A justificação oficial do Governo irlandês remete para o carácter problemático da figura, sobretudo tendo em consideração a decisão do Supremo Tribunal Irlandês, de 03/05/2013, no caso “*MR & Anor v An tArd Chlaraitheoir*”⁷³⁶ e a “*incerteza acerca da ponderação dos direitos constitucionais da mãe gestacional e da mãe genética*”, bem como na necessidade de ponderar melhor a *gestação de substituição* de índole comercial e os direitos da criança gerada por esta via⁷³⁷.

Já no Reino Unido, apesar de a figura ter sido afastada no famoso Relatório Warnok de 1984⁷³⁸ a matéria é regulada no *Surrogacy Arrangements Act 1985*, (alterado, primeiro pelo *HFE Act 1990*, e depois, pelo *HFE Act 2008*), que proíbe a *gestação de substituição* de natureza comercial, aceitando-a apenas num esquema de gratuidade e mediante autorização judicial que verifique o cumprimento de apertados requisitos⁷³⁹.

⁷³⁶ Não sendo capaz de suportar a gravidez, a mulher do casal beneficiário facultou os ovócitos, fecundados com o esperma do seu marido, para transferência para o útero da irmã daquela. Nasceram gémeos, que foram registados em nome desta. O casal beneficiário lutou, assim, em juízo, pela correcção do registo civil, por forma a dele constar o registo de maternidade a favor da mãe beneficiária (e biológica) e não da mãe gestacional. Decidindo o caso, o Supremo Tribunal Irlandês entendeu que a mãe biológica deveria ser juridicamente reconhecida como tal, inclusive no registo civil, pois no Direito irlandês não está expressamente consagrada a regra “*mater semper certa est*”. O texto integral da decisão pode ver-se em <http://www.courts.ie/Judgments.nsf>.

⁷³⁷ Cfr. *Note on the General Scheme of the Children and Family Relationships Bill Summary of Provisions*, disponível em <http://www.justice.ie/en/JELR> (acedido a 07/10/2014).

⁷³⁸ HORSEY, Kirsty, “The History (...)”, *ob. cit.*, p. 11.

⁷³⁹ FLAUSS-DIEM, Jacqueline, “Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 1996, pp. 855-864.

Na versão do *Surrogacy Arrangements Act 1985* posterior às alterações de 1990 (secção 30 do *HFEAct 1990*), a lógica da admissibilidade da figura passou a ser a seguinte: apesar de não poder ser pedida a execução forçada dos contratos de *gestação de substituição*, os membros do casal beneficiário, necessariamente unido pelo matrimónio (até às alterações de 2008, de que falaremos em seguida), interessado em gerar uma criança com base num acordo de “*surrogacy*” pode pedir ao tribunal, nos seis meses seguintes ao nascimento, uma autorização para serem reconhecidos juridicamente progenitores da criança (tecnicamente, devem peticionar uma “*parental order*”), sem necessidade de recorrer ao procedimento de adopção⁷⁴⁰.

O sucesso da sua pretensão depende, para além de outros requisitos formais, da gratuitidade do acordo (admitindo-se, porém, o ressarcimento de despesas razoáveis) e da circunstância de o casal ser geneticamente relacionado com a criança (bastando que um dele seja o dador de um dos gâmetas utilizado).

Para além disso, a criança tem de estar já a viver com o casal beneficiário, o que pressupõe a entrega por parte da gestante, que, assim, tem o direito de se arrepender, recusando a entrega da criança (foi esta a grande inovação trazida pelas alterações de 1990). Para além disso, a decisão judicial só será favorável se a gestante der o seu consentimento, que apenas será válido se prestado, pelo menos, seis semanas após o parto⁷⁴¹. Este regime, ainda hoje em vigor, pode assim ser classificado como de *ratificação retrospectiva* do recurso à *gestação de substituição*, quando a criança tenha sido entregue e todos os envolvidos estejam de acordo.

⁷⁴⁰ Embora o recurso à adopção não seja impedido. Esta via é a única possível quando nenhum dos membros do casal beneficiário forneceu material biológico.

⁷⁴¹ Cfr. JOHNSON, Martin, “Surrogacy and the Human Fertilisation and Embryology Act”, in SCLATER, Shelley / COOK, Rachel / KAGANAS, Felicity, (ed.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 93 a 96.

Uma vez concedida a “*parental order*”, que, na maioria dos casos é obtida rapidamente⁷⁴², a mesma implica a elaboração de um novo registo civil da criança.

Numa hipótese excepcional, admite-se que, antes da decisão judicial, um dos membros do casal beneficiário possa ser considerado legalmente progenitor da criança: se a gestante for solteira e o elemento masculino do casal beneficiário forneceu o material genético, com a anuência daquela, este pode ser considerado como o pai legal, desde o nascimento, reflectindo-se, igualmente, essa circunstância no registo civil⁷⁴³.

Em 1997, o Governo constituiu uma comissão destinada a produzir um relatório sobre a *gestação de substituição*. Esse relatório, que ficou conhecido como Relatório Brazier, recomendou a produção de nova legislação, a implementação de regras mais restritivas quanto ao pagamento e a regulamentação das agências de “*surrogacy*” pelo Ministério da Saúde⁷⁴⁴.

As alterações legais só chegariam, porém, com o *HFEAct 2008*: as agências de “*surrogacy*” sem fins lucrativos foram legalizadas e os casais unidos de facto e homossexuais passaram a poder recorrer à *gestação de substituição*.

Os contratos de *gestação de substituição*, que não carecem de autorização judicial ou administrativa prévia, não são, no Reino Unido, executáveis contra a vontade de qualquer dos intervenientes, e está vedada a *substituição genética*.

O modelo do Reino Unido afasta-se, assim, de um modelo comercial, como o californiano, proibindo-se, inclusivamente, o agenciamento e a propaganda (que podem levar à aplicação de sanções criminais).

⁷⁴² Nos casos mais complicados, por exemplo, com conexões internacionais, a obtenção da “*parental order*” pode, porém, demorar mais de um ano (HORSEY, Kirsty, “The History (...)”, *ob. cit.*, p. 14).

⁷⁴³ HORSEY, Kirsty, “The History (...)”, *ob. cit.*, p. 12.

⁷⁴⁴ BRAZIER, Margaret / CAMPBELL, Alastair / SUSAN, Golombok, *Surrogacy. Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation. Report of the Review Team*, London, HMSO, 1998.

Em todo o caso, o pagamento de quantias à gestante não é, em absoluto, ilegal, mas se for considerado *exagerado*, pode impedir o casal beneficiário de obter a “*parental order*”⁷⁴⁵.

Depois de um caso que correu Supremo Tribunal, respeitante a um homem que alegava que, ao vedar a *gestação de substituição* a homens, isoladamente, se violava a CEDH, a legislação foi alterada, em Janeiro de 2019, passando a permitir o recurso à gestação de substituição a beneficiários, por si só, não inseridos num casal⁷⁴⁶.

Em Israel desenvolveu-se um regime de *gestação de substituição* fortemente regulado pelo Estado⁷⁴⁷. A gestação comercial é permitida, mas as gestantes estão sob a supervisão de um comité que concede todas as autorizações e verifica a assinatura de todos os contratos, o que faz com que os processos tenham uma tramitação lenta.

A *gestação de substituição* é permitida apenas para cidadãos israelitas e residentes permanentes, e todas as partes envolvidas devem partilhar a mesma religião, assegurando-se que as crianças nasçam do útero de uma mulher judia, para poderem ser consideradas judias.

As gestantes devem ter pelo menos vinte e dois anos, ser solteiras, ter pelo menos um filho, devendo ainda cumprir outros requisitos clínicos.

Os beneficiários devem ser parceiros em relacionamento heterossexual.

Após o nascimento, os beneficiários passam a ter uma custódia temporária da criança, mas um funcionário do Estado é nomeado guardião da criança, até que os futuros pais recebam uma ordem de um tribunal de família que lhes atribui a filiação⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ HORSEY, Kirsty, “The History (...)”, *ob. cit.*, p. 12.

⁷⁴⁶ HORSEY, Kirsty, “The History (...)”, *ob. cit.*, pp. 13-14.

⁷⁴⁷ WHITTAKER, Andrea, *International Surrogacy (...)*, *ob. cit.*, pp. 30-31.

⁷⁴⁸ IDEM.

2. Realidade(s) norte americanas

Nos EUA, não existe uma lei nacional que verse sobre a *gestação de substituição*, pelo que a regulamentação da matéria é relegada para a legislação interna (ou regimes de *common law*) de cada Estado^{749/750}. Neste plano, as opções são muito díspares⁷⁵¹. Num extremo, há Estados que aceitam a *gestação de substituição* em todas as suas formas, incluindo a sua versão comercial. No outro, há legislações que a criminalizam, quando assume esta vertente económica.

RADHIKA RAO fala de quatro tipos de atitudes legais: a) proibição (acompanhada de sanções civis e criminais)⁷⁵²; b) inacção (os contratos de “*surrogacy*” são considerados lícitos, mas é recusada a sua execução específica); c) regulamentação, com regras legais imperativas e aprovação judicial do contrato⁷⁵³; d) liberdade contratual (o estado limita-se a impor regras mínimas quanto à informação e ao consentimento)^{754/755}.

⁷⁴⁹ Sobre o ponto, cfr. RAO, Radhika, “Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence”, in SCLATER, Shelley / COOK, Rachel / KAGANAS, Felicity, (ed.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 23 a 34. A Autora recorda que, no passado, vários projectos de lei foram apresentados, no sentido de ser proibida a *maternidade de substituição* de cariz comercial, mas nenhum foi aprovado pelo Congresso.

⁷⁵⁰ Cfr. LÓPEZ, María José Reyes, “El contrato (...)”, *ob. cit.*, pp. 134-150.

⁷⁵¹ Cfr., também, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 183.

⁷⁵² No entendimento dos Estados proibicionistas, a tutela constitucionalmente devida ao “*right to privacy*” não impede a proibição da transacção comercial que verse sobre a disponibilidade das responsabilidades parentais. Na mesma lógica, no caso *Doe v Kelley*, o tribunal aceitou os argumentos a favor da admissibilidade constitucional das normas em vigor no estado do Michigan que proibiam o pagamento na adopção de crianças. No caso *Baby M*, porém, o o Tribunal de New Jersey (na primeira instância) entendeu que a privacidade protegia a execução específica de contratos de *gestação de substituição* (RAO, Radhika, “Surrogacy Law in the United States (...)”, *ob. cit.*, pp. 25-26).

⁷⁵³ A lei estabelece, por exemplo, exigências ao nível da idade e estado civil dos beneficiários e faz assentar a admissibilidade do recurso à *gestação de substituição* na incapacidade da mulher beneficiária para suportar a gravidez sem risco para ela ou para o feto (RAO, Radhika, “Surrogacy Law in the United States (...)”, *ob. cit.*, p. 29).

⁷⁵⁴ RAO, Radhika, “Surrogacy Law in the United States (...)”, *ob. cit.*, p. 23.

⁷⁵⁵ Cfr., também, BARRENGOIA, Ainhoa Gutiérrez, “El artículo 10 de la ley 14/2006 y su análisis comparativo con lo dispuesto en otras legislaciones permisivas: especial atención a EE.UU y reflexión sobre cláusulas habituales en estos contratos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 228-236.

GLENN COHEN chama, também, a atenção para a multiplicidade de soluções regulamentares que os EUA conferem à *gestação de substituição*: criminalização, cominação de nulidade ou anulabilidade, passível de execução específica, sujeita a pré aprovação judicial, válida para a determinação dos vínculos de filiação⁷⁵⁶.

No estado da Califórnia, mundialmente conhecido por ser “*surrogacy friendly*”, a *gestação de substituição* com fins comerciais é permitida e o contrato passível de execução específica. Qualquer pessoa, independentemente do seu estado civil ou orientação sexual, pode contratualizar o estabelecimento dos vínculos de parentesco antes do nascimento, sem necessidade de submissão ao procedimento da adoção e, portanto, em derrogação da regra “*mater sempre certa est*”^{757/758/759}.

Já no estado do Michigan, a *gestação de substituição* é totalmente proibida e criminalizada (podendo a pena chegar aos cinco anos de prisão).

Em 2014, o estado do New Hampshire passou, à semelhança do estado californiano, a admitir os contratos de substituição gestacional, incluindo os onerosos e de cariz comercial.

Nos estados em que a *gestação de substituição* é aceite e se admite a reacção judicial em face do seu incumprimento, nem sempre tal resultado é obtido pela aplicação das normas que regulam a responsabilidade contratual. No caso “*Johnson v Calvert*” (1993), o Supremo Tribunal da Califórnia, entendeu que a beneficiária, que havia contribuído com o seu óvulo, deveria ser legalmente reconhecida como a progenitora da criança, sem recorrer, no essencial, a argumentos de natureza contratual, afirmando

⁷⁵⁶ COHEN, I. Glenn, “The Right(s)” (...), *ob. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁵⁷ LÓPEZ, María José Reyes, “El contrato (...)”, *ob. cit.*, p. 136-145.

⁷⁵⁸ Em todo o caso, tanto no Estado da Califórnia quanto do Nevada, exige-se uma decisão judicial pré-parto, (“*pre-birth order*”), para estabelecimento dos vínculos a favor do casal beneficiário (LÓPEZ, María José Reyes, “El contrato (...)”, *ob. cit.*, pp. 144-145 e 149).

⁷⁵⁹ Ainda sobre a realidade californiana, v. BARRENGO, Ainhoa Gutiérrez, “El artículo 10 de la ley 14/2006 (...)”, *ob. cit.*, pp. 231-236.

que “a escolha de gerar e entregar uma criança aos seus pais genéticos (...) não tem o peso constitucional da decisão de ter filhos próprios”. No entendimento do Tribunal, a gestante não pode invocar a protecção constitucional dos seus direitos reprodutivos: executa uma tarefa, sem expectativas de criar como sua a criança que vier a nascer⁷⁶⁰.

3. Proposta de caminho para o problema do “arrependimento” ou da revogação do consentimento da *gestante de substituição*: a defesa de um modelo *personalista* em detrimento de uma solução *contratualista*

3.1. Sistema de *atribuição ipso iure* ou de *atribuição decisória* dos vínculos de filiação?

Na *gestação de substituição*, no que respeita ao estabelecimento dos vínculos de filiação, o legislador tem à sua disposição, essencialmente, dois modelos.

No modelo da atribuição *ipso iure* da maternidade e da paternidade a favor do casal beneficiário, ocorre uma derrogação quase absoluta da regra “*mater semper certa est*” no seu sentido tradicional (mãe é a mulher que tem o parto), o que significa que, imediatamente após o parto ou decorrido um prazo (normalmente curto) legalmente estabelecido para o efeito, e sem necessidade da prática de qualquer outro acto, aqueles vínculos de filiação ficam estabelecidos. O estabelecimento da filiação acontece assim por *determinação legal*.

Esta solução não é totalmente incompatível com a consagração da possibilidade do arrependimento da gestante, na medida em que este pode ocorrer, num “período janela” (se ele existir), ou seja, nos casos em que é concedido um prazo até que os vínculos sejam automaticamente atribuídos. Porém, nesta solução, não só a margem para esse arrependimento é muito

⁷⁶⁰ RAO, Radhika, “Surrogacy Law in the United States (...)”, *ob. cit.*, pp. 30 e 31.

curta, como não se prevê a intervenção de qualquer autoridade decisória, por exemplo, para proceder a uma verificação retrospectiva dos termos em que o procedimento decorreu, ou para tomar decisões em nome do *superior interesse da criança*.

A solução adoptada pelo legislador português, em 2016/2017, é tributária deste modelo e os termos em que a discussão em torno da futura solução legal continua a fazer-se na Assembleia da República aponta no sentido de o legislador português não pretender mudar de linha quanto a este ponto.

Já na solução da *atribuição decisória* dos vínculos de filiação, a maternidade e a paternidade são estabelecidas após uma intervenção (em princípio, judicial) que pode ter momentos diferentes e graus de intensidade díspares.

Quanto ao tempo, ela pode ser anterior ao parto (*“pre-birth order”*), como acontece nos Estados norte-americanos da Califórnia e do Nevada, ou posterior ao nascimento (*“parental order”*), como acontece no Reino Unido.

Depois, essa intervenção pode destinar-se resolver um eventual conflito entre a gestante e o casal beneficiário, no caso de aquela ter manifestado uma pretensão de arrependimento. Pode, porém, ser uma intervenção menos intensa, limitando-se a confirmar que o procedimento de *gestação de substituição* foi conduzido em respeito pelas condições legais estabelecidas para o efeito.

Como veremos, entendemos ser mais apropriada esta última solução, na medida em que ela permite resolver mais adequadamente os complexos problemas que a *gestação de substituição* pode criar, tanto à gestante, quanto ao casal beneficiário, quanto à criança que vai nascer, sendo certo que, em complemento, e quando tal se justificar, deve ser conferido ao tribunal o poder-dever de decidir, da melhor maneira, em nome do *superior interesse da criança*.

3.2. Revogação do consentimento na gestação de substituição: matéria contratual ou de direito das pessoas?

Uma das principais fragilidades do regime de *gestação de substituição* português de 2016/2017 respeitava, como vimos, à não consagração legal do direito ao “arrependimento” da mulher portadora após o nascimento, ou se quisermos, a faculdade de esta revogar o consentimento dado para o efeito após o nascimento da criança, para assumir um *projecto parental* próprio (ainda que movida por circunstâncias físicas e psicológicas que não se reconduzam a uma vontade formada *ad nutum*⁷⁶¹).

Desde logo, esta opção legislativa de 2016 surgiu em contradição com o princípio basilar da *livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade*, que o Código Civil garante, concretamente, no n.º 2 do artigo 81.º (“a limitação voluntária [ao exercício dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”).

Note-se que, no Reino Unido, este direito ao “arrependimento” é de tal forma tutelado que nem precisa de assumir as vestes de uma *revogação expressa do consentimento* prestado, pois basta à gestante adoptar um *comportamento concludente*: não entregar a criança, durante o período de 6 meses após o parto. Se a entrega não ocorrer, os beneficiários não conseguirão a *parental order*, com o efeito precípua de tal circunstância determinar, definitivamente, o estabelecimento da maternidade relativamente à gestante de substituição.

No caso português, ao invés, com as regras então aprovadas, o casal beneficiário, após o nascimento, poderia, eventualmente utilizando a via

⁷⁶¹ Lembra MARÍA VANRELL que, durante a gestação, ocorre uma modificação emocional na mulher, em consequência da gravidez e também uma modificação cerebral, resultante de duas hormonas a oxitocina – que melhora a aprendizagem e a memória, reduz o nível de stress e promove a confiança e as relações sociais – e a prolactina – que incrementa a resistência (VANRELL, María Pilar Ferrer, “La gestación subrogada (...)”, *ob. cit.*, p. 26).

judicial, *reivindicar* dos braços da gestante a criança acabada de nascer, em autêntica *execução específica* (não devendo excluir-se, nesta sede, as consequências penais da recusa de entrega por parte da gestante).

Para tentar dar resposta a este problema do enquadramento do arrependimento da gestante, assiste-se a uma tendência de recurso a uma perspectiva *contratualista*, ou seja, à convocação do regime jurídico dos contratos no direito civil para regular uma matéria que, afinal, se situa no contexto do direito das pessoas⁷⁶², circunstância que remete o discurso, enviesadamente, para questão de saber até que extensão as partes se podem desvincular e quais os efeitos do distrate.

Consideramos que essa perspectiva corresponde a um desvio do enquadramento juridicamente correcto dos termos em que, na *gestação de substituição*, o problema da revogação do consentimento e os seus efeitos devem ser enquadrados.

Na verdade, não raro a doutrina se debate com sérias dificuldades quando procura resolver as questões mais intrincadas da *gestação de substituição* com o recurso exclusivo às ferramentas do *direito dos contratos*.

GUILHERME DE OLIVEIRA dá conta destas complexidades, concluindo que “*neste contrato de gestação de substituição encontramos-nos numa área pessoalíssima, onde se jogam direitos fundamentais, onde as vinculações são*

⁷⁶² A perspectiva contratualista é defendida por VERA LÚCIA RAPOSO (RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo (...)”, *ob. cit.*, pp. 23 e ss). A perspectiva contratual é, também, ensaiada por LUÍSA GUIMARÃES, embora reconhecendo as dificuldades que tal enquadramento coloca (GUIMARÃES, Luísa, “‘Subitamente, no Verão Passado’: A Contratualização da Gestação Humana e os Problemas Relativos ao Consentimento”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 107-126).

frágeis (art 81.º, n.º 2, CCiv) e a garantia de cumprimento tem de ser vaga^{763/764765}.

VERA LÚCIA RAPOSO, partindo de posição claramente contratualista, alerta que o “*contrato de gestação deve ser regido por esta preocupação: o direito contratual deve deixar algum espaço ao direito da família, nomeadamente à protecção do melhor interesse da criança*”⁷⁶⁶. A Autora permanece, porém, naquela perspectiva, advogando que na *gestação de substituição* se está perante um contrato de “*prestação de serviços — ainda que sui generis e atípica face ao contrato de prestação de serviços previsto no Código Civil (...) — pelo que deve ser regulado como um contrato, com respeito pela liberdade contratual dos intervenientes, com base no compromisso voluntário de ambas as partes*”⁷⁶⁷.

JORGE DUARTE PINHEIRO também dá conta das dificuldades de enquadramento do procedimento de *gestação de substituição* nos cânones contratuais tradicionais, concluindo tratar-se de um *contrato de prestação de serviço atípico*^{768/769}.

É certo que o regime português de 2016/2017 designa por *contrato* o documento principal assinado por beneficiários e pela gestante para efeitos de concretizar um quadro de *gestação de substituição*. No *direito da*

⁷⁶³ OLIVEIRA, Guilherme de, “Gestação de substituição (...)”, *ob. cit.*, pp. 813-814.

⁷⁶⁴ CAPELO DE SOUSA esclarece, a propósito do n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil, que só há lugar a consentimento vinculante, irrevocável nos termos gerais, quando não haja interferência com o direito de personalidade, nomeadamente, quando ocorre auto-limitação com vista à obtenção de outro bens, como acontece na celebração de contrato de trabalho (SOUSA, Rabindranath A. Capelo de, *O Direito Geral (...)*, *ob. cit.*, p. 287), o que faz com que, num plano teórico, apenas poderia pensar-se num grau de vinculatividade maior nos procedimentos onerosos de *gestação de substituição*.

⁷⁶⁵ Está em causa, afinal, reconhecer que, nesta matéria, a liberdade negocial colide com direitos de personalidade, com prevalência destes (SOUSA, Rabindranath A. Capelo de, *O Direito Geral (...)*, *ob. cit.*, p. 449).

⁷⁶⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, ““A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas””, in NETO, Luísa / PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 171.

⁷⁶⁷ IDEM.

⁷⁶⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe portadora (...)”, *ob. cit.*, pp. 329-330. Também em PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 182.

⁷⁶⁹ FRANCISCO YAGÜE qualifica-o como de “*arrendamiento de servicios*” (YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación (...)”, *ob. cit.*, p. 38).

família, a figura do contrato não é espúria, bastando pensar no *casamento*, sendo clássica a aceitação da existência de *negócios jurídicos familiares*⁷⁷⁰.

Assim essa designação (“contrato”), que é até frequente, em termos comparados, será equívoca, se for tida no sentido em que o que está em causa estabelecer uma relação contratual entre beneficiários e gestante dentro dos cânones tradicionais do direito das obrigações, e, portanto, fora da referida categoria dos *negócios jurídicos familiares*.

Por isso mesmo, preferimos a designação *compromisso de gestação de substituição*^{771/772}, para enfatizar que em causa está a assunção de uma vinculação, dentro da regulamentação legal oferecida, reduzindo-se a escrito, não só o consentimento dos envolvidos, mas também o enquadramento (prevendo direitos e obrigações das partes) que vai reger as relações recíprocas no decurso do procedimento⁷⁷³.

Neste ponto, concordamos com SOUSA RIBEIRO, quando afirma que “o contrato de gestação não é um negócio jurídico a se stante, como pura manifestação da autonomia privada”, sendo “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”⁷⁷⁴.

Este enquadramento, fora do *direito das obrigações*, o único que pensamos adequado, assenta na ideia segundo a qual, tradicionalmente,

⁷⁷⁰ Nos *negócios jurídicos familiares* a liberdade contratual é muito comprimida (cfr.: Andrade, Manuel, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 1974, pp. 51-53; Mota Pinto, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Gestlegal, 2020, pp. 397-399).

⁷⁷¹ Que não deixa de ser um “mecanismo jurídico de conformação de relações sociais”, em que o “*consenso das partes é pensado em conjunto com o “ambiente” em que se manifesta*” (RIBEIRO, J. J. de Sousa, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 14-15).

⁷⁷² Trata-se, assim, de um *contrato especialmente regulado*.

⁷⁷³ Estamos, pensamos, perante um exemplo em que a liberdade contratual é “*substituída por mecanismos de regulação heterónomos, ou, pelo menos, controlada no seu exercício*” (RIBEIRO, J. J. de Sousa, *O problema do contrato (...)*, *ob. cit.*, p. 172).

⁷⁷⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Breve Análise (...)”, *ob. cit.*, pp. 11-24.

uma mulher que dá à luz é a mãe do ser que nasce. Mas pode não ser assim, e a *gestação de substituição* constitui uma exceção dourada a essa regra.

Assim, não é necessário falar, por exemplo, de uma desistência do casal beneficiário relativamente à criança. Não pode desistir-se do que ainda não se tem, pois, no modelo que defendemos, o casal beneficiário nunca assumirá o papel jurídico resultante do estabelecimento da filiação se não requerer, como diremos de seguida, uma “decisão de parentalidade” que lhe permite alterar as regras do jogo (leia-se, a regra “*mater sempre certa est*”). A gestante de substituição sabe isso mesmo, de antemão, pois dando à luz uma criança, pode ter de assumir a maternidade se, por exemplo, o casal beneficiário já não existir ou nunca requerer a “decisão de parentalidade”.

Afastamos, pois, qualquer perspectiva que considere enquadrar a *gestação de substituição* no âmbito de uma *prestação de serviços*, e, também, da possibilidade de execução coerciva de supostas prestações em falta (como seja a entrega de uma criança).

Também não merece a nossa concordância a perspectiva segundo a qual seria a admissibilidade do “arrependimento” da gestante a entrar em conflito com a qualificação dos mecanismos de atribuição dos vínculos como instrumentos sujeitos a regimes de *ordem pública* (que a revogação do consentimento colocaria em causa⁷⁷⁵). Pensamos que, ao invés, é a mobilização do *direito contratual* e das soluções puramente tributárias da *autonomia da vontade* a entrar em conflito com aquele estatuto atribuído ao *direito da filiação*.

Em todo o caso, este enquadramento não deve afastar inexoravelmente a possibilidade de se considerarem algumas pretensões indemnizatórias (de todos os envolvidos), nos termos e pelas razões que analisaremos *infra*⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ Nesse sentido, v. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Breve Análise (...)”, *ob. cit.*, p. 29.

⁷⁷⁶ Cap. III § 4, 5.

3.3. Necessidade de um sistema profilático do arrependimento

Como vimos, o modelo português de *gestação de substituição* não reservou espaço para qualquer *arrependimento* da gestante após o nascimento, isto é, para o desenvolvimento de um *projecto parental* próprio que envolva a assunção, por aquela, da maternidade (ainda que motivada por qualquer *debilidade psico-somática*, ou sob influência de *microquimerismo maternal*^{777/778}), pois a criança que viesse a nascer através do recurso à *gestação de substituição* seria tida como filha dos respectivos beneficiários, nos termos do n.º 7 do art. 8.º da Lei da PMA, regra que não admitia qualquer excepção.

Como, se analisou, a não consagração, em 2016/2017, de um regime de “arrependimento” da gestante foi fatal para o regime, por não ser possível, no plano constitucional, construir o regime da *gestação de substituição* sem essa *válvula de segurança*, para tutela de direitos fundamentais da gestante⁷⁷⁹.

Nas palavras de SOUSA RIBEIRO, o TC, no Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, “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”⁷⁸⁰.

Pode parecer estranha a defesa de um “direito ao arrependimento” da gestante. Essa estranheza é natural, pois o “arrependimento” é, nesta

⁷⁷⁷ LOUREIRO, João Carlos, “Outro útero (...)”, *ob. cit.*, p. 1396.

⁷⁷⁸ Sobreos múltiplos factores psicológicos implicados (ao nível dos vários intervenientes) nos procedimentos de *gestação de substituição*, v. LÓPEZ, Naiara Aguirre, “Aspectos psicológicos de los/las usuarios/as de la gestación subrogada y del recién nacido”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 747-764).

⁷⁷⁹ Defendendo um modelo que não admita, *prima facie*, o arrependimento, mas em que este possa ocorrer em casos excepcionais (ROMO, María Raquel Belinchón, “Gestación subrogada “El contrato (...)”, *ob. cit.*, p. 190).

⁷⁸⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Breve Análise (...)”, *ob. cit.*, p. 25.

sede, odioso, e o sistema deve tudo fazer para que ele não ocorra. Pode mesmo dizer que a consagração de um adequado regime de “arrependimento” deve ter como objectivo criar as condições para o “não arrependimento” e para que, em geral, ocorra o menor número de “arrependimentos”.

Mais do que defender à *outrance* que a gestante deve poder ficar com a criança depois do parto (resultado que não interessa a quem se apresenta com uma atitude favorável à figura), o que importa, pensamos, é definir um regime de soluções múltiplas que contribuam para o sucesso da *gestação de substituição* altruística.

Esse regime, porém, tem de consagrar também medidas para os casos em que, infelizmente, tem de constatar-se que a *gestação de substituição* não funcionou e é necessário tutelar o melhor possível os direitos de todos os envolvidos (e, neste contexto, a protecção da posição jurídica da gestante surge, manifestamente, como uma das mais importantes, a par da tutela do *superior interesse da criança*).

3.3.1. Perfil da gestante: mulher que já deu à luz e familiar dos beneficiários?

Na procura das melhores soluções destinadas a evitar o arrependimento da gestante surgem com frequência duas propostas que merecem análise⁷⁸¹.

A primeira diz respeito à eventual necessidade de se prever na lei a obrigatoriedade de a gestante ser familiar dos beneficiários, tradicionalmente, uma irmã ou a mãe da mulher beneficiária⁷⁸².

⁷⁸¹ Que não esgotam, todavia, o tema, pois é defendido que, por exemplo, deve ser-se exigente quanto ao historial clínico da gestante em matéria de saúde mental (ROMO, María Raquel Belinchón, “Gestación subrogada” “El contrato (...)”, *ob. cit.*, pp. 185-186).

⁷⁸² Também é frequente acrescentar-se a exigência de os beneficiários serem nacionais, ou residentes habituais, no estado ao abrigo de cuja jurisdição o procedimento vai decorrer (cfr. BLANCO, Victorio Magariños, “Reflexiones (...)”, *ob. cit.*, p. 89).

Com esta opção legal procura-se: a) facilitar a obtenção de uma gestante; b) diminuir as hipóteses de arrependimento; c) contribuir para evitar o mercado ilegal de gestações de substituição, com pagamentos encapotados.

Esta é a solução que vigora, por exemplo, no Brasil, estando consagrada na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168, de 21/09/2017, onde se determina que “*a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima)*”, dispondo ainda que os “*demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina*”^{783/784}.

Porém, há perspectivas que consideram que a existência de relações familiares entre a gestante e o casal beneficiário pode pôr em causa a liberdade da gestante e, portanto, afectar o seu consentimento⁷⁸⁵.

Pensamos que a opção de permitir a *gestação de substituição* apenas nos casos em que a gestante é familiar do casal beneficiário não deixa de poder revelar-se bem mais problemática e trazer complicações adicionais à discussão⁷⁸⁶, designadamente, a questão de saber se, do ponto de vista ético, é admissível que a criança tenha por exemplo, como sua mãe legal, depois do procedimento concluído, alguém que é irmã da mulher que deu à luz. No caso de a gestante ser a mãe da mulher beneficiária, então a criança terá, confusamente, como mulher que a trouxe ao mundo, a sua avó.

Assim preferimos uma solução que não estabeleça peremptoriamente a obrigatoriedade de a gestante ser familiar da mulher beneficiária, deixando tal possibilidade para análise casuística que terá de ser feita antes da concessão da autorização para o procedimento.

⁷⁸³ Cfr. ponto VII, n.º 1.

⁷⁸⁴ ROSA, Conrado Paulino da, *Curso de Direito de Família Contemporâneo*, 5.º ed., Editora JusPodivm, 2019, p. 374-375.

⁷⁸⁵ ROMO, María Raquel Belinchón, “Gestación subrogada“El contrato (...)”, *ob. cit.*, p. 184.

⁷⁸⁶ Cfr., nesse sentido, BLANCO, Victorio Magariños, “Reflexiones (...)”, *ob. cit.*, p. 102.

Ainda que tal possa trazer algum risco adicional relativamente ao arrependimento da gestante, esta deve, preferencialmente, ser encontrada fora do quadro familiar do casal beneficiário.

Resta, porém, saber se deve a lei a impor esta restrição ou se, antes, tal resultado deva ser relegado para as boas práticas da análise dos elementos do procedimento concreto da *gestação de substituição*, para efeitos de conceder a respectiva autorização.

A desvantagem da consagração, em geral e abstracto, da restrição, pode, todavia, resultar do afastamento, *ipso facto*, da possibilidade de existência de qualquer vínculo familiar entre a gestante e a beneficiária e de, também, não existir evidência de que essa solução não sirva em certos casos⁷⁸⁷, ou, até, de ser a única solução adequada em determinadas hipóteses.

Menos problemática é a consagração da obrigatoriedade de a gestante já ter tido uma gravidez, bem-sucedida, antes de poder assumir responsabilidades no contexto da *gestação de substituição*⁷⁸⁸.

A defesa desta solução assenta nas regras da experiência, que demonstram que as emoções associadas a uma primeira gravidez são sempre encaradas com maior densidade, em geral, comparativamente a uma segunda gravidez e gravidezes subsequentes.

Não se trata, claro, de pensar, que se assistirá a uma insensibilidade emotiva da gestante de substituição numa gravidez que não seja a primeira, ao ponto de se ter a garantia de que jamais esta quererá assumir um *projecto parental* próprio, durante ou após o parto.

Porém, é perfeitamente expectável que o risco de criação de um estado emocional pós-parto, que possa ser acompanhado pela vontade de assumir esse *projecto parental*, diminua, à medida que a gestante tenha

⁷⁸⁷ Bem pelo contrário, tendo em conta os casos bem-sucedidos de *gestação de substituição*, já ocorridos, e em que a gestante estava familiarmente ligada à mulher beneficiária.

⁷⁸⁸ Nesse sentido, v. SILVESTRE, Margarida, "Que Futuro (...)", *ob. cit.*, pp. 47-48.

experiências individuais que lhe permitam enquadrar adequadamente aquele seu estado psicossomático pós-natal.

3.3.2. Intervenção do tribunal para resolver o conflito entre a gestante e o casal beneficiário logo após o arrependimento da gestante?

O CNECV, no seu Parecer 63/CNECV/2012⁷⁸⁹, aponta um caminho possível para a resolução de problemas resultantes do eventual arrependimento da gestante após o parto, sugerindo que, nesse momento, interviesse o tribunal, procurando a solução mais adequada, atendendo às circunstâncias do caso.

Esta solução é acolhida com agrado por GUILHERME DE OLIVEIRA, que nela vê uma oportunidade para o tribunal, atendendo ao interesse do filho e em face da alteração de posição da gestante, poder decidir quanto ao estabelecimento dos vínculos da forma mais adequada e ponderada. Poderia o tribunal determinar a maternidade relativamente a uma das mulheres ou, até, relativamente a ambas⁷⁹⁰, e decidir, igualmente, da melhor forma relativamente à paternidade⁷⁹¹.

Esta proposta tem o grande mérito de sugerir a resolução do problema criado com o arrependimento da gestante à luz do *superior interesse da criança*, pois será sempre este valor a orientar a decisão que o tribunal oferecerá ao caso.

Porém, merece-nos dois comentários, que fundamentam o nosso relativo afastamento da solução⁷⁹², se ela se traduzir na intervenção judicial

⁷⁸⁹ Parecer 63/CNECV/2012, disponível em www.cnecv.pt, p. 12.

⁷⁹⁰ Sobre o problema do registo da criança como filho(a) de duas pessoas do mesmo sexo em Itália, v. GRASSO, Alfio Guido, "È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, a. 34, 2018, pp. 1574-1581.

⁷⁹¹ OLIVEIRA, Guilherme de, "Gestação de substituição (...)", *ob. cit.*, pp. 810-811.

⁷⁹² Sendo certo que ela se mostra preferível relativamente a todas as propostas que já foram escritas, seja no texto da lei, seja em documentos que integram trabalhos preparatórios.

apenas em caso de conflito causado pelo arrependimento, e exclusivamente para o resolver (decidindo em matéria de atribuição de vínculos da parentalidade).

Desde logo, pode não ser totalmente adequado chamar o tribunal logo que a gestante manifesta uma pretensão no sentido de assumir um *projecto parental* próprio relativamente à criança. Essa primeira manifestação da gestante pode ser passageira, e não se confirmar no tempo subsequente, pelo que iniciar logo um conflito jurisdicional pode levar as partes a extremar posições e a solidificar precocemente uma vontade de arrependimento que poderia esfumar-se com alguma reflexão.

Por outro lado, essa solução pode corresponder a uma jurisdicionalização talvez excessiva do procedimento de *gestação de substituição*, já em si complexo, e sobretudo, clama pela intervenção do tribunal num quadro adversarial que pode ainda ser mais prejudicial para a gestante, reconhecidamente a parte mais fraca (a seguir à criança gerada com recurso ao procedimento) no contexto e momento em que o conflito emerge.

A solução que defendemos tem relativamente a esta proposta, como veremos de seguida, pensamos, a vantagem de solicitar a intervenção do tribunal não num contexto de conflito, mas apenas para a realização de uma verificação retrospectiva de todo o procedimento, e para, em seguida, se decidir em conformidade.

Não obstante, consideramos adequada a atribuição complementar de poderes ao juiz poderes para, em caso de não estarem reunidas as condições para conceder a “decisão de parentalidade”, decidir o melhor para a criança, como propõe GUILHERME DE OLIVEIRA.

3.3.3. Solução proposta

Em todo o caso, dúvidas não restam de que o sistema tem a obrigação de se empenhar na criação de um espaço que, nos casos raros em que o problema se coloque, possa funcionar como catalisador do “não arrependimento”, e permita acomodar o “arrependimento”, se ele persistir.

Coisa diferente, e errada, julgamos, é pretender que a criança a nascer seja, *por decreto*, inserida na vida dos beneficiários, como se não tivessem decorrido 9 meses de gravidez, um parto, e uma gestante de substituição que por eles passou.

Aquela perspectiva drástica, de que são tributários os modelos *contratualistas* e associados à *determinação legal da parentalidade*, é na verdade, pouco recomendável, e corresponde a uma consideração tendencialmente enviesada da figura, concebendo-a como mais uma técnica de PMA, a aplicar no contexto concreto de um casal beneficiário, quando na verdade se trata de um esquema compósito onde se interseccionam sujeitos de direito que, em regra, não só têm pontos de partida totalmente diferenciados, como perseguem objetivos distintos.

O *projecto parental* do casal beneficiário não o é da gestante de substituição, por muita solidariedade que esta revele relativamente ao mesmo e esteja comprometida na sua concretização.

Acresce que, como a experiência também demonstra, por vezes a gestante de substituição desenvolve um *projecto parental* oposto ao do casal beneficiário.

A *gestação de substituição* não é, assim, um caminho linear ou um campo onde apenas haja de aferir os termos óptimos da prestação do consentimento e da definição em *documento escrito* de um programa médico destinado a gerar uma criança.

No difícil caminho de cada procedimento de *gestação de substituição* vão coexistir no tempo vontades e perspectivas diferentes, desejos não coincidentes, e tudo isso faz com que a figura não possa ser encarada com a

visão dos cânones tradicionais a partir dos quais são aferidas as demais técnicas de PMA, nem com a leitura, que julgamos simplista, associada à natureza *puramente negocial* com que os envolvidos, supostamente, se relacionam.

Na *gestação de substituição* tudo deve ser excepcional e meticuloso, mas, também, tudo pode correr mal, tendo em conta os objetivos inicialmente traçados. É esta a mensagem, pensamos, que o sistema deve dirigir de forma inequívoca, tanto aos beneficiários quanto à gestante.

A *gestação de substituição* pode e deve existir. Igualmente, terá de ser muito pouco utilizada, porque só poderá ser *bem utilizada*.

Nos ordenamentos jurídicos, como o do Reino Unido, onde a figura é regulada desde a década de oitenta do século XX, os membros do casal beneficiário sabem que não podem dar por garantida a entrega da criança, tendo, necessariamente, de pedir ao tribunal uma ratificação retrospectiva do procedimento, que apenas é concedido nos casos em que a criança já lhes tenha sido entregue (assim se assegurando não ter havido arrependimento da portadora).

Estas cautelas resultam da concessão à experiência da vida: o arrependimento da gestante acontece mais vezes do que se desejaria, e é tão grave retirar à força a criança da mãe gestante, quanto frustrar as expectativas do casal beneficiário.

Assim, mais vale avisar os destinatários de que a *gestação de substituição* é arriscada para (todos) os envolvidos. Com este regime, a gestante também sabe que pode ter de ficar com a criança gerada, quando não contava com isso. Pense-se, por exemplo, nos casos em que os membros do casal beneficiário não estão em condições de a receber, simplesmente porque, desafortunadamente, morreram antes de o parto ocorrer.

Deve então o legislador português acolher um de regime de “arrependimento” ou de revogação do consentimento da gestante de

substituição, após o parto, que, acolhendo a jurisprudência do Tribunal Constitucional (plasmada, concretamente, no já citado Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril) permita, ou, pelo menos, contribua, para que possa vigorar no nosso ordenamento jurídico um aceitável enquadramento legal para a altruísta e excepcional *gestação de substituição*.

Não podemos, nesta sede, desperdiçar toda a experiência do regime legal do Reino Unido, que tem permitido o nascimento, todos os anos, de largas centenas de crianças.

Esse regime pode ser adaptado à realidade portuguesa, nos seguintes termos:

a) A *gestação de substituição* deve continuar a carecer de autorização prévia do CNPMA, em termos semelhantes aos que resultam do regime de 2016/2017 (como vimos, no Reino Unido, essa autorização prévia é dispensada);

b) Iniciada a gravidez, e nas primeiras 10 semanas, a gestante de substituição pode revogar o seu consentimento recorrendo à *interrupção voluntária da gravidez*, a seu pedido, nos termos do disposto na al. e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, isto sem prejuízo das eventuais consequências indemnizatórias de tal opção⁷⁹³;

c) Após o parto, o casal beneficiário (que deve ter contribuído com material biológico para a técnica de PMA aplicável), não vê a filiação da criança automaticamente estabelecida a seu favor, nem tal ocorre após o decurso de um qualquer prazo peremptório (para o exercício do direito ao “arrependimento”) da gestante, seja ele de um dia, ou 20, ou outro qualquer (como, por exemplo, o prazo para o registo do facto do nascimento);

d) Seis semanas após o parto (prazo que é, também, no nosso sistema, o prazo a partir do qual se considera válido o consentimento de uma mulher que dá à luz para que a criança possa ser encaminhada para a adopção, nos

⁷⁹³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, ob. cit., p. 246.

termos do artigo 1982.º, n.º 3 do Código Civil), inicia-se um lapso temporal no decurso do qual o casal beneficiário pode pedir uma “decisão de parentalidade”, destinando-se esta a verificar se todos os requisitos legais estão preenchidos e, sobretudo, se a criança já foi voluntariamente entregue ao casal beneficiário pela gestante;

e) Reafirma-se: a “decisão de parentalidade” é concedida se a criança tiver sido voluntariamente entregue pela gestante ao casal beneficiário e se encontrar a residir com este;

f) O prazo para o requerimento da “decisão de parentalidade” não deve ser tão longo quanto o previsto na legislação do Reino Unido, considerando-se como ideal um prazo de três meses, sendo certo que a apresentação de um pedido para além desse prazo não significa, necessariamente, a impossibilidade de concessão da “decisão de parentalidade”, se os motivos do atraso forem considerados atendíveis;

g) Em caso de acordo entre a gestante e os beneficiários, antes do parto, e mediante uma análise cuidada do decurso do concreto procedimento de *gestação de substituição* (que deve incluir uma análise psicológica), pode ser determinado que, no momento do parto, de imediato, possa ser estabelecida a filiação relativamente ao casal beneficiário, de tal forma que a criança já nasça filha do casal beneficiário;

h) Caso não possa ser concedida a “decisão de parentalidade”, o tribunal decidirá, de acordo com o *superior interesse da criança*, o que for mais adequado, quanto à residência da criança e ao estabelecimento dos respectivos vínculos de maternidade e paternidade⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ Alguma doutrina considera esta intervenção casuística causadora de insegurança jurídica (BLANCO, Victorio Magariños, “Reflexiones (...)”, *ob. cit.*, p. 91). Ao argumento, pode responder-se que essa intervenção jurisprudencial não traz mais insegurança do que aquela que já decorre normalmente de um procedimento de *gestação de substituição*, cujo resultado é sempre incerto (o que recomenda a utilização muito parcimoniosa do instituto). Nesta matéria, são de evitar soluções abstractizantes, sob pena de se prejudicar, em última linha, o *superior interesse da criança*.

3.3.4. Justificações para a correcção do modelo do Reino Unido

O regime acabado de propor desvia-se do consagrado no Reino Unido em três pontos, atendendo à necessidade de considerar a realidade e tradição do direito da família português, e ainda, às observações e propostas de reforma de que o regime vigente além-Mancha é objecto⁷⁹⁵, pelo que devem tecer-se algumas considerações adicionais.

Parece-nos justificável o encurtamento do prazo durante o qual o casal beneficiário pode requerer a decisão que permitirá que a criança nascida seja definitiva e juridicamente considerada seu filho ou sua filha.

Um período de seis meses (tal como previsto no regime do Reino Unido) parece demasiado alargado, tendo em conta os ritmos de vida hodiernos e, sobretudo, a importância de definir com segurança e com a brevidade possível (embora sempre salvaguardando a posição da gestante) o destino da criança gerada. Um prazo de três meses após o parto parece ser bastante para salvaguardar os interesses da gestante.

Contra esta perspectiva não se argumente que, não consagrar prazo algum para o eventual arrependimento, ou consagrar um prazo de três meses equivale ao mesmo, pois, em qualquer dos cenários, se coloca a gestante num contexto de pressão psicológica relativamente à opção de vida fundamental que tem de tomar: entregar ou não entregar uma criança o casal beneficiário.

Na verdade, entre conceder 12 semanas, ou semana nenhuma, vai toda a diferença entre possibilitar uma adequada ponderação à gestante, ou tratá-la como uma potencial criminosa se, no dia do parto, não entregar a criança, a instâncias do casal beneficiário.

Esse juízo de *irrelevância da alternativa* poderia ser feito, todavia, relativamente a propostas que foram discutidas em sede de trabalhos

⁷⁹⁵ Cfr., por todos, EVANS, Nancy, “The Legal Regulation of Surrogacy in the UK: The Need for Change”, in *Manchester Review of Law, Crime and Ethics*, 9, 2020, pp. 32-55.

preparatórios das alterações da Lei da PMA e que apontavam para um potencial prazo de 20 dias para o arrependimento da gestante, na medida em que o mesmo nem sequer colhe a boa experiência que o nosso Direito tem em matéria de adoção, não aceitando válido o consentimento da mãe para a mesma antes de decorridas seis semanas após o parto.

Em segundo lugar, é vantajoso, pensamos, para todos os interesses envolvidos permitir que, em certos casos, a criança possa já nascer filho ou filha do casal beneficiário. Isto significa, claro, afastar, casuisticamente o direito ao “arrependimento” ou, se preferirmos, o direito à revogação do consentimento da gestante.

Porém, pode haver situações em que tal se justifique, em resultado de análises aturadas do concreto contexto do casal beneficiário e da própria gestante. Na verdade, pode ser de relevar, nessa análise, estar-se perante uma gestante que, sendo até, por exemplo, irmã da mulher beneficiária, expressa, durante todo o processo, uma vontade inequívoca de assegurar que a criança já nasça filha do casal beneficiário, não suscitando o quadro concreto quaisquer dúvidas aos médicos, psicólogos e demais entidades intervenientes.

Impor, nestes casos, o período geral de “reflexão para arrependimento” pode ser exagerado.

Porém, reafirma-se, esta possibilidade não deve vigorar em geral, devendo ser uma solução possível, no decurso do procedimento de *gestação de substituição*, nos casos em que a sua aplicação se tenha por adequada.

Acresce que é de todo aconselhável que esta possibilidade resulte de uma análise casuística, feita preferencialmente em sede judicial.

Em terceiro lugar, vemos grande vantagem em consagrar, complementarmente, um modelo de determinação decisória dos vínculos de filiação, isto para além de se proceder a uma verificação retrospectiva da legalidade do procedimento. Devem, assim, atribuir-se também ao tribunal

poderes-deveres para decidir a melhor solução a oferecer ao caso, em nome do *superior interesse da criança*, designadamente, quanto ao estabelecimento dos vínculos da filiação.

A melhor doutrina começa a admitir alguma abertura à interferência decisiva do *critério do superior interesse da criança* no estabelecimento dos vínculos da filiação⁷⁹⁶, e o regime da *gestação de substituição* pode constituir uma boa oportunidade para, em termos moderados, tal possibilidade se concretizar, com grande utilidade nos casos de *gestação de substituição* transfronteiriça, como vimos.

Assim, se o procedimento estiver em conformidade e a criança tiver sido entregue, no respeito pelo compromisso assumido entre os envolvidos, o tribunal limitar-se-á a conceder a “decisão de parentalidade”.

Caso o tribunal não tenha condições para conceder a “decisão de parentalidade”, devem distinguir-se dois tipos de situações.

Nos casos em que a criança não tenha sido entregue pela gestante, ou seja, nas situações em que lamentavelmente ocorreu o arrependimento desta, por ter decidido assumir um *projecto parental* próprio, o normal será o tribunal aplicar a conhecida regra “*mater semper certa est*”.

Neste ponto, o tribunal, utilizando o referido *poder-dever*, guiado pelo *superior interesse da criança*, decidirá o que melhor lhe parecer quanto ao estabelecimento da paternidade e, até, quando à residência da criança. Pode até admitir-se que, em casos muito excepcionais, o tribunal decida não conceder à vontade de arrependimento da gestante, optando por outra solução. Para exemplificar a vantagem deste *poder-dever*, pode referir-se um caso ocorrido no Reino Unido, em 2016, e que envolveu uma gestante que se recusou a consentir na “*parental order*” apenas porque se sentia pouco apoiada e pouco considerada pelo casal beneficiário, não obstante ter declarado não ter intenção de estabelecer uma relação com as crianças

⁷⁹⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, ob. cit., pp. 247-248.

(tratava-se de gémeos) nascidas, que até já estavam a viver com o casal beneficiário desde a data do nascimento. A “*parental order*” foi concedida, mas o tribunal teve de apelar, precisamente, ao critério do *superior interesse da criança*⁷⁹⁷.

Nos casos em que a impossibilidade de concessão da “*decisão de parentalidade*” resulta da verificação de situações que, no modelo de 2016/2017, gerariam a nulidade do contrato, deve o tribunal ter ao seu dispor, como já se disse *supra*⁷⁹⁸, uma cláusula geral de *efeitos putativos* da *gestação de substituição* nula, ou de limitação dos efeitos da invalidade, podendo determinar, se tal se justificar em face dos elementos do caso concreto, o estabelecimento dos vínculos relativamente ao casal beneficiário.

Com esta solução, o sistema é protegido, pois os potenciais infractores do regime não podem ter por garantido o sucesso que quereriam obter com a infracção.

Nos casos em que os problemas potencialmente geradores da invalidade do procedimento de *gestação de substituição* fossem detectados já depois da eventual concessão da “*decisão de parentalidade*” (o que pode ocorrer até vários anos após o parto e o estabelecimento dos vínculos de filiação) a intervenção do tribunal justifica-se, igualmente, para definir, nos mesmos termos, que efeitos a desconformidade com o programa legalmente estabelecido deve produzir no caso.

Merece, ainda, reflexão, a possibilidade de o regime a consagrar se desviar da necessidade de intervenção judicial para a prolação da “*decisão de parentalidade*”, isto é, aquela que permite que a criança nascida passe a ser legalmente filho ou filha do casal beneficiário.

No Reino Unido, a “*parental order*” tem natureza judicial.

⁷⁹⁷ EVANS, Nancy, “The Legal Regulation (...)”, *ob. cit.*, p. 39.

⁷⁹⁸ Cap. III § 3, 1.4.

Tendo em consideração que todos os procedimentos de *gestação de substituição* devem ser fortemente escrutinados e acompanhados pelo CNPMA, uma solução legal que impusesse uma “*parental order*” meramente administrativa não estaria totalmente desfasada dos níveis ótimos de controlo exigidos e poderia ter a vantagem de contribuir para uma desejável desjudicialização da figura.

Porém, a necessidade de intervenção judicial impor-se-á se for atribuído, como defendemos, ao tribunal o *poder-dever* de, em caso de não concessão da “decisão de parentalidade”, decidir, de acordo com o *superior interesse da criança*, o que for mais adequado, quanto à residência da criança e ao estabelecimento dos respectivos vínculos de maternidade e paternidade. Trata-se, pesamos, de matéria que não admite desjudicialização.

Em suma, consideramos ideal um regime que permita que, no período entre seis semanas após o parto e três meses decorridos desde o nascimento, o casal beneficiário procure obter decisão que confirme a estabilização da situação jurídica da criança, que assim passará a ser juridicamente filho(a) daquele casal beneficiário.

Admite-se, porém, que, por decisão judicial casuística, o regime permita uma antecipação dos efeitos jurídicos pretendidos com a *gestação de substituição*, por forma a que, em certos casos a criança possa já nascer legalmente filho(a) do casal beneficiário.

Este regime deve ser acompanhado por regras especiais em matéria de registo civil que prevejam a possibilidade de existência de um registo provisório de maternidade a favor da gestante, que deverá ser cancelado (e eliminado definitivamente) caso ocorra novo registo a favor dos beneficiários, na sequência da “decisão de parentalidade”, ou tornado definitivo, a favor da gestante, decorrido o período legalmente previsto para os beneficiários requerem aquela decisão.

4. Conteúdo do compromisso entre gestante e beneficiários: imposição de comportamentos à gestante de substituição

Como vimos, o TC, no Acórdão 225/2018, de 24 de Abril, entendeu ser constitucionalmente inadmissível a incerteza da regulamentação oferecida pela Lei da PMA relativamente aos contratos de gestação de substituição, pois os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º daquela lei *“não oferecem uma medida jurídica com densidade suficiente para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contratos de gestação de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e de autorização prévia”*⁷⁹⁹.

Esta posição do TC é passível de crítica, na medida em que, em matérias como a PMA, e sobretudo na *gestação de substituição*, que implica a necessidade de se conformar um *compromisso* que vai ser assumido pela gestante e pelos beneficiários, pode ser exagerado impor ao legislador que ofereça regulamentações pormenorizadas, antevendo-se preferível conceder margem de decisão às entidades intervenientes, sobretudo ao CNPMA.

GUILHERME DE OLIVEIRA manifesta-se neste sentido, e, compreendendo a posição do TC, admite que a lei possa ser melhorada, por exemplo, transportando para a Lei da PMA o que consta do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho⁸⁰⁰. Considera, porém, que *“é difícil encontrar um assunto cuja regulamentação seja mais complexa do que este”*, pois *“passado o tempo do fascínio pela regulamentação autoritária, através de normas claras e cogentes, vivemos no imperativo do consenso, em que tudo parece merecer o enquadramento contratual”*, sendo certo que, aqui, *“as partes não*

⁷⁹⁹ Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1930.

⁸⁰⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *“Gestação de substituição (...)”*, *ob. cit.*, p. 812.

*têm a liberdade típica para conformar o conteúdo do negócio (art. 405.º CCiv)”*⁸⁰¹.

Nesta matéria, o papel do legislador é dúplice: a) estabelecer os limites absolutos para a autonomia concedida às partes, permitindo que o compromisso que estas assumem seja conformado em função da situação e realidade concretas em que se vai desenrolar o procedimento de *gestação de substituição*, mas, desde logo, determinando aspectos que se consideram inadmissíveis (como, por exemplo, a contratualização de uma remuneração da gestante); b) para defesa da autonomia individual da gestante e para tutela da sua personalidade e dignidade, estabelecer que tipo de comportamentos, durante o procedimento de *gestação de substituição*, lhe podem ser impostos, e quais as consequências para a respectiva violação.

Há quem defenda, em acrescento, que o legislador deve impor a necessidade de contratação de um seguro, cuja beneficiária seja a gestante, com o respectivo prémio a cargo do casal beneficiário, cobrindo o risco de falecimento, invalidez ou qualquer tipo de sequela física resultante da aplicação das técnicas de PMA⁸⁰².

Assim, no contexto da relação jurídica estabelecida entre o casal beneficiário e a gestante, revela-se importante analisar que tipo de comportamentos podem, em abstracto, impor-se à gestante, com o efeito de, em caso de incumprimento, fundamentar uma eventual pretensão indemnizatória dos beneficiários fundada na responsabilidade contratual (para quem assuma essa perspectiva *contratualista*), ou (na perspectiva *personalista*, que defendemos⁸⁰³) para lhe imputar um comportamento violador do compromisso celebrado, nos termos da lei, e que pode, igualmente, ser fonte da obrigação de indemnizar.

⁸⁰¹ IDEM.

⁸⁰² ROMO, María Raquel Belinchón, “Gestación subrogada” El contrato (...), *ob. cit.*, p. 184.

⁸⁰³ Perspectiva que encara as pretensões indemnizatórias em termos mais limitados do que os previstos para a tradicional responsabilidade contratual, como veremos.

O regime português da gestação de substituição de 2016/2017 fazia uma referência ao problema, estipulando-se, na Lei da PMA, no n.º 10 do artigo 8.º, que do contrato, deve “constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez”, e, no n.º 11 do mesmo artigo, uma fórmula genérica, dispondo que o contrato a celebrar “não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”.

A redação desta última norma não era muito feliz, pois a proibição que encerrava não era absoluta, como uma leitura desatenta poderia induzir. A imposição de restrições à gestante deve ser possível, desde que não coloque em causa os *direitos, a liberdade e a dignidade* da gestante e era precisamente isso, pensamos, que o legislador pretenderia dizer. Só assim se compreende que o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, remeta para o contrato-tipo, a aprovar pelo CNPMA⁸⁰⁴, a definição de um conjunto de matérias, muitas delas respeitando à regulamentação de comportamentos da gestante, por exemplo, quanto a cuidados médicos durante a gravidez, incluindo a possibilidade de recusa de sujeição à amniocentese, ou a outros actos da vida, como a realização de viagens em determinados meios de transporte ou para fora do país no terceiro trimestre de gestação, ou a condutas a observar em matéria de interrupção voluntária da gravidez (dentro do quadro legal em vigor).

Importa, pois, perceber que limites devem estabelecer-se, nesta matéria.

O tema é analisado por VERA LÚCIA RAPOSO⁸⁰⁵. A Autora parte do princípio da razoabilidade da imposição de comportamentos à gestante que sejam justificáveis em função do bem-estar do nascituro, entendendo,

⁸⁰⁴ Cfr. o n.º 3 do artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho.

⁸⁰⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, “A Parte Gestante (...)”, *ob. cit.*, pp. 169-188.

porém, que elas “*não serão aceitáveis quando ultrapassem o núcleo duro dos direitos da gestante, se intrometam abusivamente na sua vida privada e lhe imponham restrições infundadas*”⁸⁰⁶. Considera, por exemplo, inaceitável a delimitação da compensação a entregar à gestante em função das qualidades mais ou menos desejáveis da futura criança.

Considera admissíveis, por exemplo: a) cláusulas que determinem a realização do *diagnóstico pré-implantatório*, nos termos legalmente previstos para o efeito; b) cláusulas relativas a actos médicos a realizar pela gestante; c) responsabilização da gestante em caso de aborto involuntário causado por condutas não apropriadas à boa condução da gravidez; d) cláusulas relativas às obrigações da gestante em sede de interrupção voluntária da gravidez, isto sem prejuízo de caber sempre à gestante a decisão de pôr fim à gravidez (não podendo ser contratualizada a transferência do poder de decisão para os pais contratantes); e) pagamento de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais ao casal beneficiário no caso de interrupção da gravidez meramente a pedido da gestante; f) pagamento de indemnização ao casal beneficiário, mas apenas por danos patrimoniais, no caso em que estes tenham pedido à gestante para interromper da gravidez (*ad nutum*) e a gravidez tenha prosseguido; g) custeamento das despesas de gravidez pelos beneficiários, nos casos em que estes desistam da gestação de substituição e não pretendam manter para si a criança; h) redução embrionária que se justifique medicamente, cabendo a decisão final à gestante, mas com possibilidade de esta ter de indemnizar os beneficiários; i) definição do número de ovócitos a fertilizar e a transferir, bem como o critério aplicável para o efeito, e sempre dentro das limitações legais aplicáveis.

Se, na sua generalidade, as sugestões de VERA LÚCIA RAPOSO nos parecem aceitáveis, não podemos, porém, concordar, com a definição de um regime, para o caso concreto de *gestação de substituição*, que admita o

⁸⁰⁶ IDEM, p. 173.

pagamento de indemnizações pela gestante, nas situações em que ela persista na manutenção da gravidez, em caso de “arrependimento” dos beneficiários, antes do parto, designadamente, pela via da sugestão à gestante do recurso à interrupção voluntária da gravidez.

Iniciados os trabalhos terapêuticos, só a gestante pode, em sentido próprio, revogar o consentimento (antes do parto), e isso ocorre pela via da possibilidade, que àquela não pode ser negada, de interromper a gravidez, a seu mero pedido, nos termos previstos na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal.

Neste caso de revogação do consentimento pela gestante, por recurso à interrupção da gravidez, admite-se a previsão no compromisso de um critério razoável de indemnização dos beneficiários, por danos em que estes tenham comprovadamente incorrido⁸⁰⁷. A circunstância de o parto ainda não ter ocorrido retira alguma carga à necessidade de protecção da gestante, sendo certo que ela continua a merecer a qualificação de parte *mais necessitada de tutela*.

Não concebemos, porém, a possibilidade de concessão ao casal beneficiário da faculdade de exigir ou determinar à gestante a interrupção voluntária da gravidez (apenas porque quer desistir do *projecto parental*) até às dez semanas, sob pena de a gestante ter de indemnizar.

Sustentamos esta posição em três argumentos.

Por um lado, o recurso à *interrupção voluntária da gravidez* a pedido da mulher, até às 10 semanas de gestação, constitui uma decisão de natureza pessoalíssima, não devendo o Direito admitir que se possam retirar consequências desfavoráveis para a mulher grávida de qualquer

⁸⁰⁷ No n.º 3 da Cláusula 8.ª do contrato-tipo na aprovado na reunião do CNPMA de 04/11/2017, e disponível em www.cnpm.org.pt, ficou a constar: “Em caso de resolução do contrato com fundamento no facto previsto na parte final do número anterior [interrupção voluntária da gravidez até às 10 semanas por opção da gestante], a gestante de substituição obriga-se a devolver ao casal beneficiário o valor correspondente ao montante total das despesas realizadas para concretização do ciclo de tratamento e dos pagamentos que a ela foram feitos nos termos do número 1 da cláusula 7.ª do presente contrato”.

interferência ou pressão (goradas) de terceiros no sentido do exercício dessa faculdade pela mulher grávida.

Por outro lado, o casal beneficiário não pode prevalecer-se de um incumprimento da gestante (resultante, aliás, não da desistência do procedimento, mas da recusa em concordar com a desistência do casal beneficiário, colocando termo ao mesmo por intermédio da *interrupção voluntária da gravidez*) numa fase em que ainda não é certa a manutenção do seu compromisso, pois no modelo que defendemos, o “arrependimento” do casal beneficiário, depois do parto, pode sempre resultar do não requerimento da “decisão de parentalidade” até ao final do prazo estipulado para o efeito.

Aceitar-se aquela pretensão indemnizatória, significaria que o casal beneficiário estaria a imputar um incumprimento à gestante, quando ainda não é certo que mantém o compromisso que com ela assumiu, pois poderia, após o parto, nunca requerer a “decisão de parentalidade”, impondo, assim, à gestante, uma maternidade com a qual (em condições normais de cumprimento) esta não precisaria de contar.

Por último, se a criança nasceu porque a gestante não seguiu a sugestão dos beneficiários (arrependidos) no sentido de interromper a gravidez, dentro do quadro legal, não nos parece adequado admitir que o casal possa exigir indemnizações à gestante, já que a desistência esteve sempre ao seu alcance (bastando, para tal, não requerer a “decisão de parentalidade”). Neste caso, não se vislumbra qual o dano indemnizável.

Sendo esse dano um suposto prejuízo moral resultante do nascimento de uma criança cuja vinda ao Mundo o casal beneficiário patrocinou (inicialmente) e assumiu (em compromisso firmado com a gestante, que depois rompeu, exigindo a interrupção da gravidez), não nos parece que ele mereça a tutela do Direito.

Num plano diferente colocam-se as hipóteses de interrupção da gravidez referidas nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal⁸⁰⁸.

Quanto às duas primeiras, por estar em causa a vida, o corpo ou a saúde física e psíquica da gestante, não serão de admitir pretensões indemnizatórias por parte do casal beneficiário (nem se concebe que dano seria invocável), pois se a gestante seguiu com a gravidez, assumiu ela o risco, e se a criança nasceu, está em condições de cumprir o compromisso.

Relativamente à alínea *c)* (*“houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo”*), a situação é mais complexa⁸⁰⁹, pois a continuação da gravidez poderá levar ao nascimento de uma criança com doença, e, portanto, com custos acrescidos de cuidado e tratamento pelos beneficiários.

Neste cenário, parece-nos razoável admitir a previsão de imposição à gestante do pagamento de (alguns) montantes compensatórios⁸¹⁰, nos

⁸⁰⁸ Considerando-se que a hipótese da alínea *d)* (*“a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas”*) está, pela sua natureza, afastada no contexto de um procedimento de *gestação de substituição*.

⁸⁰⁹ Nesse sentido, ORTÚZAR, Ignacio F. Benítez, “Maternidad subrogada (...)”, *ob. cit.*, pp. 622-623.

⁸¹⁰ Tendo em consideração a frustração das expectativas. Na lógica da justiça comutativa, como bem explica CARNEIRO DA FRADA, *“aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados”* (CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004, p. 901).

termos gerais que se referem em seguida⁸¹¹, e no pressuposto de o casal beneficiário solicitar a “decisão de parentalidade”^{812/813}.

5. Mecanismo especial de arbitramento de compensação de danos na *gestação de substituição*

Como dissemos, não devem afastar-se, à partida, as pretensões indemnizatórias na *gestação de substituição*, tanto dos beneficiários, quanto da gestante.

Estas pretensões são, desde, logo, como vimos, compatíveis com o disposto no Código Civil, concretamente, no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil.

Claro que uma perspectiva contratualista maximiza este remédio indemnizatório, pois não concebe outro resultado que não seja o de considerar, por exemplo, o “arrependimento” da gestante um grave incumprimento contratual.

É a melhor doutrina, porém, a alertar para o facto de, nesta matéria, ser necessário ter cautelas.

⁸¹¹ Alguma doutrina defende que, nestes casos, a gestante deveria assumir deveres e obrigações relativamente ao filho nascido com as anomalias detetadas na fase fetal da gestação (ORTÚZAR, Ignacio F. Benítez, “Maternidad subrogada (...)”, *ob. cit.*, p. 623).

⁸¹² No caso de não ser requerida a “decisão de parentalidade”, a gestante será a mãe da criança, pelo que o casal beneficiário não pode invocar danos patrimoniais (e o dano não patrimonial, a existir, será de pouca monta, pois, uma vez que terá sido pedida a interrupção da gravidez, será reconduzido à mera tristeza de um resultado inesperado do procedimento). Se o casal beneficiário requer a “decisão de parentalidade”, está a aceitar o resultado do procedimento, o que terá de considerar-se na análise da sua pretensão indemnizatória,

⁸¹³ O contrato-tipo na aprovado na reunião do CNPMA de 04/11/2017, e disponível em www.cnpm.org.pt, que assentava num modelo legal que atribuía *ope legis* a parentalidade a favor dos beneficiários, previa, pela sua Cláusula 10.ª, o seguinte: “1. Se, havendo seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, a gestante, contra a vontade declarada do casal beneficiário, não concretizar a interrupção da gravidez, que terá de ser realizada nas primeiras 24 semanas da gestação, obriga-se a indemnizar os beneficiários nos termos do número seguinte. 2.A indemnização corresponde aos danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes do nascimento da criança que sofra de forma incurável de grave doença ou malformação congénita medicamente comprovada após nascimento, desde que esse diagnóstico fosse já conhecido durante a gestação, no período temporal referido no n.º 1. 3. O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, às situações de fetos inviáveis prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal.”

GUILHERME DE OLIVEIRA, por exemplo, apela a uma restrição dos danos indemnizáveis aos gastos efetivos e razoáveis que se realizaram, admitindo que, como acontece na promessa de casamento, se reduza a medida da indemnização segundo o *prudente arbítrio do tribunal*, nos termos do disposto no artigo 1594.º do Código Civil⁸¹⁴.

Parece, pois, equilibrado consagrar a possibilidade de conceder compensações indemnizatórias aos envolvidos nos procedimentos de *gestação de substituição*, mas sujeitando esse enquadramento indemnizatório a um regime especial.

Os membros do casal beneficiário confiaram que, no final do procedimento de *gestação de substituição*, integrariam, no seu seio familiar, uma criança e, em função dessa expectativa, fizeram investimentos emocionais e económicos a pensar nessa esperada realidade. Durante o período do procedimento, e dentro dos limites legais e definidos no compromisso firmado, suportaram despesas de saúde e reembolsaram outras despesas à gestante. O arrependimento desta constitui, assim, uma frustração deste investimento.

Por sua vez, a gestante aceitou sê-lo na expectativa de que o casal beneficiário não abandonaria o *projecto parental* e, portanto, não teria de contar com a necessidade de custear o sustento e educação de uma nova criança (ou, em alternativa, de, dolorosamente, encaminhar a criança para a adopção). A circunstância de o casal beneficiário não apresentar o pedido no sentido de ser proferida a “decisão de parentalidade” causa à gestante danos patrimoniais e não patrimoniais.

Assim, é natural que se admita, tal como acontece em geral no Direito, que, em caso de frustração destas expectativas, se ofereça um enquadramento indemnizatório para os danos que daí decorram.

Porém, deve, desde logo, assumir-se uma perspectiva diferenciada relativamente o enquadramento geral do direito das obrigações, pois as

⁸¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, “Gestação de substituição (...)”, *ob. cit.*, pp. 809-810, nota 11.

expectativas no respeito pelo compromisso não podem merecer neste âmbito a mesma tutela que merece a expectativa do cumprimento dos demais contratos.

Ou seja, não pode valer aqui, em toda a sua plenitude o princípio *pacta sunt servanda*, pelas razões que já referidas, e tendo em conta que se encontram co-envolvidos, de forma muito impressiva, *direitos de personalidade*^{815/816}.

Dito de outra, forma terá de considerar-se que, em matéria de *gestação de substituição*, o montante da indemnização a conceder aos interessados não se ajustará, necessariamente, à extensão dos danos concretamente sofridos, sejam eles de natureza patrimonial ou não patrimonial.

O enquadramento que aqui defendemos não é novo no *direito da família*, bastando pensar no exemplo citado da promessa de casamento.

Por outro lado, os planos devem ser diferenciados consoante estejamos perante uma pretensão indemnizatória da gestante ou dos beneficiários.

A gestante que se vê confrontada com o “arrependimento” do casal beneficiário passa a ter de contar com a necessidade de suportar os custos de sustento e educação de uma criança, pelo que a dimensão indemnizatória pode ser mais alargada.

Já quanto à fixação da indemnização ao casal beneficiário, a circunstância de a gestante se ter arrependido muito precocemente, por exemplo, por via do recurso à interrupção voluntária da gravidez (a simples pedido) pode determinar uma atenuação considerável do montante indemnizatório a conceder.

⁸¹⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA fala, como vimos, de *vinculações são frágeis* (OLIVEIRA, Guilherme de, “Gestação de substituição (...)”, *ob. cit.*, pp. 813-814).

⁸¹⁶ CAMPOS, Diogo Leite, “Os direitos de personalidade: categoria em reapreciação”, *in* *Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. II, n.º 2, 1993, pp. 61-74.

Em face do exposto, a melhor solução a oferecer às pretensões indemnizatórias em sede de *gestação de substituição* passa, pensamos, por estabelecer um regime especial que, admitindo-as, confira ao juiz a possibilidade de ajustar os montantes indemnizatórios a conceder, designadamente:

a) Às condições económicas dos envolvidos, designadamente, a capacidade do obrigado a indemnizar, e a necessidade do titular do direito à indemnização, por exemplo, resultante dos custos acrescidos para cuidar e tratar uma criança com doença (uma vez que a gestante decidiu não interromper a gravidez, à luz do disposto na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal⁸¹⁷);

c) Ao grau de frustração das expectativas e, no caso da gestante, ao momento em que o arrependimento ocorreu, sendo factor de considerável redução da indemnização o facto de aquela ter interrompido, por vontade sua, a gravidez, ao abrigo do disposto na alínea *e*), do n.º 1, do artigo 142.º do Código Penal;

d) Ao concreto contexto subjectivo do obrigado a indemnizar e às razões que o compeliram a retractar-se.

Neste âmbito, e por estar em causa uma dimensão de natureza puramente patrimonial, pode equacionar-se a criação de mecanismos alternativos de resolução de litígios. Não seria descabido a imposição da arbitragem necessária e, até, a institucionalização da mesma junto do CNPMA⁸¹⁸.

⁸¹⁷ Embora, neste caso, como vimos, a questão indemnizatória colocar-se-á depois de apresentado o pedido de “decisão de parentalidade”, pelo que o casal beneficiário decide aceitar o resultado do procedimento, o que deverá ser considerado na apreciação da sua pretensão indemnizatória.

⁸¹⁸ A possibilidade de recurso a *mecanismos alternativos de resolução de litígios* ficou previsto no contrato-tipo na aprovado na reunião do CNPMA de 04/11/2017, e disponível em www.cnpm.org.pt, conferindo-se a opção entre duas versões, uma delas prevendo o recurso à mediação, antes da arbitragem. Nesse contrato tipo, ao CNPMA competiria

Por último, um aspecto que deveria ser esclarecido pelo legislador é o da admissibilidade da estipulação no compromisso de cláusulas penais. Atendendo à natureza e sensibilidade da matéria, devem admitir-se cláusulas penais indemnizatórias, mas não as compulsórias (as cláusulas penais propriamente ditas).

Como ensina PINTO MONTEIRO, com a *cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização*, as partes pretendem liquidar antecipadamente o dano futuro⁸¹⁹. A *cláusula compulsivo-sancionatória* tem como finalidade compelir o devedor ao cumprimento e/ou sancionar o incumprimento⁸²⁰.

Nas *cláusulas de fixação antecipada do montante da indemnização*, a prova de que não existem danos provocados pelo incumprimento impede a exigência do seu pagamento⁸²¹, solução que nos parece adequada em matéria de indemnizações na *gestação de substituição*, enquanto que nas *cláusulas compulsivo-sancionatórias* aquela prova não oblitera esta exigência, pois a cláusula penal, neste último caso, é vista como uma sanção, devida independentemente do dano⁸²², cenário que consideramos manifestamente desajustado, nesta sede.

A *cláusula penal* ficará, em todo o caso, sujeita à possibilidade de redução pelo tribunal, nos termos do artigo 812.º do Código Civil, o que para PINTO MONTEIRO, constitui uma maneira de corrigir excessos ou abusos no exercício da liberdade contratual⁸²³.

aprovar uma lista oficial de árbitros e apresentar às partes uma proposta de convenção de arbitragem, nos termos da Lei 63/2011, de 14 de Dezembro.

⁸¹⁹ PINTO MONTEIRO, António, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, reimpressão da obra de 1985, Coimbra, 2003, p. 602.

⁸²⁰ IDEM, p. 605.

⁸²¹ IDEM, p. 603.

⁸²² IDEM, p. 605.

⁸²³ IDEM pp. 724-725 e 729-730.

6. Serão admissíveis, em Portugal, as agências de *gestação de substituição*?

Vimos que, entre nós, a Lei da PMA, na versão de 2016, decidiu, no artigo 39.º, n.º 4, punir criminalmente a promoção ou angariação de contratos de *gestação de substituição*, mas apenas fora dos casos em que ela é permitida, ou seja, fora dos procedimentos de *gestação de substituição* altruística. De acordo com o n.º 6 do mesmo artigo, também só é punível quem retirar benefício económico da celebração de contratos de *gestação de substituição* ou da sua promoção.

O nosso sistema aponta assim para uma *não proibição* da existência de agências de *gestação de substituição*, desde que elas tenham carácter totalmente não lucrativo.

No Reino Unido, que consagra um regime de *gestação de substituição* de tipo altruístico, como vimos, as agências de “*surrogacy*” são admitidas, e existem algumas (poucas) a operar, concretamente, a *Childlessness Overcome Through Surrogacy (COTS)*, a *Brilliant Beginnings* e a *Surrogacy UK*.

Estas agências têm natureza não lucrativa, e são suportadas pelas quotas pagas pelos seus membros ou associados (sobretudo, os potenciais beneficiários).

Procuram promover a partilha de experiências, entre potenciais gestantes e beneficiários, ajudando essa comunidade interessada a compreender as implicações da *gestação de substituição* antes de iniciarem o respectivo procedimento.

Esta ideia de admitir as agências de “*surrogacy*”, desde que funcionando numa base não lucrativa, remonta já ao tempo da comissão Warnock, que preparou a legislação do Reino Unido, em matéria de PMA, na década de 80 e 90 do Século XX.

Nessa altura, já se acreditava que a profissionalização da *gestação de substituição* era indesejável, uma vez que levaria a um aumento no número

de procedimentos⁸²⁴, pelo que, a existirem agências de mediação, estas teriam de funcionar numa base não lucrativa.

Porém, esse enquadramento não profissional das agências é objecto de crítica, dando-se, como exemplo, a circunstância de, num caso que ficou célebre, uma das agências ter mediado um acordo de *gestação de substituição* entre um casal beneficiário de nacionalidade turca e uma gestante do Reino Unido, não tendo, porém, devido a um mal-entendido, avisado o casal turco de que a lei não lhe permitiria obter a “*parental order*”, por não ter residência no Reino Unido e que, nessa impossibilidade, o marido da gestante seria o pai legal da criança⁸²⁵. O Tribunal que apreciou este caso foi muito crítico do amadorismo em que assentava o funcionamento da agência de “surrogacy,” em questão, não obstante as suas boas intenções.

Este exemplo é demonstrativo do risco que o sistema corre ao entregar a mediação ou o apoio aos envolvidos na *gestação de substituição* a entidades não profissionalizadas, não remuneradas e a funcionar numa base totalmente voluntária, atendendo ao carácter complexo de todo o procedimento.

Os concretos procedimentos na *gestação de substituição* beneficiam com a existência de um aconselhamento especializado, que ajude os envolvidos a compreender o alcance dos mesmos, tanto no plano jurídico, como no plano psicológico. Porém, já se duvida que haja grande benefício em que esse aconselhamento seja oferecido de forma pouco profissional, e sobretudo tendo em consideração que, em matéria de PMA, todas as entidades envolvidas e supervisionadas pelo CNPMA, designadamente, as clínicas e centros reprodutivos, têm natureza altamente qualificado, seja nos hospitais públicos ou nas clínicas privadas. Seria até irónico, neste cenário,

⁸²⁴ EVANS, Nancy, “The Legal Regulation (...)”, *ob. cit.*, p. 52.

⁸²⁵ ⁸²⁵ EVANS, Nancy, “The Legal Regulation (...)”, *ob. cit.*, p. 52.

entregar um dos aspectos mais complexos da PMA a um sistema que, tendo as melhores intenções, não deixaria de ser amador.

Assim, e até porque a experiência cultural portuguesa não passa pelo recurso a mediação de agências, por exemplo, na adopção (ao contrário do que sucede noutros sistemas) pensamos que a melhor solução é confiar a mediação e o apoio na *gestação de substituição* ao CNPMA, que pode delegar esse papel nas clínicas e centros de PMA, que terão meios financeiros para, de forma devidamente regulada e controlada pelo Conselho, organizar uma adequada rede de apoio às potenciais gestantes e aos potenciais beneficiários⁸²⁶.

7. Pode o sistema português abrir-se a um modelo comercial de *gestação de substituição*?

A evolução verificada, ao longo dos últimos quarenta anos, em muitos pontos da PMA, tanto em Portugal, como no estrangeiro, torna legítimo questionar, no que respeita à *gestação de substituição*, se o sistema português tem condições para evoluir para um modelo de *gestação de substituição* que não seja puramente altruístico, *scilicet*: para um modelo em que a *gestação de substituição* seja encarada numa perspectiva totalmente comercial e onerosa.

A questão apresenta-se com considerável importância, na medida em que os dados disponíveis apontam para a circunstância de, a nível mundial, se estimar que 98% das pessoas nascidas com recurso à *gestação de substituição* procedem de um procedimento de natureza *comercial*⁸²⁷.

⁸²⁶ Analisando o problema da intermediação na *gestação de substituição*, v. GUASCH, Olga Cardona, “La gestación subrogada (...)”, *ob. cit.*, p. 240.

⁸²⁷ MONGE, Marina Pérez, “La maternidad subrogada: gestación comercial deseos y derechos. Aspectos a favor y en contra, y futuro de la gestación subrogada en España”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 536.

Quanto a este ponto as posições doutrinárias são controversas.

JORGE DUARTE PINHEIRO alerta que “entre nós, é nítida a repulsa pelo contrato de gestação a título oneroso”, pois a “a gestação e entrega de uma pessoa, a troca de dinheiro, atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objecto, ao resultado de uma actividade”⁸²⁸.

Ou seja, para esta perspectiva, a *gestação de substituição* não pode ser, em Portugal, mais do que tem procurado ser, designadamente no modelo construído em 2016/2017: um procedimento assaz excepcional, a utilizar em casos justificados, e apenas quando não co-envolver o pagamento de um serviço da gestante.

Em causa está a ideia segundo a qual, com a eventual consagração da *gestação de substituição* a título oneroso se dará um passo de tal forma qualificado que se ofenderão, de forma inconcebível, valores e princípios em que assenta o próprio sistema jurídico, como sejam a *dignidade humana*, a *não objetivização do ser humano*, a *não comercialização da vida humana*, a inaceitabilidade de *restrições exageradas aos direitos de personalidade* da gestante e, até, o *superior interesse da criança*, que passaria ser vista como uma verdadeira “*commodity*”^{829/830}.

No modelo de pendimento comercial, argumenta-se normalmente, corre-se o sério risco de o papel da gestante ser desempenhado por mulheres de condição social inferior, normalmente pobres e muitas vezes

⁸²⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe portadora (...)”, *ob. cit.*, p. 334.

⁸²⁹ A “objectificação da criança” é um argumento muito utilizado para afastar a própria gestação de substituição altruística (cfr. VANRELL, María Pilar Ferrer, “La gestación subrogada (...)”, *ob. cit.*, p. 28). Cfr., ainda, YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación (...)”, *ob. cit.*, p. 37.

⁸³⁰ Alguma doutrina fala mesmo, a este propósito, de “*venda ou cessão do filho*” (cfr. BLANCO, Victorio Magariños, “Reflexiones (...)”, *ob. cit.*, p. 85).

exploradas por intermediários que procuram retirar lucro dos esquemas que se vão efetivando⁸³¹.

Um novo argumento que agora pode ser adicionado aos que tradicionalmente são convocados para defender a não consagração da *gestação substituição* a título comercial respeita à experiência entretanto colhida nos países que se viram na necessidade de banir o *comércio de úteros*, em face dos excessos verificados, como aconteceu na Ásia onde se instalou um verdadeiro *turismo reprodutivo* em busca de gestantes.

Esta não é, porém, mesmo entre nós, a única perspectiva possível.

FERNANDO ARAÚJO afirma que: a) “exploração do útero” não é necessariamente danosa; b) o argumento segundo o qual mulher que aluga o útero está em estado de necessidade “*pode alastrar a todo o desempenho de tarefas que as pessoas aceitam por não serem mais ricas do que são*”; c) a proscricção da conduta pode potenciar o recurso a “gestações altruísticas” num quadro familiar, com acréscimo de complicações; d) condenar o “aluguer do útero” e não a venda de esperma pode traduzir-se numa “discriminação sexista”^{832/833}.

Conclui ainda o Autor que “*barrar o recurso ao «aluguer de útero» pode muitas vezes significar a imposição, à progenitora com problemas de fertilidade, da alternativa do recurso a técnicas de procriação que podem envolver muito maiores riscos, quer para a sua própria saúde, quer para a do ser humano a gerar*”⁸³⁴.

FERNANDO ARAÚJO mostra-se, assim, favorável à criação de “*uma instituição especializada na resolução dos conflitos de interesses e direitos que se adensam em torno da prática do «aluguer de útero»*”⁸³⁵

⁸³¹ Receio que não desaparece, em absoluto, na *gestação de substituição* altruística, considerando que a compensação pode ser um atrativo para mulheres de menores recursos económicos (YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación (...)”, *ob. cit.*, p. 33).

⁸³² ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida (...)*, *ob. cit.*, pp. 29-31.

⁸³³ Defendendo que o problema da exploração da mulher pode ser ultrapassado com uma regulamentação adequada, v. ROMO, María Raquel Belinchón, “Gestación subrogada “El contrato (...)”, *ob. cit.*, p. 177.

⁸³⁴ ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida (...)*, *ob. cit.*, p. 35.

⁸³⁵ IDEM, p. 42.

Um importante juiz inglês dos tribunais de família, James Munby, defendeu, numa recente entrevista, o levantamento das proibições em torno da gestação de substituição comercial. Considera que, por vezes é muito ténue a barreira entre aquilo que é um reembolso de despesas e o que já constitui um verdadeiro pagamento, pelo que o ideal seria aceitar a realidade e regular o acesso ao procedimento nestas condições, atitude que lhe parece mais curial do que impor a simples proibição^{836/837/838}.

Em abono desta perspectiva mais favorável à *gestação de substituição* comercial, poder-se-ia, ainda, dizer, olhando para o caso português, que os avanços em termos de regulamentação da PMA poderiam levar à constatação de que se atingiu, em Portugal, um clima de abertura às correntes mais progressivas em matéria de auxílio médico à procriação, e que a permissão da *gestação de substituição* onerosa corresponderia a um passo adicional, em nome da *autonomia individual* e de uma ideia de bem-estar individual, e por consequência, geral.

Se o país vive uma crise demográfica, se o desejo de ter filhos decorre naturalmente dos aspectos mais elementares da existência humana e, em certos casos, a procriação só pode ocorrer por recurso à *gestação de substituição*, então que problema sério existiria na regulamentação do procedimento enquanto serviço pago?

Mais se poderia argumentar que eventuais excessos decorrentes da exploração do fenómeno por intermediários poderiam ser paralisados com mecanismos repressivos fortes, seja no plano da previsão geral e abstracta

⁸³⁶ <https://theconversation.com/commercial-surrogacy-lifting-legal-restrictions-is-the-moral-thing-to-do-to-help-people-trying-to-have-babies-108999>

⁸³⁷ MARGARIDA SILVESTRE refere-se, também, a esta dificuldade, referindo ser difícil garantir o carácter gratuito e desinteressado do procedimento se a gestante não for pessoa próxima do casal beneficiário (SILVESTRE, Margarida, *Embriões excedentários (...)*, *ob. cit.*, p. 68).

⁸³⁸ Alguma doutrina contesta que a gestação de substituição possa alguma vez ser altruística, atendendo às compensações envolvidas e, muitas vezes, à necessidade de o casal beneficiário ter de fazer *turismo reprodutivo* e suportar os respectivos custos (cfr. VANRELL, María Pilar Ferrer, “La posición (...)”, *ob. cit.*, pp. 112-116).

de sanções, seja através de um controlo efectivo das práticas desenvolvidas neste âmbito.

Poderia também argumentar-se que os problemas de disputas entre a gestante e o casal beneficiário relativamente à criança tenderiam a ser mais reduzidos um cenário em que a gestante encara o seu papel no procedimento com uma perspectiva puramente contratual, e, portanto, enquanto prestadora de um *serviço*, que terá interesse em executar adequadamente, sendo paga em conformidade.

Ao nível da PMA é muito difícil adivinhar os termos em que ocorrerá a evolução sociológica, ética e jurídica.

Não se duvida que este é um campo fértil para as transformações no Direito pois, em períodos de tempo relativamente curtos, assiste-se muitas vezes a mudanças radicais de perspectivas, com o legislador a acompanhar a evolução e muitas vezes a alterar radicalmente as soluções que o sistema jurídico oferece relativamente a muitos dos temas regulamentados.

Não obstante, poder-se-á dizer, após a consagração de um modelo de *gestação de substituição* que possa funcionar no quadro constitucional, dando origem ao nascimento de várias crianças, assistir-se-á, por certo, mais frequentes vezes, à reclamação do alargamento da figura. É, pois, natural que ganhe força a defesa da consagração da *gestação de substituição* no modelo comercial, sobretudo, à medida que a experiência entretanto adquirida possa ir demonstrando que esse modelo ajuda a evitar problemas, e que essa circunstância suplanta as questões éticas que a abertura a um mercado de *gestação de substituição* acarreta.

Porém, não pode deixar de considerar-se que essa opção corresponderá a uma alteração radical nos termos em que a *gestação de substituição* deve ser hoje encarada, no contexto da matriz axiológica europeia.

A passagem para um modelo de *gestação substituição* onerosa implicará a instalação de uma perspectiva *contratualista*, em absoluto detrimento do modelo *personalista*.

Nesse cenário, por muito que, agora, se antevejam desajustadas tais soluções, não restará outro remédio que não seja ou de considerar os respectivos contratos plenamente vinculativos e executáveis e chamar todo o arsenal da responsabilidade contratual para resolver os problemas que a figura envolve.

8. Problemas futuros: arrependimento para efeitos de ectogénese, substituição da *gestação de substituição* e *gestação de substituição tardia*

O facto de, num futuro que se espera não ser assim tão distante, os desenvolvimentos em torno da ectogénese permitirem que o feto se desenvolva, total ou parcialmente, fora do corpo de uma mulher, vai colocar novos desafios no que diz respeito ao enquadramento da *gestação de substituição* e ao problema do “arrependimento” da gestante.

Assim, desde, logo a circunstância de a ciência permitir que a gravidez seja interrompida, não para pôr um ponto final no desenvolvimento do feto, mas para possibilitar o seu desenvolvimento no útero artificial, vai colocar a possibilidade de um arrependimento da gestante, depois do prazo que legalmente lhe é concedido para a interrupção voluntária da gravidez a seu pedido, mas antes do parto.

Será até possível que esse cenário ocorra com o objetivo de encontrar uma outra gestante, ou seja, para que se verifique *substituição da gestação de substituição*.

O Direito terá, pois, de fazer escolhas no sentido de eventualmente consagrar um regime mais lato de arrependimento ou então de o proibir, nesse contexto.

Essas escolhas, dependerão, porém, de fatores que ainda hoje são desconhecidos, como sejam as condições técnicas envolvidas na ectógnese, o tipo de intervenção nas mulheres, o grau de perigosidade dos procedimentos para a gestante ou gestantes e, sobretudo, para o feto.

Neste contexto, será ainda de equacionar a criação de um regime de *gestação de substituição* tardia, ou seja, de admitir a possibilidade de o procedimento de *gestação de substituição* não se iniciar com a aplicação das técnicas de PMA, mas já no decurso de uma gravidez, se se constatar, por exemplo, que devido a um risco de aborto espontâneo se revela adequado transferir do feto para útero de uma gestante.

Estes avanços científicos terão o mérito de permitir olhar para a *gestação de substituição* de uma outra perspectiva, desta vez mais dissociada do contexto concreto da *autonomia reprodutiva*, pois o recurso ao procedimento passará a estar, também e sobretudo, ao serviço da proteção da vida intra-uterina, o que necessariamente terá de desequilibrar os pratos da balança, sobretudo se tivermos em mente as perspectivas hodiernas em torno da *gestação de substituição*.

CAPÍTULO IV – O ANONIMATO DO DADOR DO MATERIAL BIOLÓGICO UTILIZADO NA PMA

§ 1 – Enquadramento material: o direito ao conhecimento das origens genéticas

1. O papel do TEDH, do *Bundesverfassungsgericht* e do legislador alemão na construção do direito ao conhecimento das origens genéticas

O problema do anonimato do dador na PMA deve analisar-se tendo em consideração a consagração, hoje, indubitável, de um direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas, que, pensamos, pode definir-se como *a faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respectivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente*⁸³⁹, e que ERYK JAYME considera uma manifestação do pós-modernismo no direito da família^{840/841}.

Importa, assim, ainda que em termos resumidos, recordar os momentos essenciais do percurso que culminou no reconhecimento desse direito, para, em seguida, se perceber que modelo de anonimato (ou da sua abolição), na PMA heteróloga, deve ser legalmente consagrado, no respeito pelos limites constitucionalmente impostos para a sua tutela⁸⁴².

⁸³⁹ Foi, assim, por nós definido em REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...), ob. cit.*, p. 13.

⁸⁴⁰ JAYME, Eryk, “Pós-modernismo e direito da família”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 78, 2002, p. 213.

⁸⁴¹ No Brasil, este direito também se designa por direito ao conhecimento da *ancestralidade genómica* (v. ROSA, Conrado Paulino da, *Curso (...), ob. cit.*, p. 385-387).

⁸⁴² Retomamos aqui, o caminho que iniciámos em 2006, fazendo a necessária actualização do tema, tendo em consideração as evoluções entretanto ocorridas (e elas foram consideráveis,) no plano das alterações legais e decisões jurisdicionais. Sobre o tema pode, também, ver-se os nossos: REIS, Rafael Vale e, “O direito ao conhecimento das origens genéticas, o estabelecimento da filiação e a solução do anonimato do dador – o caso português”, in *Revista Autónoma de Direito Privado*, Curitiba, Brasil, n.º 4, jul./set. 2007, pp. 231-251; IDEM, “The Right to Know One’s Genetic Origins: Portuguese Solutions in a

1.1. A jurisprudência do TEDH

A CEDH, no seu artigo 8.º, dispõe que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”⁸⁴³ e que “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”⁸⁴⁴.

O TEDH tem interpretado esse artigo 8.º retirando da própria tutela da *vida privada e familiar* um direito à *identidade* e ao *desenvolvimento pessoal*.

Tal sucedeu no *Case of Bensaid v. The United Kingdom*⁸⁴⁵ e no *Case of Odièvre v. France*^{846/847}, neste último caso, a propósito da apreciação de soluções legais internas dos Estados que se traduzem na já referida possibilidade de uma mulher permanecer anónima após o parto, não assumindo o estatuto de mãe (“*accouchement sous X*”).

O TEDH reconheceu, nessa tutela da *vida privada*, dimensões que fundamentam um *direito fundamental ao conhecimento das origens*

Comparative Perspective”, in *European Review of Private Law*, (2008) 16 ERPL 5, *Kluwer Law International*, pp. 779-799; IDEM, “Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, pp. 193-224.

⁸⁴³ Cfr. n.º 1 do artigo 8.º da CEDH.

⁸⁴⁴ Cfr. n.º 2 do artigo 8.º da CEDH.

⁸⁴⁵ Acórdão do TEDH de 6 de Fevereiro de 2001, *Case of Bensaid v. The United Kingdom*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

⁸⁴⁶ Acórdão do TEDH de 13 de Fevereiro de 2003, *Case of Odièvre v. France*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

⁸⁴⁷ Sobre o tema, v. MALLET-BRICOUT, “Réforme de l’accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l’enfant et les droits de la mère biologique ?”, in *La semaine Juridique*, n.º 11, Março 2002, pp. 485-489; Idem, “Droit d’accès aux origines personnelles: l’embarras de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Dalloz*, n.º 19, Maio 2003, pp. 1240-1245.

biológicas, tendência já antes manifestada no *Case of Gaskin v. The United Kingdom*^{848/849}. Neste último caso, de 1989, o TEDH aceitou o enquadramento da questão no âmbito do artigo 8.º da CEDH por entender que, tal como considerava a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o respeito pela *vida privada* exige que cada pessoa possa estabelecer os detalhes da sua *identidade* de ser humano, sem que as autoridades o impeçam de obter essas informações fundamentais, a não ser nos casos em que exista justificação adequada.

No Acórdão de 17 de Julho de 2006, tirado no *Case of Jäggi v. Switzerland*⁸⁵⁰, o TEDH manteve esse entendimento e chamou a atenção para a necessidade de se ponderarem os interesses conflitantes no caso concreto.

O caso dizia respeito a Andreas Jäggi, cidadão suíço nascido em 26 de Julho de 1939. Pouco tempo antes do seu nascimento, um representante nomeado pelo Estado intentou uma acção contra o seu pretenso pai, A.H., para obter a declaração de paternidade e o pagamento de alimentos. A acção foi julgada improcedente pelo Tribunal de Primeira Instância de Genebra, em 30 de Janeiro de 1948.

Andreas Jäggi foi, depois, acolhido por uma família adoptiva tendo sido informado pela sua mãe, em 1958, de que A.H. era mesmo o seu pai biológico.

Em 1999, Andreas Jäggi requereu a revisão da sentença de 30 de Janeiro de 1948, solicitando a realização de testes de ADN nos restos mortais de A.H.. O pedido foi recusado pelos tribunais de primeira instância e, em 22 de Dezembro de 1999, o Tribunal Federal negou provimento ao posterior

⁸⁴⁸ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 7 de Julho de 1989, *Case of Gaskin v. The United Kingdom*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

⁸⁴⁹ Sobre o caso, v., também: RENDA, Andrea, "La sentenza *O. c. Francia* della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche", in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Nov./Dez. 2004, pp. 1121-115; STANZIONE, Maria Gabriella, "Nascimento (...)", *ob. cit.*, p. 99.

⁸⁵⁰ Acórdão do TEDH de 17 de Julho de 2006, *Case of Jäggi v. Switzerland*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

recurso, com o fundamento de que, aos 60 anos, o recorrente tinha podido desenvolver a sua personalidade mesmo sem ter a certeza da identidade do seu pai biológico.

Decidindo o caso, o TEDH considerou que as pessoas que procuram conhecer as suas origens têm um interesse vital, amparado pela Convenção, em obter as informações de que necessitam para descobrir a verdade sobre um aspecto importante de sua *identidade pessoal*. No entanto, a necessidade de proteger terceiros pode excluir a possibilidade de os obrigar a submeterem-se a qualquer tipo de análise médica, nomeadamente, a testes de ADN.

O Tribunal pretendeu, portanto, avaliar o peso relativo dos interesses em conflito, nomeadamente, o direito do requerente em descobrir a sua ascendência em confronto com o direito de terceiros à inviolabilidade do corpo do falecido, o direito ao respeito pelos falecidos e o interesse público da segurança jurídica.

Tudo somado, o Tribunal considerou que, ao opor-se ao teste de ADN no cadáver de A.H., a família deste não invocou quaisquer razões religiosas ou filosóficas atendíveis, pelo que a recusa da sua realização não estava ao serviço de interesses atendíveis.

O TEDH concluiu, então, que a Suíça não garantiu a Andreas Jäggi o direito ao respeito pela sua *vida privada* e considerou que ocorreu uma violação do artigo 8º da CEDH.

Todos os casos referidos apontam, assim, no mesmo sentido: o TEDH retira da tutela da *vida privada*, prevista no artigo 8º da Convenção, um *direito ao conhecimento da ascendência*, ou das *origens biológicas*, considerando, também, que o mesmo terá de ser sopesado com eventuais interesses conflitantes, na certeza de que não poderá ser afastado nos casos concretos sem uma justificação atendível, como seja a intenção de os Estados protegerem outros valores dignos de tutela.

1.2. O papel do *Bundesverfassungsgericht*: a posição clássica iniciada em 1989 e as novidades de 2007^{851/852}

1.2.1. As origens da construção jurisprudencial

Apesar de o principal marco histórico na definição do fundamento constitucional do *direito ao conhecimento das origens genéticas* na Alemanha ser uma decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 1989, a verdade é que a existência desse direito começara a ser defendida neste ordenamento jurídico ainda nos anos quarenta do século XX⁸⁵³, altura em que nasceu a questão sobre se um “*Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*” não deveria sobrepor-se à velha máxima “*pater semper incertus est*”.

Por ironia da história, essas concepções acabariam ligadas ao regime Nacional Socialista. Não permitindo a versão inicial do *BGB* (de 1900) o estabelecimento de uma relação familiar entre o pai e o filho nascido fora do casamento (não sendo permitida uma acção de reclamação ou de investigação de paternidade, que apenas poderia ser declarada incidentalmente num processo de alimentos), o pernicioso interesse do regime nazi no conhecimento das origens, enquanto forma de distinguir os indivíduos de raça ariana, dos indivíduos de sangue espúrio (“*Blutsfremde*”), levou a que o Tribunal Supremo do Reich, em 1939, decidisse pela aplicação analógica das regras dos processos de estado (§ 640 *ZPO* e ss.) à acção de determinação da paternidade (a “*Abstammungsfeststellungsklage*”). Findo o regime Nacional Socialista, esta acção passou a ser olhada com desconfiança devido à utilização desviante que dela havia sido feita e uma das formas encontradas pela doutrina para desfazer essa ligação passou por

⁸⁵¹ Quanto às *origens da construção jurisprudencial* e às *decisões do Bundesverfassungsgericht iniciadas em 1988*, seguimos de perto REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 37-47.

⁸⁵² Cfr., também, da nossa autoria, REIS, Rafael Vale e, “Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida?”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, p. 162-163.

⁸⁵³ QUESADA GONZÁLEZ, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen”, in *Anuário de Derecho Civil*, 1994-II, pp. 238 e ss..

fundamentá-la no interesse que o filho nascido fora do casamento tinha na declaração da paternidade e que decorria do seu direito de personalidade⁸⁵⁴.

Depois de 1945, a defesa da *dignidade da pessoa humana* ajudou à consolidação desse meio processual que, antes mesmo da sua definitiva consagração legal em 1969, passou a ter um maior acolhimento na doutrina e na jurisprudência, sobretudo do *Bundesgerichtshof* e mais tarde do *BverfG*.

Na sequência desses entendimentos, em 1976, KLEINEKE procurava “*Die Ableitung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus dem Grundgesetz*”⁸⁵⁵ e após analisar diversas posições doutrinárias (não só de publicistas como NIPPERDEY ou KRÜGER, mas também de importantes Autores de outras áreas jurídicas, como GUGGUMOS, ou NEUMANN-DUESBERG) e jurisprudenciais, concluiu que o direito ao conhecimento das origens biológicas não era apenas suportado pela *dignidade da pessoa humana*, devendo considerar-se também como uma *subespécie* do *direito geral de personalidade*⁸⁵⁶ (“*ein Grundrecht auf Kenntnis der eigenen (blutmässigen) Abstammung als Unterfall des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I und Art. 2 I GG herleiten lässt*”⁸⁵⁷).

Esta construção do direito ao conhecimento das origens genéticas criou raízes tão profundas⁸⁵⁸, que os seus princípios passaram a guiar os termos em que o tema é tratado até hoje. Exemplo disso é o estudo de MEYER,

⁸⁵⁴ IDEM, pp. 239 e 240.

⁸⁵⁵ KLEINEKE, Wilhelm, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, pp. 10 e ss..

⁸⁵⁶ Interpretando no mesmo sentido a obra de KLEINEKE pode ver-se CAPELO, Maria José, *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*, Coimbra Editora, 1996, p.75, nota 102.

⁸⁵⁷ KLEINEKE, Wilhelm, *Das Recht (...)*, *ob. cit.*, pp. 12-24.

⁸⁵⁸ Apesar de se encontrarem autores com posições contrárias ou mais matizadas. RIVERO HERNÁNDEZ, identifica, a esse propósito, FRANK, HASSENSTEIN e DEICHFUSS (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, in *Anuario de Derecho Civil*, 1997-I, p. 26, nota 23).

“Das Recht Auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung”^{859/860}.

1.2.2. As decisões do *Bundesverfassungsgericht* iniciadas em 1988

A teoria constitucional do *direito ao conhecimento das origens genéticas* acabaria sedimentada pelo *Bundesverfassungsgericht*, a partir dos finais da década de 80 do século XX⁸⁶¹.

O *BverfG* ocupou-se pela primeira vez do tema no *BverfGE* de 18 de Janeiro de 1988⁸⁶², ao qual se seguiram mais três acórdãos, em 1989⁸⁶³, 1994⁸⁶⁴ e, finalmente, em 1997⁸⁶⁵.

No primeiro caso (que deu origem ao Acórdão de 1988), uma filha de trinta anos pretendia conhecer o nome do seu pai para daí poder retirar consequências jurídicas patrimoniais e pessoais. Os tribunais inferiores haviam decidido que os filhos nascidos fora do casamento tinham direito a

⁸⁵⁹ MEYER, P., “Das Recht Auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung”, 2005.

⁸⁶⁰ No mesmo sentido, v. SCHWAB, D., *Familienrechts*, 13. Auf., München, C.H. Beck, 2005, pp. 239 e ss., Rn. 492 e ss.. Abordando o tema, v. ainda HOHLOCH, Gerhard, *Familienrecht*, Boorberg, 2002, pp. 427 e ss., e LÖNIG, Martin, *Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern*, Erich Schmidt Verlag, 2004, pp. 48-49.

⁸⁶¹ Confirmando uma tendência que a jurisprudência alemã já evidenciava (QUESADA GONZÁLEZ, “El derecho (...)”, *ob. cit.*, pp. 243-244). Num sentido semelhante também WITZ, Claude / FURKEL, Françoise, “Chronique de Droit Civil Allemand”, in *Revue Trimestrale de Droit Civil*, 1995, n.º 3, pp. 698 e 699. Para uma percepção da dimensão da discussão doutrinal na Alemanha no final da década de 80 do século XX, v. FRANK, Rainer, “Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung”, in *FamRZ*, 1988, pp. 113-120; MANSEES, Norbert, “Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft”, in *NJW*, 1988, p. 2984 e ss; HASSENSTEIN, B., “Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung”, in *FamRZ*, 1988, pp. 120-123; ENDERS, Christoph, “Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung”, in *NJW*, 1989, pp. 881-884; GIESEN, Dieter, “Genetische Abstammung und Recht”, in *Juristenzeitung*, 1989, pp. 364-377.

⁸⁶² *BverfGE*, *Beschluss v. 18.1.1988*, *FamRZ*, 1989, p. 147.

⁸⁶³ *BverfGE*, *Beschluss v. 31.1.1989*, *FamRZ*, 1989, pp. 255 e ss.

⁸⁶⁴ *BverfGE*, *Beschluss v. 26.4.1994*, *FamRZ* 1994, pp. 881 e ss.

⁸⁶⁵ *BverfGE*, *Beschluss v. 6.5.1997*, *FamRZ* 1997, pp. 869 e ss.

conhecer o nome do seu pai por intermédio da sua mãe, tendo esta contestado essa decisão invocando a violação do seu direito à intimidade que essa obrigação de revelação constituiria. O *BverfG* não aceitou, porém, as suas razões e deu prevalência ao *direito ao conhecimento da filiação biológica*, reconhecendo, inclusive, um dever da mãe em revelar a identidade do pai⁸⁶⁶.

O segundo caso, que teve maior ressonância, dizia respeito à pretensão de um filho maior, com a paternidade estabelecida por presunção marital, de impugnar essa presunção, apesar de, no caso concreto, não estarem preenchidos os requisitos para o efeito consagrados no *Bürgerliches Gesetzbuch*.

O *BverfG* entendeu que o *BGB* consagrava limites demasiado estreitos para a impugnação da paternidade estabelecida relativamente ao marido da mãe, com a consequência de reservar para casos excepcionais (e, na hipótese, em termos constitucionalmente desproporcionados) a possibilidade de o filho maior conhecer a sua ascendência.

O acórdão de 1994 dizia igualmente respeito aos prazos de impugnação da paternidade do marido da mãe, tendo o *BverfG* concluído, mais uma vez, que não era aceitável, em face da consagração constitucional do *direito geral de personalidade*, que o prazo para o filho impugnar a paternidade conjugal terminasse dois anos após a maioridade daquele, nos casos em que ele não conhece as circunstâncias das quais se pudesse retirar que o marido da mãe não era o pai, assim se recusando, sem exceção, a possibilidade uma clarificação mais tardia das suas origens.

Depois da Reforma do Direito da Família de 1997, o *BGB* passou a apresentar soluções bastante diferentes no que respeita à impugnação da

⁸⁶⁶ Esta decisão do *BverfG* suscitou uma ampla discussão na Alemanha. Alguma doutrina desconfia da razoabilidade da condenação da mãe nessa revelação, até porque, supostamente, o Tribunal alemão não esclarece as consequências do incumprimento da obrigação da mãe. Sobre esta discussão doutrinária, e a sua aplicação no contexto espanhol, v. QUESADA GONZÁLEZ, “El derecho (...)”, *ob. cit.*, pp. 267-275).

paternidade. Dispõe hoje o § 1600 que ela pode ser impugnada por aquele que figure como pai da criança, pela mãe ou pelo filho, e o § 1600b (“*Anfechtungsfristen*”, prazos de impugnação) consagra, como prazo regra da impugnação, os dois anos que se seguirem ao conhecimento das circunstâncias que contrariem a paternidade estabelecida (“*Die Vaterschaft kann binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden*”).

Já o caso apreciado no acórdão de 1997 repetia, em grande medida, os factos de 1988, tendo o Tribunal mantido o entendimento então manifestado.

Tudo somado, sobretudo com as duas decisões da década de 80, o *BverfG* construía, partindo da Lei Fundamental (embora sem consagração expressa), o *direito de todo o ser humano ao conhecimento das suas origens biológicas*, quer se trate de filho nascido do casamento ou fora dele, não o erigindo obviamente como direito absoluto (é, sobretudo, na perspectiva do Tribunal, um direito a que não se oculte a informação relativa à identidade da progenitura quando essa informação pode ser obtida)⁸⁶⁷.

O *BverfGE v. 31.1.1989* foi analisado em 1992 por DAGMAR COESTER-WALTJEN⁸⁶⁸ e esta Autora enfatizou a conclusão tirada pelo Tribunal no que respeita ao carácter desproporcional da delimitação legal dos termos em que podia ser impugnada a paternidade (“*enge Begrenzung des Anfechtungsrechts des Kindes*”)

A Autora realçou, ainda, o suporte constitucional do direito ao conhecimento das origens genéticas a partir da protecção concedida ao direito geral de personalidade e da estreita conexão entre a conformação e desenvolvimento da individualidade e o conhecimento de factores constitutivos da mesma (“*der engen Verbindung zwischen Verständnis und*

⁸⁶⁷ QUESADA GONZÁLEZ, “El derecho (...)”, *ob.cit.*, p. 244.

⁸⁶⁸ COESTER-WALTJEN, Dagmar, “Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht”, in *FamRZ*, 1992, pp. 369-373 (quanto a este ponto, pp. 372 e ss).

Entfaltung der Individualität einerseits und der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren”). Todo esse entendimento da Autora vai comprometido com a concepção segundo a qual a ascendência constitui uma característica individual da personalidade (*“Individualisierungsmerkmal zur Persönlichkeit”*), e o conhecimento das origens proporciona ao indivíduo o acesso a importantes factores no complexo processo da identificação individual e da auto-compreensão.

DAGMAR COESTER-WALTJEN enfatiza, ainda, o facto de o *BverfG* considerar o direito ao conhecimento da ascendência biológica passível de restrições mediante intervenções do legislador, desde que respeitadoras dos princípios constitucionais, *maxime*, do princípio da proporcionalidade, e destinadas a tutelar outros fins constitucionalmente garantidos, como são a protecção do sossego familiar e o casamento. De acordo com este critério, seriam admissíveis restrições ao direito de impugnar a paternidade marital presumida, desde que elas não pudessem considerar-se constitucionalmente desproporcionadas. Analisando as consequências da decisão do Tribunal, a Autora refere a possibilidade de se tutelar o direito ao conhecimento da ascendência biológica sem que o meio utilizado seja a impugnação da paternidade presumida, ou seja, através de soluções que não afectem a estrutura das famílias constituídas, e sem que o conhecimento da identidade do progenitor tenha tradução do ponto de vista da produção dos correspondentes efeitos jurídicos.

Esta perspectiva ajuda a perceber que a concretização do direito ao conhecimento da ascendência pode não passar necessariamente pelo estabelecimento dos vínculos jurídicos correspondentes, solução que, segundo DAGMAR COESTER-WALTJEN, pode aplicar-se no âmbito da medicina da reprodução ao nível da utilização das técnicas heterólogas. Contrariando o argumento de que tal situação pode conflitar com o princípio segundo o

qual a criança só deve reconhecer um pai, lembra que o fenómeno já não é de todo espúrio ao instituto da adopção⁸⁶⁹.

NURIA MAGALDI afirma que das posições do *BverfG* “retira-se que o direito a conhecer a verdadeira filiação integra o âmbito mais geral da personalidade do filho, direito que pode prevalecer sobre o direito à intimidade da mãe, mas que não deve prevalecer sempre sobre este; portanto, parece que há um reconhecimento do direito a conhecer a própria origem, não como direito automático ao efectivo fornecimento de informação relativa à própria filiação, mas antes como direito do interessado a reclamar informação sobre a filiação de origem, sem que esta possa negar-se arbitrariamente ou sem justificação”⁸⁷⁰.

Na Alemanha, portanto, a construção do direito ao conhecimento das origens genéticas desenvolveu-se e consolidou-se a partir da ordem constitucional vigente, concretamente a partir da tutela constitucional do direito geral de personalidade (“*allgemeine Persönlichkeitsrecht*”) retirado da consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade

⁸⁶⁹ DAGMAR COESTER-WALTJEN enfatiza, ainda, o facto de o *BverfG* considerar o direito ao conhecimento da ascendência biológica passível de restrições mediante intervenções do legislador, desde que respeitadoras dos princípios constitucionais, *maxime*, do princípio da proporcionalidade, e destinadas a tutelar outros fins constitucionalmente garantidos, como são a protecção do sossego familiar e o casamento. De acordo com este critério, seriam admissíveis restrições ao direito de impugnar a paternidade marital presumida, desde que elas não pudessem considerar-se constitucionalmente desproporcionadas. Analisando as consequências da decisão do Tribunal, a Autora refere a possibilidade de se tutelar o direito ao conhecimento da ascendência biológica sem que o meio utilizado seja a impugnação da paternidade presumida, ou seja, através de soluções que não afectem a estrutura das famílias constituídas, e sem que o conhecimento da identidade do progenitor tenha tradução do ponto de vista da produção dos correspondentes efeitos jurídicos. Esta perspectiva ajuda a perceber que a concretização do direito ao conhecimento da ascendência pode não passar necessariamente pelo estabelecimento dos vínculos jurídicos correspondentes, solução que, segundo DAGMAR COESTER-WALTJEN, pode aplicar-se no âmbito da medicina da reprodução ao nível da utilização das técnicas heterólogas. Contrariando o argumento de que tal situação pode conflitar com o princípio segundo o qual a criança só deve reconhecer um pai, lembra que o fenómeno já não é de todo espúrio ao instituto da adopção (IDEM, p. 372).

⁸⁷⁰ Cfr. MAGALDI, Nuria, “Derecho a saber (...)”, *ob. cit.*, p. 56.

(“*Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*”, Art. 2 (1) GG) conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana (“*Menschenwürde*”, Art. 1 (1) GG).

1.2.3. Acórdão do *Bundesverfassungsgericht* de 13 de Fevereiro de 2007 e a *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*⁸⁷¹

Em 2005, instalou-se uma discussão na Alemanha em torno da venda, pela Internet, de “*home-tests*”, que deu origem a decisões judiciais que negaram o valor probatório aos testes feitos em casa (decisão do Supremo Tribunal Federal de 12 de Janeiro de 2005) e a intervenções políticas que chegaram a propor a sua criminalização^{872/873/874}.

Revelando grande pragmatismo, a ordem jurídica alemã tratou de trazer para o domínio da legalidade essa realidade, procurando dar uma resposta ao problema. Em face de uma forte procura de testes genéticos, por dúvidas sobre a veracidade dos vínculos de filiação (estima-se que cerca de 20 mil exames por ano), para evitar a realização de testes sem o conhecimento e consentimento dos afetados, o legislador alemão optou por

⁸⁷¹ Cfr. analisando o tema, v. BLAUWHOFF, Richard, “Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins Has ‘to know or not to know’ ever been the legal question?”, in *Utrecht Law Review*, 4(2), pp. 113-115; REIS, Rafael Vale e, “Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas – Desenvolvimentos no Direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, in *Revista Portuguesa do Ministério Público*, n.º 116, ano 29, Out-Dez. 2008, pp. 189-205.

⁸⁷² Para mais desenvolvimentos, v. PEREIRA, André Dias, “O Consentimento (Informado) na Actividade Pericial Forense”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (15), 2005, pp. 11-45, especialmente pp. 31 e ss..

⁸⁷³ Para uma perspectiva dilatada no tempo sobre a importância da genética na investigação da paternidade, v. AMORIM, António / ROCHA, Jorge; “A genética e a investigação da paternidade”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.os 33 e 34, 1988, pp. 167-174.

⁸⁷⁴ Sobre os termos concretos da utilização da informação genética, em Portugal, nas acções de filiação, cfr. OLIVEIRA, Guilherme de / MONIZ, Helena, “Utilização de Informação Genética em Acções de Filiação – Perguntas e Respostas” in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 2, n.º 4, Coimbra, 2005, pp. 41-47.

regular os termos em que podem realizar-se esses testes sem necessidade de impugnar judicialmente os vínculos estabelecidos.

O surgimento da lei teve, porém, origem jurisprudencial.

Num Acórdão de 13 de Fevereiro de 2007, o *Bundesverfassungsgericht* determinou ao legislador a criação, até 31 de Março de 2008, de um procedimento legal que permitisse ao pai (legalmente considerado como tal) realizar testes genéticos com o objectivo de clarificar (confirmar ou infirmar) o vínculo biológico com a respectiva descendência⁸⁷⁵.

No cumprimento da determinação jurisdicional, foi publicada a *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, Vom 26. März 2008* (Lei sobre a clarificação da paternidade fora de um processo de impugnação, de 26 de Março de 2008) que considera como *Kindschaftssachen* (§ 640 ZPO) a acção destinada ao suprimento do consentimento para a recolha de amostra biológica destinada à clarificação da paternidade.

De acordo com o inovador § 1598a do *BGB*, introduzido pela citada lei de 26 de Março, o filho, o pai ou a mãe podem exigir reciprocamente o decurso de uma investigação genética com a finalidade de verem esclarecida a ascendência biológica do filho.

Resulta, então, desse regime que o pai (podendo exigir da mãe e do filho), a mãe (podendo exigir do pai e do filho) e o filho (podendo exigir de ambos os progenitores) têm o direito de requerer a realização de um teste genético de parentesco e a recolha de uma amostra biológica adequada.

⁸⁷⁵ BVerfG, 1 BvR 421/05 vom 13.2.2007, Absatz-Nr. (1 - 102), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070213_1bvr042105.html: “1. Der Gesetzgeber hat es unter Verletzung von Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes unterlassen, ein rechtsförmiges Verfahren bereitzustellen, in dem die Abstammung eines Kindes von seinem rechtlichen Vater geklärt und nur ihr Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden kann. 2. Dem Gesetzgeber wird aufgegeben, bis zum 31. März 2008 eine derartige Regelung zur Feststellung der Abstammung eines Kindes von seinem rechtlichen Vater zu treffen. (...)”.

O tribunal de família pode, assim, suprir o consentimento e ordenar a tolerância para a recolha da amostra necessária (*“Auf Antrag eines Klärungsberechtigten hat das Familiengericht eine nicht erteilte Einwilligung zu ersetzen und die Duldung einer Probeentnahme anzuordnen”*)⁸⁷⁶.

A lei consagrou uma cláusula de salvaguarda, que permite a paralisação do processo, caso a descoberta da verdade biológica constitua um prejuízo considerável e desrazoável para o bem-estar do(a) filho(a)⁸⁷⁷.

Por outro lado, deve realçar-se que a lei não veio impor a subsequente harmonização da *verdade biológica* com a *verdade jurídica*, nos casos em que da investigação genética levada a cabo resultar a infirmação da ligação biológica entre o filho e o progenitor jurídico.

O legislador alemão quis deixar esse aspecto na disponibilidade dos envolvidos: se o filho, depois de ver satisfeita a sua pretensão de acesso às origens biológicas, pretender continuar com uma paternidade não conforme com a biológica, assim acontecerá (a não ser que o pai ou outras pessoas com legitimidade impugnem o vínculo).

Esta lei foi alvo de algumas críticas da doutrina, sobretudo tendo em conta que, na Alemanha, são particularmente sensíveis as questões relativas à descoberta das origens, devido aos terrores do nazismo, como já referimos, mas também porque, para alguns, é incompreensível que se tenha consagrado uma lei que permite infirmar uma ligação biológica, sem obrigatoriedade de dar sequência jurídica a essa descoberta⁸⁷⁸.

SCHWAB criticou, ainda, o facto de poder ser iniciado um procedimento para esclarecimento sobre a ascendência, a qualquer momento, e sem pistas concretas, o que constitui uma desprotecção da família e uma jurisdicionalização da vida familiar⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ Cfr. o n.º 3 do § 1598a do BGB.

⁸⁷⁷ Cfr. o n.º 4 do § 1598a do BGB.

⁸⁷⁸ HELMS, Tobias / FRANK, Rainer, “Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren”, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Nr. 16, 2007, S. 1277–1360.

⁸⁷⁹ SCHWAB, Dieter, “Abstammungsklä rung – leicht gemacht. Oder: Neuer Dialog in der Familie”, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Nr. 1, 2008, S. 23–27.

A solução alemã, resultante desta lei de 2007, procurou, como vimos, dar resposta a um problema sociológico, numa atitude de grande aceitação da realidade, trazendo para o mundo da legalidade fenómenos que possam ser perturbadores da paz social, regulando os termos em que eventuais pretensões de interesses atendíveis podem ser exercidas e acolhidas.

Resulta da análise do regime que legislador alemão conformou a *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft* para dela resultar a possibilidade de ser proposta uma acção destinada ao *suprimento do consentimento* para a tolerância à recolha da amostra biológica necessária ao esclarecimento da paternidade.

O *direito processual* português prevê, no título dedicado aos processos de jurisdição voluntária, nos artigos 1000.º e 1001.º do Código de Processo Civil, os processos de suprimento do consentimento. O artigo 1000.º, n.º 1, do Código de Processo Civil admite, em geral, um processo de suprimento do consentimento “*nos casos em que a lei o admite*”.

Assim, entre nós, o recurso a uma acção para esclarecimento da paternidade, tal como foi consagrada pela *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft*, pressuporia a consagração legal da possibilidade de suprimento do consentimento para recolha de amostras biológicas.

Por outro lado, tendemos a concordar com as observações feitas por SCHWAB, na medida em que um recurso indiscriminado e pouco cauteloso a uma acção desta natureza pode ter resultados nefastos nos envolvidos, no seu núcleo familiar e, sobretudo, numa criança ou adolescente que, quase inopinadamente, pode ter de contar com a necessidade de gerir informação bastante complexa e da qual pode resultar a inexistência de qualquer vínculo biológico com o pai legal que sempre conheceu.

A lei alemã consagra a *cláusula de salvaguarda* já analisada, permitindo que o processo não seja tramitado quando haja prejuízo considerável e razoável para o bem-estar da criança.

Assim, em caso de eventual transposição para o direito português de uma solução semelhante, não só se recomendaria a consagração de cláusula idêntica, como seria oportuno assegurar que a acção de suprimento do consentimento apenas fosse usada com *interesse em agir*, ou seja, nos casos em que existisse, não um mero capricho de confirmação ou infirmação de uma paternidade, mas uma verdadeira situação de dúvida motivada, ou conflito de posições, que permitissem dizer que o caso tem dignidade suficiente para ser levado ao foro (tema a que voltaremos *infra*⁸⁸⁰, a propósito da *acção de informação pessoal*).

Por outro lado, o regime consagrado tem a vantagem de dar resposta ao problema da eventual recusa de colaboração das partes, mormente, do réu, no decurso de um processo em que se lhe determina a sujeição a exames de material biológico, para efeitos de confirmar ou infirmar uma relação genética.

No caso da acção judicial prevista na *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft*, a colheita da amostra é feita com o consentimento do réu, ainda que na sequência do suprimento obtido por via da decisão jurisdicional.

Como se sabe, entre nós tem sido discutido um problema similar, concretamente, a questão da eventual falta do consentimento de um réu, pretense progenitor, para a obtenção da amostra biológica, numa atitude de recusa de cooperação, no contexto da investigação da maternidade ou da paternidade^{881/882}.

O problema reconduz-se aos efeitos de uma eventual recusa do réu (quando seja ilegítima) considerado o conteúdo do artigo 417.º do Código

⁸⁸⁰ Cap. IV §2.

⁸⁸¹ Na doutrina v., por todos, COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. II, Tomo I, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2006, pp. 41-47; REGO, Carlos Lopes do, "Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade - Recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova", in *Revista do Ministério Público*, ano 15.º, n.º 58.º, Abril-Junho 1994, p. 157-173).

⁸⁸² Analisando, em concreto, a importância das provas periciais nas acções de filiação, v. OLIVEIRA, Guilherme de, "A lei e o laboratório - observações acerca das provas periciais da filiação", in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, pp. 49-66.

de Processo Civil (“dever de cooperação para a descoberta da verdade”), e à definição das hipóteses de recusa legítima.

Se a diligência envolver a ofensa (ainda que simples) à integridade física ou moral, como sucede com a recolha de sangue por via venosa, deve ter-se por legítima a recusa de acordo com a alínea *a*) do n.º 3 do referido artigo 417.º do Código de Processo Civil, e nenhuma consequência processual pode dela retirar-se.

A clareza da letra da lei leva a que a perturbação que esta solução eventualmente cause no plano do direito probatório tenha de ser solucionada com uma intervenção legislativa, à semelhança do que sucedeu no direito alemão, que determine a *não tutela* da vontade (trata-se, no fundo, de saber se o consentimento para a recolha é ou não legalmente influenciado pela imposição de sanções processuais) do réu em *não ser* submetido a diligências ofensivas da sua integridade física e moral (ainda que essa ofensa seja simples).

Se a diligência não implicar essa violação, como acontecerá com a simples recolha de amostra de saliva, a recusa será então ilegítima, com possibilidade de aplicação das consequências previstas no n.º 2 daquele preceito.

Para além do problema da recusa, coloca-se a questão de saber se é admissível a realização do exame sob *compulsão da força física*.

O tema é detalhadamente analisado por GUILHERME DE OLIVEIRA⁸⁸³, que afasta a possibilidade de *compulsão para comparência ao exame*⁸⁸⁴ (sob custódia, portanto) e o *uso da força para a realização do exame*^{885/886}.

⁸⁸³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, ob. cit., pp. 43-47.

⁸⁸⁴ Considerada admissível, porém, pelo Acórdão do STJ, de 11 de Março de 1997, no Proc. 96A901, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁸⁵ Vedada pela referida alínea *a*), do n.º 3 do artigo 417.º do Código de Processo Civil.

⁸⁸⁶ Sobre o ponto, v. SILVA, Paula Costa e, “A realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento da filiação”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. I, Almedina, 2005, pp. 165-186.

1.2.4. Novidades legislativas de 2017: *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, de 17 de Julho de 2017

O direito alemão conheceu, em 2017, outro marco importante em matéria de acesso às origens genéticas, agora no âmbito PMA heteróloga, com a publicação da *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen* (Lei que regulamenta o direito ao conhecimento da ascendência no caso de uso heterólogo de sémen), que entrou em vigor no dia 1 de Julho de 2018.

O objetivo da lei foi regulamentar a criação de um registo central de dadores, por forma a permitir que a criança concebida com sémen de dador possa, mediante requerimento a uma entidade centralizada, obter informações sobre sua ascendência.

A lei veio, também, assegurar que doador de esperma não pode ser considerado o pai legal da pessoa gerada com recurso ao seu material biológico.

O artigo 1 dessa lei aprova a *Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunfterteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen — Samenspenderregistergesetz — SaRegG* (Lei sobre o estabelecimento de um registo de doadores de esperma e a regulamentação do fornecimento de informações sobre o doador após o uso heterólogo de esperma - Lei de Registo de Doadores de Esperma).

É no § 10 desta lei (na redacção da dada pelo artigo 16 da *Medizinprodukte-EU-AnpassungsgesetzG. v. 28. April 2020* - Lei de Adaptação sobre Dispositivos Médicos), sob a epígrafe “*Voraussetzungen und Verfahren der Auskunftserteilung*” (Requisitos e procedimentos para o fornecimento de informações), que se pode encontrar o regime alemão de acesso à informação sobre o dador.

Esse regime é, resumidamente, o seguinte:

a) A pessoa que suspeita ter sido concebida através da utilização de sémen de dador na PMA tem direito às informações constantes do registo de doadores do *Instituto Federal de Drogas e Dispositivos Médicos (Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte)*, e, após completar os 16 anos, esse acesso é assegurado apenas ao próprio interessado;

b) O direito à informação é direccionado aos dados pessoais armazenados no registo de doadores de esperma, relativamente ao dador em causa;

c) O *Instituto Federal de Drogas e Dispositivos Médicos*, antes de facultar as informações solicitadas, recomenda que o requerente tenha aconselhamento adequado, tendo em vista a informação que vai receber, e comunica as possibilidades de aconselhamento existentes;

d) Quatro semanas antes de fornecer informações à pessoa que solicita informações, o *Instituto Federal de Drogas e Dispositivos Médicos* notifica o doador de esperma sobre o pedido de informações pendente;

e) O dador não pode, porém, opor-se à revelação ao requerente das informações a seu respeito.

A consagração deste regime constitui um passo muito importante no direito alemão.

Desde logo, passou a estar claro a lei que o dador de sémen não pode ver contra si dirigida a pretensão de estabelecimento do vínculo de paternidade, solução que já era tradicional na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus.

Por outro lado, fazia sentir-se, na Alemanha, a necessidade de criação de um sistema organizado e centralizado de informação relativa aos dadores se sémen.

JOÃO CARLOS LOUREIRO lembra como essa falta era particularmente sentida depois de conhecido o caso de um médico que, transcorrido o tempo normal de conservação dos documentos relativos à identificação do dador,

os destruiu, impossibilitando, na ausência de um registo central, o conhecimento da identidade daquele⁸⁸⁷.

2. O direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas no direito português

No caso português, e apesar de inexistir consagração expressa do *direito ao conhecimento das origens genéticas* nas normas da Constituição, ao contrário do que acontece, por exemplo, na Constituição suíça⁸⁸⁸, é possível, sem grande esforço, atendendo ao carácter não taxativo atribuído ao catálogo de direitos fundamentais, e considerando a “cláusula aberta” do n.º 1 do artigo 16.^º⁸⁸⁹, considerá-lo um autónomo *direito fundamental*^{890/891/892}.

A sua construção deve fazer-se⁸⁹³ a partir da tutela que a Constituição concede à *dignidade da pessoa humana*⁸⁹⁴, tendo em conta a sua função “unificadora de todos os direitos fundamentais”⁸⁹⁵, ao *direito à identidade*

⁸⁸⁷ LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai (...)”, *ob. cit.*, p. 23, nota 115.

⁸⁸⁸ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, “Quis Saber (...)”, *ob. cit.*, pp. 83-84. Lembra o Autor, que, dispondo hoje a Constituição Federal, de 18 de abril de 1999, que entrou em vigor em 2000, no seu artigo 119.º/2/g), que “*toute personne a accès aux données relatives à son ascendance*”, a solução tinha sido já introduzida, por via de revisão constitucional, na lei fundamental anterior.

⁸⁸⁹ Nesse sentido, ANDRADE, J. C. Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, pp. 71 e ss.. Cfr., ainda, AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, vol. 41, n.º 2, 2000, pp. 655-713.

⁸⁹⁰ Analisando o ponto da situação da possibilidade de descoberta da verdade sobre as origens, em 1987, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “*Rapport portugais*”, In «*Le droit et la vérité*», Travaux de l'Association Henri Capitant, 1987, p. 189.

⁸⁹¹ Sobre o problema do anonimato do dador, anos antes da Lei da PMA, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Aspectos Jurídicos (...)”, pp. 777-780.

⁸⁹² Sobre os direitos fundamentais como categoria dogmática, v., por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, reimpressão 2021, Coimbra, Almedina, especialmente pp. 1288 e ss.

⁸⁹³ Mais aprofundamentos podem ver-se em REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 56-68.

⁸⁹⁴ Cfr. artigo 1.º da CRP.

⁸⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Anotada*, 4.ª ed. rev., Coimbra, 2007, pp. 58 e 59.

peçoal^{896/897}, na medida em que dele se retira um direito de acesso à auto e hetero-referenciação pessoal, ou, na fórmula de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, à “historicidade pessoal”⁸⁹⁸, ao *direito à integridade pessoal*⁸⁹⁹, que garante a incolumidade psicossomática dos indivíduos, ao *direito ao desenvolvimento da personalidade*^{900/901/902}, que assegura as condições adequadas ao surgimento de uma individualidade autónoma e livre, de que o conhecimento das próprias origens genéticas constitui factor primordial, e ao *direito à verdade*, que segundo ANTUNES VARELA, constitui um valor ético-jurídico “a que as leis e as próprias Constituições não fazem, por via de regra, nenhuma directa alusão, mas que nem por isso deixa de constituir uma das traves-mestras da nova ordem jurídica das nações mais evoluídas”, e que fundamenta um direito “de cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital do seu nascimento”⁹⁰³.

⁸⁹⁶ Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da CRP.

⁸⁹⁷ OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pp. 63-81.

⁸⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição (...)*, *ob. cit.*, p. 462.

⁸⁹⁹ Cfr. artigo 25.º, n.º 1, da CRP.

⁹⁰⁰ Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da CRP.

⁹⁰¹ MOTA PINTO, Paulo, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in Portugal-Brasil ano 2000, *Stydia Ivridica*, Coimbra, 2000, p. 164. Cfr., do mesmo Autor: MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais - Estudos*, Gestlegal, 2018, pp. 7-122.

⁹⁰² Sobre a interferência do *direito ao desenvolvimento da personalidade no direito da família*, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Direitos fundamentais à constituição da Família e ao desenvolvimento da personalidade”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 9, n.ºs 17 e 18, Coimbra, 2012, pp. 5-14.

⁹⁰³ VARELA, João de Matos Antunes, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, n.ºs 3843, 3844, 3846, 3848 e 3849, e ano 128, n.ºs 3852 e 3853, 1994, n.º 3853, pp. 100 e 101.

3. Dimensões complexas direito ao conhecimento das origens genéticas

O direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas tem um conteúdo complexo.

Deve, em princípio, reconhecer-se a todo o indivíduo o direito de investigar (judicialmente) a maternidade e paternidade assim obtendo a coincidência entre os vínculos jurídicos e biológicos⁹⁰⁴, faculdade que constitui o ponto máximo da tutela conferida ao direito e para cujo reconhecimento contribui um outro direito fundamental, a saber, o *direito a constituir família*^{905/906/907}.

Esse direito fundamental implica, também, a tutela da possibilidade de impugnação pelo filho dos vínculos jurídicos de filiação estabelecidos se eles não corresponderem à verdade biológica, naquilo que corresponde a um direito à “eliminação da mentira” relativamente à historicidade pessoal.

Constitui igualmente uma concretização do *direito ao conhecimento das origens genéticas* o reconhecimento do direito do adoptado a obter informação relativa à identidade dos seus pais biológicos, bem como do

⁹⁰⁴ A defesa do biologismo, ou seja, da correspondência entre os *vínculos jurídicos* e as *ligações biológicas*, não é inimiga do *direito dos afectos*, pois ambos podem conviver. Defender o direito à verdade biológica, como instrumento de *desenvolvimento da personalidade*, não impede que, concomitantemente, se entenda que nem sempre os vínculos biológicos devem prevalecer sobre os afectivos, em nome do *superior interesse da criança*. Este tema é particularmente importante no Brasil, por razões sociológicas e culturais. Defendendo uma distinção entre “estado de filiação” (que pode, segundo o Autor ter origem socioafectiva) e origem biológica, v. LOBO, Paulo Luiz Netto, “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”, in Pereira, Rodrigo da Cunha, (coord.), “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, IBDFAM, Belo Horizonte, 2004, pp. 505-530.

⁹⁰⁵ CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 1995, p. 86.

⁹⁰⁶ Sobre o estabelecimento da filiação, em geral, v.: OLIVEIRA, Guilherme de, “O direito da filiação na jurisprudência recente”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, pp. 5-27; IDEM, “O Estabelecimento da Filiação. Mudança Recente e Perspectivas”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, pp. 29-48; OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual (...)*, pp. 367 e ss..

⁹⁰⁷ Para uma súmula do sistema da filiação português, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Family and Succession Law – Supplement 29 Portugal”, in *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, 2005, pp. 140-150.

direito da pessoa gerada com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida com gâmetas ou embriões doados à obtenção de informação que permita a identificação desse(s) dador(s)⁹⁰⁸.

Assim, em matéria de PMA heteróloga, o *direito ao conhecimento das origens genéticas* impõe a necessidade de consagrar um regime que permita o acesso à *identidade civil* do dador, ou seja, determina, tendencialmente, a abolição de sistemas de anonimato, sendo, porém, necessário analisar que modelo melhor harmoniza os interesses conflitantes.

Num procedimento de *gestação de substituição* em que a portadora não tenha facultado o óvulo que foi fecundado, autonomiza-se, ainda, o reconhecimento do direito do filho a aceder à identidade dessa mulher que suportou a respectiva gestação. Apesar de não estar aqui em causa um problema de *identidade genética stricto sensu*, deve entender-se que o conhecimento das origens genéticas abrange as dimensões de *identidade pessoal e historicidade pessoal* que permitem incluir aquela pretensão de conhecimento.

Nos casos de *terapia de substituição mitocondrial*, importa considerar que o direito ao conhecimento das origens genéticas tem de abranger a possibilidade de conhecimento da identidade da dadora do ADN mitocondrial. Não obstante este poder não ser determinante das características genéticas do ser gerado (ponto que é objecto de controvérsia, como vimos), não se duvida que uma (ainda que pequena) parte do seu património genético teve como fonte o ADN daquela dadora.

No que respeita ao acesso à informação genética, enquanto “conjunto de dados relativos às características hereditárias de um indivíduo e revelados

⁹⁰⁸ Não obstante, como bem nota GUILHERME DE OLIVEIRA, não é incomum sistemas jurídicos consagrarem regimes díspares quanto ao anonimato do dador na PMA e quanto ao conhecimento das origens biológicas pelo adoptado, o que sucedeu em Portugal, até ao Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril (Oliveira, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, ob. cit., p. 254).

a partir de investigações efectuadas sobre o seu material genético”^{909/910}, o mesmo está entre nós garantido pela Lei de informação genética pessoal e de saúde (Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro), na medida em que o seu artigo 7.º, n.º 4, dispõe que “qualquer pessoa pode pedir e ter acesso à informação sobre si própria contida em ficheiros com dados pessoais, nos termos da lei”. O acesso à informação genética, está, porém, sujeito a especificidades, pois a Lei n.º 12/2005 admite que, pela sua natureza, “a informação genética deve ser objecto de medidas legislativas e administrativas de protecção reforçada em termos de acesso, segurança e confidencialidade”⁹¹¹.

Independentemente dessa garantia de acesso, pode um indivíduo, por razões de saúde, necessitar de obter do seu progenitor⁹¹² informações de natureza genética que não estejam ainda disponíveis, ou relativamente às quais aquele não possa considerar-se titular para efeitos de acesso⁹¹³.

Nesse caso, pensamos que o *direito ao conhecimento das origens genéticas* pode ser convocado com o sentido de garantir o direito de todo o indivíduo à obtenção dessa informação genética junto dos seus progenitores, nos casos em que exista uma viabilidade razoável de satisfação dessa pretensão.

⁹⁰⁹ Noção de HERMINIA TOMÉ (TOMÉ, Herminia Campuzano, “Noción Jurídica de la Información Genética a la Luz del Proyecto Genoma Humano”, in “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo”, p. 390). O direito português define informação genética como a “informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo, excluindo-se desta definição a informação derivada de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gémeos, dos estudos de identificação genética para fins criminais, bem como do estudo das mutações genéticas somáticas no cancro” (artigo 6.º, n.º 1 da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro).

⁹¹⁰ Sobre a comunicação intrafamiliar da informação genética, v. MONIZ, Helena, “Privacidade e comunicação interfamiliar de informação genética”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a.14 n.1-2 (Jan.-Jun. 2004), pp. 213-237.

⁹¹¹ Cfr. o n.º 6 do artigo 6.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro.

⁹¹² Ou até de outro familiar, mas nesse caso já não está envolvido o direito ao conhecimento das origens genéticas.

⁹¹³ Analisando os termos em que pode ocorrer o acesso à informação genética, sobretudo, em benefício de familiares, cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “Acesso em benefício de “familiares (...)”, *ob. cit.*, pp. 5-23.

Analisaremos, nas páginas que se seguem, com mais pormenor, estas dimensões complexas do direito ao conhecimento das origens genéticas.

3.1. Breve referência ao conhecimento das origens genéticas no regime da filiação e da adopção à luz das alterações legislativas de 2009 e 2015, respectivamente, e da posição do TEDH de 2017

3.1.1. Os prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade⁹¹⁴

Depois de, no Ac. n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, o Tribunal Constitucional^{915/916/917} ter declarado inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 1817.º, na redacção então vigente, por “*excluir totalmente a possibilidade de investigar judicialmente a paternidade (ou a maternidade), logo a partir dos vinte anos de idade*”, assim diminuindo “*o alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade*”, o legislador, por intermédio da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, veio estabelecer um regime de prazos *dies a quo* subjectivo (solução que o próprio Tribunal anunciava como admissível, à luz da Constituição⁹¹⁸), determinando que a acção de investigação de paternidade pode ser proposta

⁹¹⁴ Sobre o tema no âmbito do regime legal anteriormente vigente, v., da nossa autoria, REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 144-216.

⁹¹⁵ Ac. n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, Diário da República, I Série-A, n.º 28, de 8 de Fevereiro de 2006.

⁹¹⁶ Analisando a jurisprudência do TC sobre a matéria, cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito das pessoas e da família”, in *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 202-203.

⁹¹⁷ Sobre o aresto, v. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 232.

⁹¹⁸ O TEDH entendeu, no Acórdão de 20 de Dezembro de 2007, no *Case of Phinikaridou v. Chipre* que um prazo de caducidade para investigar a paternidade de três anos após a maioridade, sobretudo por não ter em conta o momento em que o interessado tem conhecimento das circunstâncias relevantes para a determinação da paternidade, violava o seu *direito ao respeito pela vida privada e familiar*, tal como ele é consagrado na CEDH.

durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação^{919/920/921}.

⁹¹⁹ Sobre a caducidade do direito de investigar, v. OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério Jurídico da Paternidade*, Livraria Almedina, 1998, pp. 460 e ss.. Cfr., ainda, PEREIRA, Alberto Amorim, “A preclusão do direito de accionar nas acções de investigação de paternidade: alguns problemas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1988, pp. 121-154.

⁹²⁰ Sobre a constitucionalidade dos prazos de caducidade das acções de investigação da maternidade e da paternidade, v. OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual (...)*, ob. cit., pp. 439-445; Cfr., ainda: OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Livraria Almedina, 1979, 5ª reimpressão; OLIVEIRA, Guilherme de, “Caducidade das Acções de Investigação”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. 1 Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 49-58; MARQUES, J. P. Remédio, “Caducidade da acção de investigação da paternidade fundada no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04”, in *Jurisprudência Constitucional*, 2004, pp. 40-50; MARQUES, J. P. Remédio, “Investigação de Paternidade - aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 2 de Maio (a nova presunção de paternidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 1871.º do CC)”, in *Revista Lexfamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 15-39; PINHEIRO, Jorge Duarte, “Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil – Ac. do TC 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05”, in *Cadernos de Direito Privado*, Julho/Setembro 2006, pp. 32-52; PINHEIRO, Jorge Duarte, “Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 4, do Código Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 13, Janeiro/Março de 2006, pp. 51-71; MARQUES, J. P. Remédio, “Caducidade de acção de investigação da paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v.85 (2009), pp. 197-235; LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado, vol. V, artigos 1796.º a 2023.º, Coimbra Editora, 2010, reimpressão, anotação ao artigo 1817.º; DIAS, Cristina, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, Janeiro/Março 2014, pp. 32-59; MENEZES LEITÃO, Luís, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 2013 (Processo n.º 187/09.7TBPFR.P1.S1 6.ª Secção)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. I, Janeiro/Março 2013, pp. 396-399; OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios Jurídicos da Parentalidade”, ob. cit., pp. 271-306; MARQUES, J. P. Remédio, “O prazo de caducidade do n.º 1 do Artigo 1817.º do Código Civil e a cindibilidade do Estado Civil: o acórdão do Plenário do Tribunal Constitucional n.º 24/2012. A (in)constitucionalidade do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 e a sua aplicação às acções pendentes na data do seu início de vigência, instauradas antes e depois da publicação do acórdão n.º 23/2006”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 161-218; REIS, Rafael Vale e, “Filho Depois dos 20...! Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de Julho”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, II, no. 3, 2005, pp. 127-134; REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008; REIS, Rafael Vale e, “Novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação: três exemplos”, in *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, Coord. Paulo Guerra, Almedina, 2016, pp. 91-113.

⁹²¹ Sobre a evolução legislativa dos prazos de caducidade das acções de filiação, v. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, Lisboa, Petrony, 2019, pp. 128-131.

Em regra, e sintetizando o regime, a acção de investigação de maternidade e paternidade passou a poder ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação⁹²², ou, para além desse prazo, e sem prejuízo das demais importantes excepções que o regime consagra, nos três anos posteriores ao conhecimento de factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação, designadamente quando cesse o tratamento como filho pela pretensão progenitor biológico⁹²³.

Este (mais generoso) regime de prazos já foi desafiado judicialmente.

O Acórdão do TC n.º 401/2011, de 22 de Setembro, decidiu “*não julgar inconstitucional a norma do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, na redacção da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, na parte em que, aplicando-se às acções de investigação de paternidade, por força do artigo 1873.o, do mesmo Código, prevê um prazo de dez anos para a propositura da acção, contado da maioridade ou emancipação do investigante*”^{924/925}.

Já no seu Acórdão de 14/01/2014, o Supremo Tribunal de Justiça⁹²⁶ julgou inconstitucional o regime do prazo regra, entendendo redundar o prazo agora mais lato, ainda assim, numa restrição inaceitável aos direitos fundamentais envolvidos.

⁹²² Cfr. n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil.

⁹²³ Cfr. al. *b)* do n.º 3 do artigo 1817.º do Código Civil.

⁹²⁴ Acórdão do TC n.º 401/2011, de 22 de Setembro, publicado Diário da República, 2.ª série, n.º 211, de 3 de Novembro de 2011, pp. 43596-43605.

⁹²⁵ Para uma análise do Acórdão, v. OLIVEIRA, Guilherme de, “Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDU, ano 9, n.os 17 e 18, Coimbra, 2012, pp. 107-115. Para GUILHERME DE OLIVEIRA, a circunstância de existir um *dever de perfilhar* ajuda a compreender que “*nada pode fazer caducar a responsabilidade individual pela procriação; o reconhecimento jurídico do parentesco pode chegar a todo o tempo, seja de modo voluntário seja de modo judicialmente imposto numa acção de investigação*” (OLIVEIRA, Guilherme de, “Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilhar (...)”, *ob. cit.*, p. 115).

⁹²⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

No Acórdão n.º 488/2018, de 4 de Outubro, o Tribunal Constitucional julgou “*inconstitucional a norma do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, na redação da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, na parte em que, aplicando-se às ações de investigação da paternidade, por força do artigo 1873.º do mesmo Código, prevê um prazo de dez anos para a propositura da ação, contado da maioridade ou emancipação do investigador, por violação das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa*”. Este aresto, porém, foi revogado pelo Plenário do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 394/2019, de 3 de Julho⁹²⁷.

Apesar de o alargamento e nova configuração do prazo não livrarem o regime das críticas no sentido da sua inadmissibilidade constitucional, a verdade é que se vai consolidando um caminho que, pensamos, conduzirá à abolição dos prazos de caducidade do direito de investigar os vínculos de filiação, sem prejuízo da eventual consagração de mecanismos de afastamento de pretensões em *abuso de direito*⁹²⁸.

Temos defendido, desde 2006, que, à luz da Constituição portuguesa, qualquer regime de prazos do direito de investigar a maternidade e a paternidade é inadmissível. Seguimos a posição de GUILHERME DE OLIVEIRA, que, recentemente, a reafirmou⁹²⁹.

A defesa da consagração de prazos de caducidade das acções de investigação de maternidade e paternidade assentou, durante anos, em razões ligadas à *segurança jurídica* (na medida em que, defendia-se, não

⁹²⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 394/2019, de 3 de Julho, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁹²⁸ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 210-212. Sobre a figura do *abuso de direito*, por todos, podem ver-se: SINDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 535 e ss.; IDEM, “Responsabilidade por informações face a terceiros”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 73, 1997, pp. 43-45; SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁹²⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, “Proteção da família constituída” — para além das palavras”, in *Lex Familiae, Revista portuguesa de Direito da Família*, ano 16, n.º 31-32, 2019, p. 6.

seria curial aceitar um protelamento da incerteza relativamente ao estabelecimento dos vínculos), ao perigo de *perturbação da prova* dos vínculos que a possibilidade de intentar uma acção tardia potenciava e à necessidade de paralisar *pretensões puramente egoísticas* (que seriam toleradas com a aceitação de propositura de uma acção no final da vida do pretense progenitor ou mesmo depois da morte deste apenas para “caçar fortuna”)⁹³⁰.

Perante o anacronismo dos argumentos tradicionalmente aduzidos para defender a consagração de prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade, a evolução das concepções sociais e jurídicas e o avanço da Ciência, não pode deixar de considerar-se essa positivação uma restrição injustificada e desproporcionada ao *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas*, bem como ofensiva do seu conteúdo essencial, e, portanto, constitucionalmente inadmissível.

Os prazos de caducidade deixaram de estar ao serviço da tutela de direitos ou interesses constitucionalmente relevantes, desde logo considerando o referido enfraquecimento dos argumentos que tradicionalmente os sustentavam e, ainda, o facto de dever considerar-se que o âmbito de protecção do direito à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* não pode tutelar o eventual interesse do progenitor, que participou num relacionamento biológico e afectivo de consequências reprodutivas, em não assumir a responsabilidade jurídica desse acto⁹³¹.

O direito do filho a conhecer e a ver reconhecidos juridicamente (quando não se ergue obstáculo atendível a esse reconhecimento) aspectos tão determinantes na formação da individualidade deve afastar qualquer

⁹³⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, “Caducidade das Acções de Investigação”, in *Revista Lexfamiliae*, I, no. 1, Centro de Direito da Família, Coimbra, 2004, pp. 7-13; REIS, Rafael Vale e, “Filho Depois dos 20...! Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de Julho”, in *Revista LexFamiliae*, *Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, II, no. 3, 2005, pp. 127-134.

⁹³¹ Sobre o *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, cfr., por todos, MOTA PINTO, Paulo, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 69, 1993, pp. 479-586.

pretensão do progenitor no sentido da não assunção do papel de pai ou mãe, a qual, ainda que apresente conexão com uma eventual tutela da sua própria individualidade (no sentido de um pretensão direito a não ser juridicamente reconhecido como progenitor), não pode ser colocada no mesmo plano.

Todo e qualquer prazo de caducidade das acções de investigação da maternidade e da paternidade deve, assim, ter-se por inconstitucional.

O esforço harmonizador resultante da consagração de um sistema de prazos que tenha em consideração o momento a partir do qual o investigador está em condições de propor acção, como resulta do regime vigente, podendo ultrapassar um juízo de desproporcionalidade e ofensa ao conteúdo essencial do direito fundamental ao *conhecimento das origens genéticas*, não consegue ultrapassar a dificuldade que resulta da sua esterilidade ao nível da salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, pelo que deve rejeitar-se.

Admitimos, porém, na esteira do que já foi defendido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 18/02/2015, aceitar cindir “*sem ofensa da Lei Fundamental o estatuto pessoal do estatuto patrimonial inerente este à declaração de filiação, para acolhendo aquele e seus efeitos imateriais (filiação, estabelecimento da avoenga), se limitarem as consequências desse reconhecimento excluindo aspectos patrimoniais, quando e se evidenciar que o desiderato primeiro foi o de obter estatuto patrimonial e que a pretensão exercida merece censura no quadro factual concreto da actuação abusiva do direito – art. 334º do Código Civil*”⁹³².

Nesse Acórdão, o STJ reafirma, aliás, a posição manifestada previamente no Acórdão do mesmo Tribunal de 09/04/2013, afastando-se assim da opinião contrária e bastante crítica da solução, manifestada por MENEZES LEITÃO⁹³³.

⁹³² Acórdão do STJ de 18/02/2015, disponível em www.dgsi.pt.

⁹³³ MENEZES LEITÃO, Luís, “Anotação (...)”, *ob. cit.*, pp. 396-399.

Temos defendido que deve ser colocada noutro plano, que não o da restrição ao *direito ao conhecimento das origens genéticas*, a consagração de mecanismos de evicção que paralitem o exercício abusivo do direito a investigar a maternidade e paternidade. Consideramos fora do *âmbito de protecção*⁹³⁴ do direito qualquer exercício abusivo, pelo que estamos no domínio de um seu limite intrínseco, se considerarmos que o princípio da responsabilidade subjaz a qualquer sistema de direitos e liberdades individuais. Pensamos mesmo que seria útil a intervenção do legislador no sentido de consagrar a possibilidade legal de limitação dos efeitos do vínculo, admitindo o afastamento judicial dos efeitos patrimoniais (sucessórios e de alimentos), quando na acção ficasse provado que a proposição tardia da acção se deve apenas à tentativa de obtenção de benefícios patrimoniais. Assim se afastariam, de imediato, os inconvenientes (ainda que marginais) da consagração da regra da imprescritibilidade, impedindo-se as acções “caça-fortunas”.

O ordenamento não deve aceitar que alguém dolosamente proteja o exercício do seu direito, para depois, numa atitude oportunista, reclamar o seu quinhão no pecúlio do progenitor. Claro que uma solução legal dessa natureza apenas seria constitucionalmente aceitável se assentasse na exigência do preenchimento de pressupostos legais rigorosos. Por exemplo, para que o julgador, na sentença, afastasse os efeitos patrimoniais do vínculo seria necessário demonstrar-se (cumulativamente): que a acção foi intentada com um atraso irrazoável (considerando o critério do “homem médio”) tendo em conta o conhecimento dos factos que podem fundamentar a acção e que o autor apenas quis obter com a acção vantagens patrimoniais.

Talvez já não seja curial fixar legalmente o período de tempo a partir do qual o julgador pode afastar os efeitos patrimoniais, sendo preferível um esquema que deixe à prudente apreciação do julgador a qualificação dos

⁹³⁴ Sobre o conceito, v. por todos, CANOTILHO, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2008, p. 198-201.

factos como consubstanciando um exercício abusivo do direito de investigar, pois ele mais facilmente passaria no crivo do princípio constitucional da igualdade e não discriminação.

Não obstante, este ponto está longe de ser pacífico na doutrina e, recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA manifestou a sua discordância relativamente à possibilidade de, neste quadro, se limitarem os efeitos patrimoniais do estabelecimento dos vínculos. Para o Ilustre Professor, “*se os investigadores viessem a ser admitidos a todo o tempo, mas sem efeitos patrimoniais, em breve se reconheceriam duas classes de filhos – uma com efeitos menores, apenas pessoais, e outra com efeitos plenos*”, pelo que “*não demoraria muito tempo a ser declarada inconstitucional esta desigualdade de estatuto das duas classes de filhos*”⁹³⁵.

3.1.2. Os prazos de caducidade do direito de impugnar a paternidade presumida do marido da mãe⁹³⁶

A impugnação da paternidade presumida está sujeita aos prazos de caducidade previstos no artigo 1842.º, na redacção da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril⁹³⁷.

De acordo com o disposto na alínea c) do n.º 1, o filho pode impugnar a paternidade presumida do marido da mãe, até 10 anos depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de três anos a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe.

A referida Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, trouxe, nesta matéria, um claro alargamento do prazo, na medida em que a redacção anterior

⁹³⁵ OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual (...), ob. cit.*, pp. 441-442.

⁹³⁶ Sobre o tema, reportando ao regime legal anteriormente vigente, v., da nossa autoria, REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...), ob. cit.*, pp. 216-235.

⁹³⁷ Para uma perspectiva temporal do regime de impugnação da paternidade, cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Impugnação da Paternidade*, Sep. Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento XX, 1976.

estipulava que o filho podia impugnar a paternidade até um ano depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de um ano a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe.

Mesmo antes da redacção de 2009, o legislador já havia optado por consagrar, para a impugnação da presunção da paternidade marital, um prazo diferente do inicialmente previsto a propósito da investigação da maternidade e paternidade, uma vez que este já era um prazo *dies a quo* subjectivo.

Em termos comparados, é frequente encontrar prazos de caducidade do direito de impugnar a presunção de paternidade marital^{938/939/940}.

Como vimos, foi a consagração destes prazos que deu origem ao *BverfGE, Beschluss v. 31.1.1989*.

O Código Civil espanhol sempre foi mais generoso na concessão destes prazos^{941/942/943}, e, em 2015, o regime foi alterado alargando-se as possibilidades de impugnação da paternidade pelo filho.

Nos termos do artigo 137, o filho pode impugnar a paternidade presumida “*durante el año siguiente a la inscripción de la filiación*” e, caso seja menor ou tenha a capacidade modificada judicialmente, “*el plazo*”

⁹³⁸ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, “A jurisprudência (...)”, *ob. cit.*, pp. 204-207.

⁹³⁹ Sobre a presunção de paternidade marital no Código Civil brasileiro, v. LEITE, Eduardo de Oliveira, “Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)”, in *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 17-40.

⁹⁴⁰ Para uma análise do direito neerlandês, v. BLAUWHOFF, Richard, “A determinação e a impugnação da paternidade na Holanda”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família da FDUC*, ano 5, n.º 5, Coimbra, 2006, pp. 19-30;

⁹⁴¹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA in COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso (...)*, *ob. cit.*, vol. II, Tomo I, p. 140.

⁹⁴² Cfr., para uma análise do regime espanhol, MÉNDEZ, Rosa M. / VILALTA, A. Esther, *Acciones judiciales de determinación e impugnación de la filiación*, Bosch, 2001.

⁹⁴³ Sobre o assunto, cfr., também, OLIVEIRA, Guilherme de, “O sangue, os afectos e a imitação da natureza”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 10, Coimbra, 2008, pp. 10-11.

contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos”.

Antes das alterações introduzidas em 2015, a grande diferença entre o regime espanhol e o português⁹⁴⁴ resultava da previsão desse mesmo artigo 137 (hoje no n.º 4), que determinava que *“si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos”*. Ou seja, a falta de *posse de estado* já tornava o direito de impugnação do filho (mas já não do marido) imprescritível^{945/946}.

Porém, a *Ley 26/2015, de 28 de julio*, veio dar nova redacção ao artigo 137, que agora, no n.º 2, dispõe que *“si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento”*.

Ou seja, acrescentou-se a possibilidade de impugnação da paternidade no prazo de um ano a contar do conhecimento da inexistência de vínculo biológico entre o filho e o pai presumido.

O regime em análise, na versão anterior às alterações de 2015, foi objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional espanhol no Acórdão n.º 138/2005 de 26 de Maio de 2005 (*“Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo”*). Em causa estava o confronto do prazo para a

⁹⁴⁴ Para uma comparação dos regimes, v., também, OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, ob. cit., p. 133.

⁹⁴⁵ Para GUILHERME DE OLIVEIRA, *“o legislador espanhol, ao organizar a disciplina da impugnação, fez intervir um factor que não aparecia nos direitos latinos: a vivência real da comunidade familiar, que se exprime através da posse de estado de filho comum no seio das relações conjugais”* (COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso (...)*, ob. cit., vol. II, Tomo I, p. 140).

⁹⁴⁶ Considerando que o regime do direito espanhol respeita o direito ao conhecimento das origens biológicas, dando-lhe preferência sobre outros valores, como a paz das famílias e a manutenção da “legitimidade dos filhos”, v. QUESADA GONZÁLEZ, *“El derecho (...)”*, ob. cit., pp. 257 e 258.

impugnação, pelo marido, da presunção de paternidade, com os artigos 24 (consagra o direito à tutela jurisdicional efectiva) e 39 (o n.º 2 tutela a possibilidade de investigação da filiação, como já vimos) da Constituição espanhola.

No caso concreto, o marido havia realizado testes de paternidade que haviam confirmado a paternidade relativamente à sua filha mas não relativamente ao seu “presumido” filho, que havia nascido em 1992, tendo o autor conhecido o nascimento logo por essa ocasião.

O Tribunal decidiu “*declarar inconstitucional el párrafo primero del art. 136 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil*”.

Ou seja, o Tribunal rejeitou a admissibilidade constitucional do referido prazo na medida em que ele não tinha em consideração o momento em que foram conhecidas as circunstâncias das quais pode resultar a falsidade do vínculo estabelecido.

Quanto ao direito português, temos defendido que a solução que melhor assegura a tutela constitucionalmente reservada ao *direito ao conhecimento das origens genéticas* passa pela abolição de qualquer prazo de caducidade da acção de impugnação da paternidade presumida, *nos casos em que o autor é o filho*.

Pensamos que o argumento adicional da *protecção da família constituída*, normalmente trazido à liça quando se fala de impugnação da paternidade estabelecida na sequência do funcionamento da presunção de paternidade marital, valendo para a impugnação dos vínculos por terceiros, perde toda a sua força quando é o próprio filho que, tendo conhecimento de factos dos quais possa resultar a circunstância de não ser filho do marido da sua mãe, pretende repor a verdade ou, pelo menos, eliminar a mentira.

Afastada essa adicional justificação desses prazos de caducidade da acção de impugnação, a ponderação a fazer deve ser em tudo semelhante à realizada para os prazos de caducidade das acções de investigação, acrescentando que a tutela do princípio da igualdade e não discriminação entre filhos matrimoniais e não matrimoniais pode, igualmente, exigir a abolição dos prazos, na medida em que um filho de pais não casados, relativamente ao qual a paternidade foi estabelecida por perfilhação, pode impugná-la a todo tempo.

Por último, convém ter presente que a impugnação será o pressuposto para o exercício do direito a investigar, funcionando essa impugnação como sua “guarda avançada”.

Quanto ao argumento segundo o qual um prazo *dies a quo* subjectivo pode constituir uma solução equilibrada, dir-se-á que ele não resolve o problema do desequilíbrio valorativo que resulta do facto de, num dos pólos do problema, constar um denso *direito ao conhecimento das origens genéticas*, e, do outro lado, um ténue e difuso interesse na protecção de uma família constituída (valor que, sobretudo em abstracto, é difícil de quantificar), e não resolve, como lembra GUILHERME DE OLIVEIRA, os casos em que o filho deixou caducar o direito de impugnar e o marido, mais tarde, assume um comportamento intolerável⁹⁴⁷.

⁹⁴⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, “Critério (...)”, *ob. cit.*, pp. 367 e 368.

3.1.3. O direito do adoptado a conhecer a identidade dos progenitores biológicos à luz das alterações legislativas de 2015⁹⁴⁸

Em matéria de adopção⁹⁴⁹, na Alemanha, de acordo com a *Personenstandsgesetz*, o adoptado pode, a partir dos 16 anos, consultar os

⁹⁴⁸ Analisámos o tema, antes das alterações legais de 2015, em REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 267-319. Cfr., também REIS, Rafael Vale e, “Novos caminhos (...)”, *ob. cit.*, pp. 91-113.

⁹⁴⁹ Sobre a adopção, v.: SOUSA, Rabindranath A. Capelo de, *A adopção: constituição da relação adoptiva*, Coimbra Editora, 1973; SOUSA, Rabindranath A. Capelo de, *A adopção no código civil português: propostas de alteração*, Sep. *Scientia Iuridica*, tomo 26, n.º 148-149, 1977, pp. 442-452; COELHO, Francisco Pereira, “A adopção no direito civil português”, in *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, 1987, pp. 625-645; LEANDRO, Armando, “O novo regime jurídico da adopção: Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio”, in *Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, 1993, pp. 265-280; ROCHA, Maria Dulce, “Adopção: estado de abandono do menor: direito de visita dos pais biológicos: princípio do sigilo”, in *Revista do Ministério Público*, 1993, pp. 109-115; LIMA, Maria Helena Salazar da Costa, *A Adopção: a importância do consentimento na constituição da relação adoptiva*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1996; DINIZ, João Seabra, *Este meu filho que eu não tive: a adopção e os seus problemas*, 2.ª edição, Edições Afrontamento, Porto, 1997; RODRIGUES, Almiro, “A adopção: um antes; e depois?”, in *Infância e Juventude*, Lisboa, 1997, pp. 31-70; DIAS, Pedro Manuel Branquinho Ferreira, “Adopção: necessidade do consentimento dos pais”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 1997, pp. 159-161; VIDAL, Joana Marques, “Adopção: confiança administrativa e confiança judicial”, in *Revista do Ministério Público*, 1998, pp. 167-172; BALLESTEROS DE LOS RIOS, M., “Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto”, in *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13 (1999), pp. 37-79; SÁ, Eduardo, “Adopção e o futuro”, in *Forum Iustitiae*, Lisboa, 1999, pp. 34-38; SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, *A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos*, Coimbra Editora, 2000; ROCHA, Maria Dulce, “Adopção – consentimento - conceito de abandono”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 2002, pp. 93-112; SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológico”, in *Direito e Justiça*, volume XVI, tomo 1, 2002, pp. 191-241; BRIDGE, Caroline / SWINDELLS, Heather, “Adoption, The Modern Law”, in *Family Law*, 2003; GERSÃO, Eliana, “Adopção – mudar o quê?”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 833-849; SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A nova lei da adopção”, in *Direito e Justiça*, Lisboa, 2004, pp. 241-258; SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A adopção singular nas representações sociais e no Direito”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 41-50; JARDIM, Mónica, “Breve análise da nova lei da adopção”, in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Centro de Direito da Família, FDUC, Coimbra, 2005, pp. 129-164; DIAS, Pedro Manuel Branquinho Ferreira, “A adopção de crianças por casais homossexuais: Sim, não ou talvez?”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 2, n.º 4, Coimbra, 2005, pp. 99-102; MARTINS, João Zenha, “O novo regime jurídico da adopção na encruzilhada reformista do direito da família e dos menores”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Almedina, 2005, pp. 713-751; SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Adopção

registos, inteirando-se da identidade dos pais biológicos (§ 62 (1) da *Personenstandsgesetz* de 2007)⁹⁵⁰.

No Reino Unido, de acordo com o *Adoption and Children Act 2002*⁹⁵¹, o adoptado maior de 18 anos (antes dessa idade, só para efeitos de detectar a existência de impedimentos matrimoniais) tem direito de obter uma cópia certificada do seu assento de nascimento (mediante o pagamento de uma taxa). Porém, antes de lhe ser prestada essa informação, o requerente é informado dos sistemas de aconselhamento disponíveis (e, se a pessoa em causa tiver sido adoptada antes de 12 de Novembro de 1975, a informação não é prestada antes de recebido esse aconselhamento). Desde 1989 que os serviços centrais de Registo Civil devem manter um outro arquivo, o “*Adoption Contact Register*”, destinado a facilitar o contacto entre as pessoas adoptadas e os seus familiares biológicos, dividido em duas partes, uma destinada à manifestação de vontade nesse sentido dos adoptados (com mais de 18 anos), e outra para os respectivos familiares biológicos (igualmente com mais de 18 anos).

Em Portugal, o processo de adopção tem hoje um regime próprio, autonomizado dos demais processos tutelares cíveis: o Regime Jurídico do Processo de Adopção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro^{952/953}.

ou o direito ao afecto, Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 30.11.2004”, in *Scientia Iuridica*, Jan./Mar. 2005, pp. 115-137.

⁹⁵⁰ De acordo com a *Adoptionsvermittlungsgesetz*, as agências de adopção devem apoiar o adoptado na busca pela suas origens, incluindo nos casos em que o parto foi anónimo (cfr. § 9 (1) 5).

⁹⁵¹ Cfr. *Section 60* do *Adoption and Children Act 2002*.

⁹⁵² O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que não é aplicável ao processo de adopção e respectivos procedimentos preliminares, foi aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

⁹⁵³ Sobre a necessária sintonização do instituto da adopção com a Convenção sobre os Direitos da Criança, que, no seu artigo 21.º, impõe aos Estados Partes que reconheçam e ou permitam a adopção na obrigação de assegurarem que o interesse superior da criança seja a consideração primordial neste domínio, v. EPIFÂNIO, Rui Lisboa / LEANDRO, Armando Gomes, “Adopção – sentido e alcance da evolução legislativa”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, p. 852.

No seu artigo 4.º, determina que *“a fase judicial e os demais procedimentos administrativos e judiciais que integram o processo de adoção, incluindo os seus preliminares, têm carácter secreto”* (n.º 1), sendo certo que *“o processo de adoção, incluindo os seus preliminares, pode ser consultado pelo adotado depois de atingida a maioridade”* (n.º 2).

Acrescenta, ainda, a lei, que *“por motivos ponderosos e nas condições e com os limites a fixar na decisão, pode o tribunal, a requerimento de quem prove interesse legítimo, ouvido o Ministério Público, se não for o requerente, autorizar a consulta dos processos referidos no n.º 1 e a extração de certidões”* (n.º 3 do referido artigo 4.º).

Com este regime, mantém o Direito português a construção tradicional que entende que uma primeira dimensão de segredo, em matéria de adoção, respeita ao carácter sigiloso do próprio processo/procedimento⁹⁵⁴.

Paralelamente, e independentemente da questão de saber quais as condições em que pode ser judicialmente levantado o sigilo que impende sobre o procedimento de adoção, há que considerar os termos em que o legislador português admite a revelação ao adoptado da identidade dos pais biológicos mediante a consulta dos elementos que constam do respectivo assento de nascimento, ou seja, depois de decretado o vínculo.

Neste ponto, vale o regime que já vigorava antes da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro. Desde logo, o artigo 1985.º do Código Civil, não foi alterado, pese embora tenha sido acrescentado ao Código um enunciativo artigo 1990.º-A (com a expressiva epígrafe “acesso ao conhecimento das origens”).

⁹⁵⁴ Dispunha a Organização Tutelar de Menores, revogada, no artigo 173.º- B, que *“o processo de adoção e os respectivos procedimentos preliminares, incluindo os de natureza administrativa, têm carácter secreto”*, admitindo-se, porém, que, *“por motivos ponderosos e nas condições e com os limites a fixar na decisão, pode o tribunal, a requerimento de quem invoque interesse legítimo, ouvido o Ministério Público, se não for o requerente, autorizar a consulta dos processos referidos no número anterior e a extração de certidões”*.

Por outro lado, o artigo 5.º do Regime Jurídico do Processo de Adopção em nada interfere com o regime do Código Civil, dizendo, no n.º 1, que *“todas as entidades públicas e privadas têm o dever de adotar as providências necessárias à preservação do segredo de identidade a que se refere o artigo 1985.º do Código Civil”*, e, no n.º 2, que *“no acesso aos autos, nas notificações a realizar no processo de adoção e nos respetivos procedimentos preliminares, incluindo os de natureza administrativa, deve sempre ser preservado o segredo de identidade, nos termos previstos no artigo 1985.º do Código Civil”*.

Pela adoção, o adoptado adquire a situação de filho do adoptante (ou adoptantes), com a consequência de se extinguirem as relações familiares entre o adoptado e a família biológica (portanto, não só com os ascendentes, mas também com os colaterais), constituindo óbvia excepção a esta regra, os casos em que um dos cônjuges adopta o filho do outro. Em consonância com essas soluções, o artigo 1987.º do Código Civil determina que *“depois de decretada a adoção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento”*.

A grande e positiva inovação trazida pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, consta do novo n.º 3 do artigo 1986.º do Código Civil: *“excecionalmente, ponderada a idade do adotado, a sua situação familiar ou qualquer outra circunstância atendível, pode ser estabelecida a manutenção de alguma forma de contacto pessoal entre aquele e algum elemento da família biológica ou, sendo caso disso, entre aquele e a respetiva família adotiva e algum elemento da família biológica, favorecendo-se especialmente o relacionamento entre irmãos, desde que, em qualquer caso, os pais adotivos consintam na referida manutenção e tal corresponda ao superior interesse do adotado”*.

Por último, no quadro da ruptura com a família biológica, o artigo 1985.º do Código Civil dispõe que *“a identidade do adoptante não pode ser revelada aos pais naturais do adoptado, salvo se aquele declarar*

expressamente que não se opõe a essa revelação” (n.º 1) e que “os pais naturais do adoptado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adoptante” (n.º 2).

Assim sendo, pode afirmar-se que, tanto o artigo 1985.º do Código Civil, como os preceitos do Código de Registo Civil relativos à passagem de certidões do assento de nascimento do adoptado (sobretudo os n.ºs 2 e 3 do artigo 213.º e o n.º 2 do artigo 214.º), não impedem este de, consultando o seu assento de nascimento, obter informação relativa à identidade dos seus progenitores.

Em resumo, tendo em conta o regime previsto nos artigos 1985.º e 1990.º-A do Código Civil, no artigo 6.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, e nos preceitos do Código de Registo Civil relativos à passagem de certidões do assento de nascimento do adoptado (sobretudo os n.ºs 2 e 3 do artigo 213.º e o n.º 2 do artigo 214.º), nada impede o adoptado, pelos menos após os 16 anos de idade, de aceder à identidade civil dos seus progenitores biológicos⁹⁵⁵.

3.1.4. O caso *Silva e Mondim Correia v. Portugal*, decidido no Acórdão do TEDH de 3 de Outubro de 2017

A propósito da interferência do *direito ao conhecimento das origens genéticas* no *direito da filiação* português cabe fazer referência ao recente caso *Silva e Mondim Correia v. Portugal* decidido pelo TEDH, no seu Acórdão de 3 de Outubro de 2017⁹⁵⁶.

O Acórdão teve origem em duas queixas (Queixas n.º 20415/15 e 72105/14), apreciadas conjuntamente.

⁹⁵⁵ Sobre o ponto, cfr. REIS, Rafael Vale e, “Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família”, Clara Sottomayor (Coord), Anotação aos artigos 1985.º e 1990.º-A, Almedina, 2020, 1035-1038, 1046-1047.

⁹⁵⁶ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 3 de Outubro de 2017, *Case of Silva and Mondim v. Portugal*, disponível em www.echr.coe.int/echr

A primeira dizia respeito a um homem, nascido em 1944, fora do casamento, que, desde cedo, foi tratado como familiar pelo pretense pai (com quem foi estabelecendo contacto).

Em 2012 intentou uma acção de investigação da paternidade no Tribunal de Vale de Cambra contra o pretense pai, tendo este aí invocado a caducidade do direito de investigar a paternidade, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil. O autor alegou a inconstitucionalidade dos prazos para investigar a paternidade e, no dia 26 de Junho de 2012, no despacho saneador, o Tribunal julgou improcedente a excepção deduzida pelo réu, considerando que o prazo previsto no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil era inconstitucional, na medida em que a limitação assim imposta à possibilidade de investigar a paternidade de um indivíduo (a todo o tempo) constituía uma restrição injustificada e desproporcional ao direito de um filho saber quem era seu pai. Também considerou que o exercício do direito de uma pessoa conhecer a sua ascendência não pode estar sujeito a barreiras de tempo e só pode ser restringido nos casos em que tal exercício do direito constitua um abuso.

O pretense pai impugnou a decisão junto do Tribunal da Relação do Porto, tendo, entretanto, sido realizados os testes de ADN que determinaram que o réu era o pai biológico do requerente.

Em 9 de abril de 2013, o Tribunal da Relação do Porto negou provimento ao recurso do réu e decidiu que o n.º 1 do artigo 1817.º era inconstitucional, tendo aquele recorrido para o Supremo Tribunal de Justiça.

Em 14 de janeiro de 2014, o Supremo Tribunal de Justiça confirmou integralmente a decisão do Tribunal da Relação do Porto.

O pretense pai recorreu, então para o Tribunal Constitucional, que, em 10 de março de 2014, decidiu, por referência ao seu anterior Acórdão n.º 401/2011, que o artigo 1817.º cumpria as disposições pertinentes da Constituição. Em 7 de Maio de 2014, a Conferência do Tribunal Constitucional, na sequência de recurso interposto pelo réu, confirmou a decisão anterior e indeferiu a pretensão do recorrente. Na sequência das

decisões do Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso do recorrente, em 9 de Julho de 2014.

A segunda queixa respeitava a homem nascido em 1970, também fora do casamento. Em 2014, intentou uma acção de investigação de paternidade no Tribunal de Vila Real, alegando que sempre soube que o réu era o seu pai. Este contestou, alegando que o direito de investigar a paternidade estava extinto. Em 15 de Junho de 2013, o Tribunal de Vila Real julgou a acção improcedente, por ter sido proposta fora do prazo de dez anos previsto no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil. Além disso, teve em consideração que o autor não alegou a existência de quaisquer factos que pudessem ser considerados ao abrigo do acréscimo de três anos, previstos nos n.ºs 2 e 3 do Código Civil. Em 5 de Setembro de 2013, o autor interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto, argumentando que o prazo estabelecido no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil não era compatível com a Constituição e que o direito à identidade deveria prevalecer sobre os direitos do suposto progenitor. O Tribunal da Relação do Porto, em 10 de Dezembro de 2013, confirmou a decisão da primeira instância, considerando que o artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil não era incompatível com as disposições constitucionais. O autor recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça, que, no seu Acórdão de 27 de Maio de 2014, considerou inconstitucional o prazo de dez anos previsto no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil. O réu interpôs recurso constitucional para o Tribunal Constitucional e este, por Decisão sumária de 25 de setembro de 2014, decidiu, também por referência ao seu anterior Acórdão n.º 401/2011, que a norma era constitucionalmente admissível. A Conferência, confirmou a decisão em 28 de Outubro de 2014, pelo que o Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o recurso do autor em 13 de Janeiro de 2015.

Apreciando os casos, o TEDH considerou que o prazo actualmente em vigor no direito da filiação português, para a investigação da paternidade, é

o resultado de uma evolução legislativa que entrou em vigor em 2009, e que pretendeu eliminar um curto prazo que antes vigorava, e que, desde 2011, o Tribunal Constitucional considera que o referido prazo não é incompatível com a Constituição, por considerar ser razoável conceder a um indivíduo um período de tempo suficiente, tendo atingido a maioridade, para decidir se inicia ou não um processo de investigação, salvaguardando ao mesmo tempo a segurança jurídica em relação ao suposto pai e à sua família⁹⁵⁷.

O Tribunal considerou, ainda, que os requerentes iniciaram as acções de investigação da paternidade em 26 de Março de 2012, e 31 de Março de 2014, quando tinham sessenta e oito e quarenta e quatro anos, respetivamente, ou seja, muitos anos após a maioridade, quando é certo que sempre tiveram conhecimento da identidade do pretense pai⁹⁵⁸.

Na opinião do Tribunal, portanto, os requerentes demonstraram uma falta de diligência injustificável na propositura da acção de investigação da paternidade, na medida em que esperaram cinquenta e vinte e seis anos, respectivamente, desde que atingiram a maioridade.

Assim, concluiu o TEDH, dada a margem de apreciação concedida aos Estados no que se refere à legislação relativa aos processos de paternidade, o carácter não absoluto do artigo 1817.º, n.º 1 do Código Civil, e a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que a aplicação do prazo para a propositura da acção de investigação da paternidade, no caso dos requerentes, não afectou a substância do seu direito ao respeito pela *vida privada e familiar* consagrado no artigo 8.º da Convenção⁹⁵⁹.

Já *supra*⁹⁶⁰ deixámos clara a nossa posição no que respeita à (in)admissibilidade da consagração de prazos de investigação da maternidade e da paternidade.

⁹⁵⁷ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 3 de Outubro de 2017, *Case of Silva and Mondim v. Portugal*, parágrafos 65 e 66.

⁹⁵⁸ IDEM, parágrafo 67.

⁹⁵⁹ IDEM, parágrafo 69.

⁹⁶⁰ Cap. IV § 1, 3.1.1.

O TEDH considera caber na margem de apreciação dos Estados o estabelecimento de restrições a esse direito de investigar, solução que não merece a nossa concordância pelas razões já expostas.

Não pode, porém, deixar de notar-se o facto de o Tribunal ter considerado elemento importante para o resultado que ofereceu ao caso, o facto de, em causa, estarem pretensões investigatórias que se concretizaram muitos anos após o conhecimento pelos interessados das circunstâncias a partir das quais poderia retirar-se a confirmação do vínculo relativamente aos investigados.

Ou seja, o Tribunal mostra abertura ao argumento segundo o qual é relevante, no caso concreto, saber a circunstâncias em que os interessados conheceram esses factos, o momento em que ação de investigação é proposta, e se esse atraso evidencia uma situação que possa considerar-se um *abuso de direito*.

A intervenção da figura do *abuso de direito* que defendemos em matéria de prazos das acções de filiação não é exatamente esse, pois pensamos que a demora muitas vezes intencional na propositura da ação não deve afastar o estabelecimento do vínculo jurídico respectivo, mas antes ser equacionada no que respeita ao eventual afastamento das dimensões patrimoniais a ele associadas.

Em todo o caso, a forma como o Tribunal analisou o problema deixa em aberto a possibilidade de a solução para casos futuros ser outra, naquelas situações em que os investigadores não demoram tanto tempo a propor a acção de investigação, o que fará sobressair, pensamos, a natureza gravosa da imposição dos limites actualmente vigentes ao direito de investigar os vínculos de filiação.

§ 2 – Enquadramento processual: admissibilidade da *acção de informação pessoal*

1. O exemplo alemão e a importância da *acção de informação pessoal*

Em 2008, defendemos que o *direito ao conhecimento das origens genéticas* deveria fundamentar um princípio geral de admissibilidade de recurso à via judicial com a finalidade de obtenção de informação necessária à identificação dos progenitores biológicos⁹⁶¹.

Em 2007, como vimos, por determinação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, foi consagrado na Alemanha um instrumento processual tributário dessa ideia.

Tal como foi configurada, a solução alemã da *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft* constitui um mecanismo processual destinado a permitir o esclarecimento de dúvidas relativamente a uma paternidade já estabelecida, na esteira, aliás, da citada jurisprudência constitucional que, com início na década de 80 do Século XX, passou a considerar aspecto primordial do *direito ao conhecimento das origens genéticas* a possibilidade de eliminação dos registos de uma mentira biológica.

Por outro lado, essa solução alemã assentou no modelo do *processo de jurisdição voluntária*, concretamente, da *acção para o suprimento de consentimento*, que não deixa de constituir, nesta sede, pensamos, um mecanismo relativamente limitado.

Não obstante, as manifestações da jurisprudência e legislação alemãs ajudam a perceber a importância de facultar ao titular do *direito ao conhecimento das origens genéticas* instrumentos processuais adequados à sua concreta efectivação.

⁹⁶¹ REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...), ob. cit.*, pp. 124-129.

O *Case of Gaskin v. The United Kingdom*⁹⁶², entre outros, demonstra a importância da regulamentação do direito de acção correspondente a esse direito fundamental.

O caso respeitava a Graham Gaskin que havia sido confiado aos cuidados públicos do Reino Unido quando era criança, onde permaneceu até atingir a maioridade. Gaskin alegou que havia sofrido abusos durante o tempo em que esteve à guarda do Estado e solicitou acesso aos registos sobre si existentes nos Serviços Sociais de Liverpool. Apenas lhe foi dado um acesso parcial, ante a alegação de que um dever de confidencialidade proibia a divulgação dos elementos constantes dos seus registos.

Em face da confirmação da recusa de acesso por um tribunal inglês, Gaskin recorreu para o TEDH que decidiu que o direito (previsto no artigo 8.º da CEDH) de Gaskin a ver sua *vida privada e familiar* respeitada pelo Estado havia sido violado pelo governo britânico, porque não existia um órgão independente ao qual Gaskin pudesse ter apresentado o seu caso. O Tribunal também decidiu que as pessoas na mesma situação de Gaskin, que estiveram sob tutela pública enquanto crianças, não deveriam, em princípio, ser impedidas de aceder aos seus registos, pois estes funcionam, para essas pessoas, como memórias dos pais, às quais a maioria dos indivíduos tem acesso.

Assim, não raras vezes, quem tem interesse em conhecer as suas *origens genéticas* depara-se com sistemas burocratizados de instituições de acolhimento ou similares, ou mesmo de entidades públicas, que, sendo titulares de informação, assumem atitudes normalmente pouco dispostas a facultar a informação solicitada, invocando regimes legais de segredo e confidencialidade, protecção de dados, ou protecção de informação administrativa.

⁹⁶² Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 7 de Julho de 1989, *Case of Gaskin v. The United Kingdom*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

A propósito do *direito geral de personalidade*, CAPELO DE SOUSA refere expressamente a importância de, para sua tutela, e considerando que se está perante um *direito subjectivo*, se encontrar enquadramento processual adequado, nos casos em que o comportamento de terceiros não se coaduna com a protecção espectável do direito⁹⁶³.

Nesse sentido, no plano processual, para tutela do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, consideramos importante disponibilizar mecanismos processuais abrangentes, não apenas destinados ao *suprimento do consentimento* para a realização de exames genéticos, pois estes, sendo muito importantes, como o exemplo alemão demonstra, apenas resolvem o problema no contexto de uma relação próxima em que se levantem dúvidas sobre um concreto vínculo biológico.

Assim, colhendo os ensinamentos alemães, deve admitir-se que o titular do *direito ao conhecimento das origens genéticas* possa propor, num tribunal estadual, uma acção (uma *acção de informação pessoal*) destinada a obter a condenação de terceiro (que pode ser um progenitor já conhecido, ou outra pessoa, singular ou colectiva) a facultar toda a informação de que seja portador, e cuja exigência seja razoável, no sentido de tornar efectivo aquele direito.

LEITE DE CAMPOS admite expressamente esta dimensão processual do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, referindo que “os filhos terão o direito de usar dos meios processuais convenientes para determinar o seu pai e a sua mãe biológicos, que se transformarão «*ipso facto*», no seu pai e na sua mãe jurídicos”⁹⁶⁴, referindo, inclusive, “o dever de a mãe (ou,

⁹⁶³ SOUSA, Rabindranath A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, reimpressão, 2011, p. 93.

⁹⁶⁴ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de direito da família e das sucessões*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 111.

eventualmente, do pai) de revelar, se o souber, o nome do outro progenitor”^{965/966}.

Como exemplo prático da importância de uma acção desta natureza, pode dar-se o caso do filho que se vê na necessidade de intentar uma acção declarativa de condenação contra a sua mãe, no sentido de esta ser determinada revelar informação sobre o seu pai, a qual, uma vez obtida, lhe permitirá intentar a acção de investigação subsequente, dirigindo-a já a um concreto réu⁹⁶⁷.

A utilidade, no direito alemão, deste tipo de acção, precisamente nos casos em que um filho pretende obter da mãe informações sobre a pessoa do seu pai, é reconhecida por SCHWAB⁹⁶⁸. O Autor refere a falta de consenso quanto aos termos em que deve concretizar-se essa faculdade, mas faz notar a recorrência da aceitação jurisprudencial de tal pretensão (fundada nos §§ 242 e 1618^a do BGB), e o seu enquadramento ao nível do conflito de direitos fundamentais (o direito de personalidade da mãe e o direito do filho ao conhecimento das origens genéticas), a resolver perante as circunstâncias do caso concreto⁹⁶⁹.

Note-se que o recurso ao meio processual, não significará, necessariamente, que o autor obterá ganho de causa, pois, como em todos os outros casos, o direito de acção não se confunde com o direito a uma decisão favorável.

O juiz terá de ponderar, no caso concreto, em face das alegações e prova produzida, todos os interesses relevantes para a decisão.

⁹⁶⁵ IDEM, p. 112.

⁹⁶⁶ Interessante é ainda a defesa da admissibilidade de acção de simples apreciação negativa no domínio da filiação, destinada a declarar a inexistência de um vínculo de filiação natural (CAPELO, Maria José, *Interesse processual (...)*, *ob. cit.*, pp. 86 e ss.).

⁹⁶⁷ Se a legitimidade passiva, numa acção de investigação, pertence ao pretense progenitor, uma acção dessa natureza pode revelar-se essencial para a efectivação posterior do direito de investigar a paternidade.

⁹⁶⁸ Na sequência dos já referidos *BverfGE, Beschluss v. 18.1.1988, FamRZ, 1988* e *BverfGE, Beschluss v. 6.5.1997, FamRZ 1997*.

⁹⁶⁹ SCHWAB, D., “Familienrechts”, *ob. cit.*, p. 240 e 241, Rn. 495.

O *direito ao conhecimento das origens genéticas* não é um direito absoluto, como sempre procuramos lembrar, e a sua efetivação no caso concreto dependerá do confronto dos interesses antagónicos, devendo, na decisão, adjudicar-se ao interesse que, no caso, deva ter-se por prevacente. Imagine-se que, numa situação concreta em que o filho propõe uma *acção de informação pessoal* contra a sua mãe, para desta obter informações relevantes que lhe permitam chegar à identidade do seu pai biológico, o juiz apreciando o que foi alegado e provado, julga improcedente o pedido por considerar que, no estado psicológico em que a mãe se encontra, a determinação do dever de informar resultaria na criação de uma situação de perigo real para a vida desta (em função de a mesma revelar ideação suicida). Neste caso, atender-se-ia a um valor preponderante, a vida, em detrimento um valor inferior, *o direito ao conhecimento das origens genéticas*.

Acresce que, na decisão, o tribunal pode ter de considerar regimes legais que interfiram com a pretensão revelatória, como seja o regime de proteção de dados pessoais (de terceiros) ou do acesso a documentos administrativos.

Pode impor-se, por exemplo, uma *revelação parcial*, ou então uma relação apenas *do essencial*, por forma a assegurar o respeito pelo núcleo essencial do direito do autor.

2. A acção de informação pessoal como acção declarativa e a eventual consagração da possibilidade de suprimento do consentimento para a realização de testes de ADN

A *acção comum declarativa* pode servir para formular pedido ou pedidos, dirigidos a quem se considerar necessário, com o objetivo de efectivar o *direito ao conhecimento das origens genéticas*^{970/971}.

Poderá, assim, por exemplo, dirigir-se um pedido contra pessoas colectivas públicas ou privadas, no sentido de serem estas condenadas a facultar informação que detiverem e que possa ser útil ou adequada a lograr o conhecimento, pelo autor, das suas origens biológicas, como, por exemplo, inteirar-se das circunstâncias em que foi gerado e criado (na esteira do referido *Case of Gaskin v. The United Kingdom*).

Deve admitir-se, ainda, nos termos gerais, a pluralidade de partes, tanto do lado ativo, quanto do lado passivo, o que pode ser particularmente importante quando está em causa o acesso a informação detida por instituições de por várias pessoas, que, por exemplo, ali viveram na mesma época, como acontece com situações de irmãos concomitantemente acolhidos. A possibilidade do litisconsórcio passivo pode, também, ter muito interesse nas situações em que a informação a facultar se encontra repartida por várias instituições privadas (de acolhimento) e serviços públicos de acção social.

Também é de admitir um pedido dirigido a pessoa singular (ou pessoas singulares), por exemplo um familiar ou um conhecido do autor, como forma de ser obtido dessa(s) pessoa(s), em contexto judicial,

⁹⁷⁰ No sentido da utilização, nesta matéria, da acção declarativa, v. MARQUES, J. P. Remédio, "O regime jurídico (...)", *ob. cit.*, p. 49.

⁹⁷¹ Alguma doutrina inclina-se para a defesa da consagração legal de um mecanismo processual especial. LEONOR RUIZ refere a falta de uniformidade na formulação dos pedidos de acesso às origens genéticas, umas vezes dirigidos aos tribunais, outras às entidades administrativas ou aos serviços registais (RUIZ, Leonor, "Limites (...)", *ob. cit.*, p. 824 e 825). Segundo a Autora, no caso das pretensões dirigidas a entidades administrativas, a recusa de fornecimento da informação solicitada, surge muitas vezes fundada no respeito pelas regras de segredo e confidencialidade que rodeiam o procedimento de adopção (IDEM).

informação relevante que permita àquele dar os passos subsequentes (incluindo através da via judicial) para, por exemplo, investigar uma paternidade ou maternidade.

Relativamente à possibilidade de se intentar uma *acção de informação pessoal* contra pessoa concreta com objetivo de dela receber informação relevante para o acesso às origens genéticas, poder-se-ia contrapor tal utilização dizendo-se que, estando em causa, muitas vezes, informação verbal não vertida para documentos (por exemplo, nos casos em que os beneficiários recorreram a um “dador privado” de gâmetas, do qual não ficaram quaisquer registos documentais), a acção poderia ser inútil, por não ser possível obrigar, coercivamente, ninguém a contar a verdade.

Porém, a questão não é aqui diferente de qualquer outro processo, em que a prova seja essencialmente, ou mesmo exclusivamente, testemunhal ou baseada em declarações ou depoimentos de parte.

No processo civil vigora um *princípio de cooperação*, já analisado, cuja violação tem consequências.

É certo que, no caso de incumprimento dessas imposições, no limite, o resultado da acção pode não ser o que o autor tinha em mente. Porém, esse facto não deve levar-nos, pensamos, a afastar a possibilidade da utilização da *acção de informação pessoal* para se tentar lograr o resultado pretendido, pois a disponibilização desse meio corresponde a mais um importante esforço que o sistema faz no sentido de assegurar a realização do direito fundamental.

Ademais, é de ponderar a relevância de se permitir, no direito português, o suprimento do consentimento para a realização dos exames de ADN, na esteira da *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft* alemã, passando, então, a poder utilizar-se o mecanismo processual previsto nos artigos 1000.º e 1001.º do Código de Processo Civil para o efeito.

Para o efeito, teria de consagrar-se, no direito substantivo, a possibilidade de suprimento do consentimento, nesses casos⁹⁷².

Não obstante, devem equacionar-se as distâncias culturais e sociológicas, pois tem de evitar-se o risco de tal mecanismo ser fortemente perturbador da estabilidade familiar, sobretudo em sistemas de tradição latina.

3. Ponto sensível: a *interesse em agir* e a protecção da organização familiar

Como vimos *supra*⁹⁷³, a *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, Vom 26. März 2008* (Lei sobre a clarificação da paternidade fora de um processo de impugnação, de 26 de Março de 2008) instituiu uma acção destinada ao *suprimento do consentimento* para a recolha de amostra biológica destinada à clarificação da paternidade.

SCHWAB, que concorda com a *acção de informação pessoal*, critica, todavia os termos em que aquela acção foi configurada, tendo em conta que se permite a propositura de acção para esclarecimento da ascendência, a

⁹⁷² Em caso de consagração de um meio processual especial para a *acção de informação pessoal*, deveria ser-lhe atribuída uma *configuração complexa*, admitindo pedidos de natureza condenatória, mas, também, pedidos de *suprimento de consentimento* para a realização de exames de natureza genética, na esteira do direito alemão. Quando se tratasse de acção na modalidade de suprimento do consentimento para a realização de testes genéticos, o pedido seria improcedente sempre que, em face do alegado e provado pelas partes e das prudentes averiguações feitas pelo tribunal, a realização dos testes e a revelação do respectivo resultado pudessem causar dano ao bem-estar da criança. Na modalidade de acção declarativa condenatória, o pedido poderia ser dirigido a pessoas colectivas públicas ou privadas, no sentido de serem esta condenadas a facultar informação que detivesse e que pudesse ser útil ou adequada a lograr o conhecimento, pelo autor, das suas origens biológicas, como, por exemplo, inteirar-se das circunstâncias em que um indivíduo foi gerado e criado (na esteira do referido *Case of Gaskin v. The United Kingdom*).

⁹⁷³ Cap. IV § 1, 1.2.3.

qualquer momento, e sem pistas concretas, no que constitui uma desprotecção da família e uma jurisdicionalização da vida familiar⁹⁷⁴.

Estas observações do Autor alemão, levantam, nesta sede, duas questões importantes.

A primeira diz respeito às cautelas que, por vezes, é necessário assegurar, quando se fala em procura da verdade biológica, a fim de se protegerem os núcleos familiares estabelecidos.

Estas preocupações já existem, no direito português, como GUILHERME DE OLIVEIRA faz notar⁹⁷⁵, por exemplo, quando, no regime da impugnação da paternidade presumida do marido da mãe se estabelece que ao terceiro que se declarar pai do filho carece legitimidade directa para impugnar o vínculo, impondo-se o crivo da intervenção do Ministério Público e da apreciação da viabilidade, pelo tribunal, do pedido⁹⁷⁶.

O TEDH já revelou semelhantes preocupações, por exemplo, no *Case of M.B. v. The United Kingdom*, de 6 de Abril de 1994⁹⁷⁷. Nesse caso, o presumível pai biológico do requerente contava que a mãe da criança, com quem tinha um caso extra-conjugal, se separaria do marido (e pai legal), e iria morar com ele, o que não aconteceu. Finda a relação extraconjugal e após o nascimento da criança, a mãe recusou-se a celebrar um acordo de responsabilidade parental com o presumível pai biológico. O Tribunal do Reino Unido decidiu que não devia ser ordenado nenhum teste para determinar a paternidade, com o fundamento de que o requerente nunca tinha visto a criança e tendo em conta que já se havia extinta a relação extraconjugal, pelo que seria injusto expor uma criança ao risco de perda da presunção de legitimidade. O Tribunal de Estrasburgo, rejeitou a queixa, por entender que a *segurança jurídica* e a *protecção das relações familiares*

⁹⁷⁴ SCHWAB, Dieter, "Abstammungsklärung – leicht gemacht. Oder: Neuer Dialog in der Familie", in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Nr. 1, 2008, S. 23–27.

⁹⁷⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, "Protecção da família (...)", *ob. cit.*, pp. 5-15.

⁹⁷⁶ Cfr. artigos 1841.º e 1842.º do Código Civil.

⁹⁷⁷ Acórdão do TEDH de 6 de Abril de 1994, *Case of M.B. v. The United Kingdom*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

permitted aos Estados aplicar uma presunção geral de paternidade marital e exigir uma *justa causa*, antes de se permitir que a presunção seja perturbada⁹⁷⁸.

A segunda diz respeito a um problema crucial que deve ser considerado em matéria de *acção de informação pessoal*: a necessidade de se verificar preenchido o pressuposto processual do *interesse em agir*, sob pena de, tal não acontecendo, a acção poder ter efeitos nefastos, que podem suplantar as vantagens que deve encerrar.

LUÍS MIGUEL MESQUITA, no seu ensino oral e escrito, explica que “*não existe interesse processual quando o efeito que o autor pretende alcançar é objectivamente, ou seja, aos olhos do tribunal, inútil ou desnecessário*”, esclarecendo que, “*por detrás da situação de incerteza objectiva e grave tem de estar sempre um litígio entre o autor e o réu, pois a função dos juízes é dirigida à resolução de conflitos de interesses*”⁹⁷⁹. Este pressuposto processual do *interesse em agir* não está previsto no Código de Processo Civil, mas isso não é problema, pois como lembra LUÍS MIGUEL MESQUITA, “*não sendo taxativa a lista das excepções dilatórias (artigos 278º e 577º), é perfeitamente possível aceitar pressupostos processuais fora do «catálogo»*”^{980/981}.

A jurisprudência reconhece, sem dificuldades, o pressuposto processual em causa.

Por exemplo, nos Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01/19/2017⁹⁸², refere-se que “*o interesse em agir (...) consiste na necessidade*

⁹⁷⁸ Analisando o caso, v. BLAUWHOFF, Richard, “Tracing down (...)”, *ob. cit.*, pp. 105–106.

⁹⁷⁹ MESQUITA, Luís Miguel, 2.ª *Lição de Direito Processual Civil I*, disponibilizada aos alunos do 3.º ano da FDUC, 2020, pp. 54-55.

⁹⁸⁰ IDEM, p. 54.

⁹⁸¹ O Código de Processo nos Tribunais Administrativos prevê o pressuposto processual, no artigo 39º, para as acções de simples apreciação: “*Os pedidos de simples apreciação podem ser deduzidos por quem invoque utilidade ou vantagem imediata, para si, na declaração judicial pretendida, designadamente por existir uma situação de incerteza, de ilegítima afirmação por parte da Administração, da existência de determinada situação jurídica, ou o fundado receio de que a Administração possa vir a adoptar uma conduta lesiva, fundada numa avaliação incorrecta da situação jurídica existente*”

⁹⁸² Proferido no Proc. n.º 3583/16.OT8SNT.L1-2, disponível em www.dgsi.pt.

de recorrer ao processo”, pois o “CPC estrutura a acção judicial – qualquer acção - na base de um conflito de interesses, e este evidencia-se numa acção de simples apreciação positiva, perante a configuração pelo seu autor, através de factos, de uma atitude do réu que implique colocar em dúvida o seu direito ou a consistência do mesmo, e implicando para esse direito, um grave e objectivo estado de incerteza que possa comprometer o valor ou negociabilidade da própria relação jurídica; e numa acção de condenação, na configuração pelo seu autor, igualmente através de factos, de comportamentos do réu que impliquem a violação pelo mesmo daquele direito, ou a ameaça dessa violação”. Assim, segundo o aresto “quando o autor não configura, através dos factos que articula, a existência de um conflito de interesses com o réu, não existirá da sua parte interesse em agir”⁹⁸³.

O Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 05/09/2018⁹⁸⁴, também considera que *“só se pode afirmar que há interesse processual quando a situação de incerteza, ou de dúvida, acerca da existência, ou não, de um direito ou de um facto, contra os quais o autor pretende reagir através da acção de simples apreciação, reunir objetividade e gravidade”⁹⁸⁵.*

A doutrina também já reconhece, há muito, este pressuposto processual.

MANUEL DE ANDRADE refere que o interesse em agir consiste em estar *“o direito do demandante carecido de tutela judicial; é o interesse de utilizar a arma judiciária - em recorrer ao processo”⁹⁸⁶.*

⁹⁸³ IDEM.

⁹⁸⁴ Proferido no Proc. n.º 673/13.4TTLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt

⁹⁸⁵ No Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 28/02/2019 (Proc. n.º 3504/16.0T8BRG.G1), disponível em www.dgsi.pt refere-se que *“o recurso à via judicial, através “de ação declarativa com processo comum, tem como finalidade dirimir conflitos entre particulares quando haja necessidade que o tribunal decida da questão submetida a juízo. Esta necessidade processual circunscreve-se ao chamado interesse processual ou interesse em agir, definido como sendo a necessidade de usar do processo, de instaurar ou fazer prosseguir a ação, quando o autor se encontra em situação de carência que o faça necessitar de recorrer aos tribunais. O interesse em agir constitui assim pressuposto de natureza processual, e traduz-se na necessidade, objetivamente justificada, de recorrer à ação judicial para satisfação de um direito em relação a cuja existência existe incerteza objectiva e grave”.*

⁹⁸⁶ ANDRADE, Manuel, *Noções Elementares do Processo Civil*, 1979, p. 79.

Para ANTUNES VARELA, “a pessoa pode ser o titular incontestável de certo direito e, nessa condição, ser parte legítima para discutir em juízo a validade ou o conteúdo da relação constituída, mas carecer de interesse em agir se, por exemplo, ninguém contestar a existência de tal direito”⁹⁸⁷. Para o Autor, “o interesse processual consiste na necessidade de usar do processo, de instaurar e fazer prosseguir a acção. Chamam-lhe os autores italianos interesse em agir e dá-lhe a doutrina germânica, com maior propriedade, o nome de necessidade de tutela judiciária (Rechtsschutzbedürfnis). O autor tem interesse processual, quando a situação de carência, em que se encontre, necessite da intervenção dos tribunais”^{988/989}.

Para ANSELMO DE CASTRO, o *interesse em agir* apresenta-se como um interesse instrumental em relação ao interesse substancial primário, pressupondo “a lesão de tal interesse e a idoneidade da providência requerida para a sua reintegração ou tanto quanto possível integral satisfação”⁹⁹⁰.

TEIXEIRA DE SOUSA refere que o interesse em agir pode também ser definido “como o interesse da parte activa em obter a tutela judicial de uma situação subjectiva através de um determinado meio processual, e o correspondente interesse da parte passiva em impedir a concessão daquela tutela”⁹⁹¹.

OTHMAR JAUERNIG, por sua vez, faz notar que “a concessão da protecção jurídica judicial não depende apenas da existência dum direito substantivo. Outrossim um interessado substantivamente não pode recorrer ao tribunal inútil ou deslealmente ou aproveitar-se dum processo judicial para alcançar

⁹⁸⁷ VARELA, João de Matos Antunes / BEZERRA, J. Miguel / SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1985, p. 132.

⁹⁸⁸ IDEM, pp. 179-180.

⁹⁸⁹ Refere, ainda, ANTUNES VARELA, que, em função da necessidade de ver preenchido este pressuposto processual, para exercer o direito de acção, ao autor não bastará “a necessidade de satisfazer um mero capricho (de vindicta sobre o réu) ou o puro interesse subjetivo (moral, científico ou académico) de obter um pronunciamento judicial” (VARELA, João de Matos Antunes / BEZERRA, J. Miguel / SAMPAIO E NORA, *Manual (...)*, *ob. cit.*, p. 181).

⁹⁹⁰ CASTRO, Anselmo de, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. II, 1982, p. 253.

⁹⁹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, O Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, 1995, p. 97.

fim processualmente impróprio e por conseguinte indigno de protecção”, por isso, deve existir, em geral, um interesse na protecção jurídica (necessidade de protecção jurídica) do direito invocado, demandado agora e desta maneira. O interesse na protecção jurídica é um pressuposto processual (não pertence, portanto, ao mérito da acção)^{992/993}.

Também LEBRE DE FREITAS refere que é exigível um interesse sério para o recurso a juízo, o qual, inexistindo, inexistente o pressuposto processual do interesse em agir, que tem como consequência a absolvição mediata do Réu da instância⁹⁹⁴.

Na mesma linha, para REMÉDIO MARQUES “*a exigência da verificação do interesse processual contribui para retirar dos tribunais os litígios cuja resolução por via judicial não é indispensável nem necessária, e serve de freio, pois previne a dedução precipitada ou não reflectida de acções*”⁹⁹⁵.

Colhidos estes ensinamentos, e vertendo-os para o tema que nos ocupa, consideramos essencial, na *acção de informação pessoal*, que se procure evitar o desvirtuamento da mesma, não permitindo que a figura seja utilizada em termos desviantes, com potencial perigo para outros valores, como sejam a referida protecção de uma importante e defensável estabilidade familiar.

O mecanismo processual não deve poder ser utilizado quando em causa está um *puro capricho*, um quadro de vingança pessoal, ou qualquer outra situação reveladora da *desnecessidade de tutela judiciária*, ou da *ausência de carência de tutela*⁹⁹⁶.

Sendo certo que pode não ser fácil ao tribunal realizar esse juízo, deve ser negado o *interesse em agir* para a *acção de informação pessoal* ao autor ou autores que se apresentam em juízo denotando não se situar a sua

⁹⁹² JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, trad. F. Silveira Ramos, 2002 Almedina, p. 195.

⁹⁹³ Assim, segundo o Autor, faltando o pressuposto, a acção é rejeitada por inadmissível.

⁹⁹⁴ FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, Coimbra Editora, 2ª ed., p. 339.

⁹⁹⁵ MARQUES, J. P. Remédio, *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2009, p. 394.

⁹⁹⁶ No mesmo sentido, v. MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, pp. 48-49.

pretensão num cenário de *incerteza relevante*, ou não carecer o caso relatado em juízo de tutela jurisdicional.

Assim, antes, por exemplo, de suprir o consentimento de uma das partes para a realização de exames de ADN⁹⁹⁷, ou de determinar diligências que interfiram com a *reserva sobre a intimidade da vida privada* dos envolvidos, o tribunal deve estar convencido de que em causa está, de acordo com um critério de objectividade e de *experiência comum*, a necessidade de tutela séria de pretensões ligadas ao *direito ao conhecimento das origens genéticas*.

Só assim se previnem, pensamos, os potenciais efeitos negativos do referido meio processual, para os quais a doutrina alemã, sabiamente, alerta, como vimos.

⁹⁹⁷ Caso tal possibilidade venha a ser consagrada legalmente.

§ 3 – A PMA heteróloga e a solução do anonimato do dador do material biológico

1. A falência da perspectiva tradicional em torno da defesa do anonimato na PMA

Desde cedo, a PMA heteróloga foi considerada essencial em matéria de tratamento de infertilidade, não obstante os problemas éticos que colocava⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ Cfr., para uma perspectiva do tema, ao longo do tempo: CARNEIRO, Nelson, “Os Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial e a Disciplina Jurídica dos Bancos de Esperma”, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, ano IV, n.º 7, Julho de 1985, pp. 241-250; MORO ALMARAZ, M. J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, 1988; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*, Editorial Civitas, 1988; FERREIRA, João Pratas, “Procriação Artificial Humana. Perspectiva médica. Situação em Portugal”, in *Revista Jurídica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 11 e 12, 1989, pp. 39-51; ARCHER, Luís, “Procriação Artificial – Reflexão sobre pessoas e coisas”, in *Revista Jurídica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 13 e 14, 1990, pp. 191-193; BLASCO GASCÓ, Francisco de P., “La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, in *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo XLIV, fascículo II, Abril/Junho 1991, pp. 697-718; RAPOSO, Mário, “A Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1991, pp. 89-119; GIL RODRIGUEZ, Jacinto, “La reproducción humana asistida como acto medico y el fundamento del anonimato”, in *Boletín de Información*, Madrid, ano 45, n.º 1593, 1991, pp. 1596-1604; SÁ, Eduardo, “Problemas psicológicos da fecundação com esperma de dador”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 41-48; ANDRADE, J. C. Vieira de, “Procriação assistida com dador: o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 49-65; SANTOS, Agostinho Almeida, “Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores”, in *Genética e Pessoa Humana*, 1991, pp. 31-37; CARDOSO, Augusto Lopes, “Procriação Humana Assistida – Alguns aspectos jurídicos”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991, pp. 5-27; DINIS, Joaquim José de Sousa, “Procriação Assistida: Questões Jurídicas”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVIII, tomo IV, 1993, pp. 7-13; PANTALEÓN, Fernando, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n.º 15, 1993, pp.129-160; CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, 1995; COOK, Rebecca J., “Reproductive health law: where next, after Cairo and Beijing”, in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 16, n.º 1, 1997, pp. 169-178; CONSELHO DA EUROPA, *Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo Comparative Study on the Situation in 39 States*, Estrasburgo, 4 de Junho de 1998, disponível em www.coe.int; COSTA, Amélia, *Perspectiva jurídica de um acto de amor: a procriação assistida*, Lisboa, UAL, 2000; ENCARNA ROCA, “Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC 116/1999”, in *Revista Jurídica de Catalunya*,

O principal problema por ela colocado estava ligado à consagração de regras de segredo, e até anonimato, em torno da identidade dos dadores de gâmetas^{999/1000/1001}.

Se as perspectivas iniciais se inclinaram para a necessidade de assentar a PMA heteróloga na regra do anonimato^{1002/1003/1004}, rapidamente, como lembra JOÃO CARLOS LOUREIRO, se iniciou “*um vasto movimento de pessoas que procuram, em nome da identidade pessoal, encontrar as suas*

2000, n.º 2, pp. 413-432; NETO, Margarida, “A fertilidade e infertilidade humanas: a mulher, as técnicas e a ética”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 117-127; NEVES, Maria do Céu Patrão, “A infertilidade e o desejo de procriar: perspectiva filosófica”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 75-97; DINIZ, Debora, / BUGLIONE, Samantha, (eds.), *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do Direito brasileiro*, Letras Livres, Brasília, 2002; GUNNING, Jennifer / SZOKE, Helen, (ed.), *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, Ashgate, 2003; BARBOZA, Helena Heloisa, “Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida”, in *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 153-168; BLYTH, Eric / FARRAND, Abigail, “Anonymity in donor-assisted conception and the UN Convention on the Rights of the Child”, in *The International Journal of Children’s Rights*, 12, 2004, pp. 89-104; ROBERTSON, John A., “Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction”, in *American Journal of Law & Medicine*, vol. 30, 2004, pp. 7-40; FREITAS, Natacha, “The rights of the child and bioethical issues in the medically assisted procreation”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, Março 2004, Porto, 2004, pp. 165-191; PETRACO, Álvaro / BADALOTTI, Mariangela / ARENT, Adriana, “Bioética e reprodução assistida”, in *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 1-15; FERNANDES, Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica*, Renovar, 2005.

⁹⁹⁹ Cfr. MELO, Helena, “Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas”, in Nunes, Rui / Melo, Helena, (coord.) *Genética e reprodução humana*, Gráfica de Coimbra, 2000, pp. 159 e ss..

¹⁰⁰⁰ A lei não limita o número de ciclos de tratamento que podem ser levados a cabo com o esperma de um mesmo dador. A questão é relevante, na medida em que uma limitação legal poderia reduzir as hipóteses de futuros casos de consanguinidade. Já em 1991 GUILHERME DE OLIVEIRA alertava para a importância da questão (OLIVEIRA, Guilherme de, “Procriação com Dador. Tópicos para uma Intervenção”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, p. 37. A solução de não consagração, entre nós, de tal limitação é criticada, como vimos, por REMÉDIO MARQUES (MARQUES, J. P. Remédio, “O regime jurídico (...)”, *ob. cit.*, pp. 37-38).

¹⁰⁰¹ Analisando o problema do anonimato na PMA, v. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, *ob. cit.*, pp. 792-812.

¹⁰⁰² Sobre os clássicos fundamentos do anonimato, v. GIL RODRIGUEZ, Jacinto, “La reproducción (...)”, *ob. cit.*, pp. 1596-1604.

¹⁰⁰³ Sobre a perspectiva inicial em torno do anonimato, v., também, OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios Jurídicos (...)”, *ob. cit.*, pp. 278-279.

¹⁰⁰⁴ ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 31.

raízes, constituindo grupos de apoio e comunidades, potencializadas pelo ciberespaço^{1005/1006/1007}.

GUILHERME DE OLIVEIRA, referindo a forma como a doutrina foi acompanhando os ventos pró-abolição do anonimato, indica, como momento determinante, em Portugal, desse percurso, o Parecer do 90/CNECV/2016, que se manifestou no sentido de que *“devem estar consagrados em lei mecanismos para proporcionar informação sobre a origem parental”*^{1008/1009}.

Não pode esquecer-se, porém, que, numa perspectiva internacional, uma solução de *não anonimato* teve, desde cedo defensores, e até consagração legal, como veremos.

¹⁰⁰⁵ LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai (...)”, *ob. cit.*, p. 5. Refere o Autor, que *“já não se trata da questão clássica, glosada pela literatura, da procura de um pai ou de uma mãe - na grande maioria dos casos, está resolvida -, mas de saber quem está por detrás da dação de gâmetas - tradicionalmente, esperma, mais recentemente ovócitos”* (IDEM).

¹⁰⁰⁶ Sobre a importância da *self-identity*, v. ALLAN, Sonia, *Report on the Review of the Assisted Reproductive Treatment Act 1988 (SA)*, South Australian Government, 2017, pp. 107-109. Escreve a Autora que *“a auto-identidade envolve o “quem sou eu?”, pergunta que muitas pessoas fazem em vários estágios de suas vidas. Na infância, podem incluir-se questões como “de onde eu venho”. Na adolescência, podem ser questionados como se desenvolve um sentido de identidade individual. Na idade adulta, à medida que os relacionamentos são formados, o casamento ocorre e os filhos e netos nascem, as questões tornam-se relevantes em um sentido intergeracional, dando uma imagem mais ampla de quem é uma pessoa e sua identidade dentro e através das gerações”* (cfr. *ob. e loc. cit.*).

¹⁰⁰⁷ A informação sobre as origens genéticas permite ao indivíduo encontrar *“fiáveis pontos de referência de natureza genética, somática, afectiva ou fisiológica - coisas tão simples como saber a quem se deve a estatura baixa, a cor do cabelo, o carácter extrovertido ou a predisposição para a demência senil”* (RUIZ, Leonor, “Limites al secreto en la adopción”, in “Osservatorio sull’Europa - Família - parte I”, 2005, p. 820).

¹⁰⁰⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, “Estudos de direito da família: 4 movimentos em direito da família”, Almedina, 2020, pp. 29-30.

¹⁰⁰⁹ No contexto mais vasto do que o da PMA heteróloga, assistiu-se, no Século XX, sobretudo nos EUA, a um movimento sem precedentes em torno da defesa do direito ao (conhecimento do) passado, discussão inicialmente centrada na posição do adoptado relativamente aos progenitores biológicos (OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério (...)*, *ob. cit.*, pp. 473 e ss..

Acresce que é hoje considerado, com grande consenso, que enfraqueceram os argumentos tradicionalmente invocados para defender o regime do anonimato^{1010/1011/1012}.

Durante muito tempo, entendeu-se que o anonimato teria a vantagem de facilitar a obtenção de gâmetas e de evitar a criação de problemas adicionais, num domínio (o da PMA) em que os problemas já eram abundantes.

Na síntese de JOÃO CARLOS LOUREIRO, assegurava-se a *“a intimidade e a paz familiares, bem como a garantia da disponibilidade de gâmetas”*¹⁰¹³.

As regras de segredo evitariam, ainda, o surgimento de um novo problema para a pessoa gerada – a dúvida sobre a sua identidade pessoal – e permitiriam ocultar a infertilidade do casal.

Ou seja, a PMA heteróloga procurava, na sua primeira fase, *“imitar, por ocultação”*, a PMA homóloga¹⁰¹⁴, à semelhança do que acontecia na adopção, que procurava copiar a família biológica e, por isso, como forma de assegurar que a criança adoptada era inserida na nova família como se fosse biologicamente sua, assentava numa regra de segredo relativamente à identidade dos progenitores biológicos.

Por outro lado, argumentava-se que a própria reprodução não medicamente assistida levava ao surgimento de seres humanos que não conhecem todo o seu historial biológico, como acontece no caso das famílias monoparentais, ou nos casos de parentesco incorrectamente atribuído.

Porém, foi crescendo o entendimento de que esta perspectiva tradicional tinha os seus alicerces em concepções estigmatizantes e redutoras, o que foi ganhando força à medida que a Ciência foi descobrindo, a propósito das pretensões individuais de conhecimento das próprias

¹⁰¹⁰ Sobre o ponto, cfr. LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai (...)”, *ob. cit.*, p. 11.

¹⁰¹¹ Passou antes a considerar-se *“que não é bom que uma relação de filiação se sustente numa mentira, num segredo ou numa ocultação”* (PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família (...)*, *ob. cit.*, p. 177).

¹⁰¹² ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 31.

¹⁰¹³ LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai (...)”, *ob. cit.*, p. 11.

¹⁰¹⁴ IDEM.

origens, que a negação do acesso à história pessoal tem, na generalidade das situações, consequências mais nefastas do que qualquer potencial vexame resultante da circunstância de se ter nascido numa família com problemas de fertilidade¹⁰¹⁵.

Lembra SALVATORE PATTI que *“as dúvidas acerca das próprias origens, que por vezes surgem numa certa fase da vida, em geral durante a puberdade, podem acarretar graves consequências no equilíbrio físico-psicológico e na evolução da personalidade”*¹⁰¹⁶, de tal forma que se instalou um verdadeiro *tempo da verdade* em matéria de direito das pessoas¹⁰¹⁷.

Entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO refere que *“um ser que nasce sem história, a partir de gâmetas anónimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado”*¹⁰¹⁸.

Por outro lado, a disponibilidade de testes “caseiros”, muitas vezes comprados *online*, fez diminuir a crença na possibilidade de a PMA heteróloga continuar, em clima de pacificação sociológica, a assentar numa regra de segredo, tal como se previra inicialmente.

Passou a ser demasiado fácil aos interessados descobrir, com grande reserva e sem alarde social, se existia ou não uma ligação biológica com os progenitores declarados legalmente, pelo que as regras absolutas de anonimato começaram a correr um sério risco de perderem eficácia, na vertente da sua suposta intenção de proteger o núcleo familiar estabelecido.

O clima jurídico de reclamação dos direitos individuais também ajudou a quebrar barreiras, nesta matéria, na medida em que os interessados passaram a ter maior consciência da panóplia de instrumentos

¹⁰¹⁵ Os problemas sociais e psicológicos da ocultação da ancestralidade passaram a ter reconhecimento inequívoco (MALTA, João, “Procriação (...)”, *ob. cit.*, p. 125).

¹⁰¹⁶ PATTI, Salvatore, “Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche”, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milão, ano 16, n.º 3-4, 1987, p. 1316.

¹⁰¹⁷ PATTI, Salvatore, “Verità e stato giuridico della persona”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano 34, n.º 2, 1988, I, pp. 231-247.

¹⁰¹⁸ ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 33.

que o Direito oferecia para proteger as suas pretensões, incluindo a vontade de conhecimento das suas origens.

A força jurídica expansiva do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, erigido à categoria de direito fundamental, como vimos, foi criando um movimento crescente, tendente a abolir as soluções de anonimato, sendo certo que, à medida que algumas legislações foram abrindo o regime, chegou-se à conclusão de que a diminuição de dadores não era drástica¹⁰¹⁹, tendo-se antes assistido a uma mudança do perfil do dador^{1020/1021/1022}.

2. Várias perspectivas legais para o anonimato ou a sua abolição

O tratamento jurídico da questão do anonimato do dador do material biológico utilizado na PMA foi, desde o início, um ponto controverso. Em 1988, o Conselho da Europa, através do seu Comité *ad hoc* de peritos em ciências biomédicas, defendia o princípio do anonimato, admitindo, porém, que os Estados legislassem no sentido de permitir o acesso, pelas pessoas geradas com recurso à PMA, a essa informação.

Uma Resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, de 16 de março de 1989, determinou aos Estados o respeito pelo direito da pessoa gerada com recurso a essas técnicas a conhecer a sua

¹⁰¹⁹ Pelo que a expressão “*sem segredo não há dadores*” não se confirmava (MALTA, João, “Procriação (...)”, *ob. cit.*, p. 125).

¹⁰²⁰ Como lembra JOÃO CARLOS LOUREIRO, a diminuição de dadores foi sendo afastada com a alteração do seu perfil, como a experiência do Reino Unido demonstrou: com mais de trinta anos e uma percentagem significativa com filhos (LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai (...)”, *ob. cit.*, p. 12).

¹⁰²¹ No sentido de ter perdido força “*a justificação utilitarista do decréscimo do número de dadores*” em consequência do receio de revelação da sua identidade, v. SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 97).

¹⁰²² Para uma análise dos aspectos psicológicos em torno da dádiva, v. HUGUET, Ángela Torrents, “Aspectos psicosociales de las gestantes y los/las donantes de gametos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 768-771.

origem genética, nos mesmos termos em que tal direito do adoptado fosse tutelado.

A verdade é que as opções dos vários Estados foram, também aqui, díspares, não sendo possível falar de princípios consensuais na intervenção inicial regulatória.

JOÃO CARLOS LOUREIRO apresenta-nos uma síntese dos modelos de tratamento da questão do anonimato dos dadores de gâmetas na PMA^{1023/1024}:

a) Modelo de *anonimato absoluto*, ou modelo Francês, que não admite excepções à regra de segredo relativamente à identidade civil dos dadores;

b) Modelo do *anonimato mitigado*, que correspondia, por exemplo, à solução portuguesa, anterior ao Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, e ao regime espanhol, e que faz depender o levantamento do anonimato da comprovação, normalmente por via jurisdicional, da existência de “razões ponderosas”, “perigo certo para a vida ou saúde”, ou do preenchimento de cláusulas equivalentes¹⁰²⁵;

c) Modelo do direito, *prima facie*, ao conhecimento da ascendência genética, que defendemos, e que apenas admite que, excepcionalmente, em face das circunstâncias do caso, e em adjudicação a outros valores preponderantes, não seja revelada a identidade civil do dador;

d) Modelo consagrador do direito ao conhecimento, *sem reservas*, da identidade do dador (modelo sueco e do Reino Unido);

e) Modelos de *dupla via*, ou *double track systems*, em que os beneficiários (mas não, logicamente, as pessoas nascidas na sequência da aplicação de técnicas heterólogas) podem escolher entre anonimato e

¹⁰²³ LOUREIRO, João Carlos, “Quis Saber (...)”, *ob. cit.*, pp. 79-81.

¹⁰²⁴ Cfr, também, STANZIONE, Maria Gabriella, “Nascimento (...)”, *ob. cit.*, pp. 102-105.

¹⁰²⁵ Sendo certo que a utilização deste tipo de conceitos indeterminados é criticada por alguma doutrina, que neles vê uma abertura para o arbítrio judicial (ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 32). Pensamos, porém, que o risco, aqui, não é maior do que noutras situações em que se utilizam conceitos abertos (os quais, aliás, o sistema jurídico não pode dispensar).

identificação do dador (modelo da Dinamarca e Islândia, tendo já vigorado nos Países Baixos)¹⁰²⁶;

A Suécia foi o primeiro país do mundo a proibir totalmente o anonimato dos doadores, através da *Lag om insemination* (Lei sobre inseminação) de 1984. Esta lei veio impor a revelação de informações às pessoas concebidas por recurso a gâmetas doados, através do acesso aos registos mantidos na clínica em que a concepção ocorreu. A opção legislativa resultou de uma extensa investigação de uma Comissão criada em 1983, que considerou ser primordial salvaguardar as necessidades e interesses das crianças nascidas na sequência das técnicas da PMA, sobretudo considerando as experiências de filhos adoptivos¹⁰²⁷.

Nos Países Baixos, vigorou, entre 1990 e 2004, um sistema de *dupla via*, podendo os beneficiários escolher entre doadores anónimos (doadores A) e doadores que poderiam ser identificados se a criança solicitasse informações de identificação sobre eles (doadores B).

A opinião pública foi-se revelando cada vez mais crítica do regime e favorável à abolição do anonimato. Ao mesmo tempo, geravam-se alguns receios sobre a potencial diminuição de dadores, que não veio a confirmar-se. Em 2001, foi apresentado um projecto de alteração da lei no parlamento neerlandês, que acabaria aprovado por larga maioria, em 2002. A lei entrou em vigor em Junho de 2004 (*Artificial Insemination (donor information) Act*), e por força dela, a criança gerada com recurso à PMA pode, após ter atingido

¹⁰²⁶ Neste modelo, quando os beneficiários se dirigem à clínica, escolhem material biológico proveniente de um de dois tipos de dadores: dadores que exigiram ficar anónimos ou dadores que aceitam revelar a sua identidade

¹⁰²⁷ ALLAN, Sonia, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, 2016, Routledge, pp. 78-84.

os 16 anos de idade, aceder aos dados (ou seja, o nome e a morada) que lhe permitam identificar o dador^{1028/1029}.

Na Noruega, a lei consagrou o anonimato do doador entre 1994 e 2003, mas o debate público levou à alteração da lei em 2003, passando a prever-se o direito de qualquer pessoa que nasça em resultado da PMA heteróloga a obter informações sobre a identidade do doador aos 18 anos¹⁰³⁰.

Em meados da década de 80, foi criada no Reino Unido uma comissão destinada a enquadrar juridicamente a PMA, presidida por Mary Warnock, que elaborou um relatório sobre o assunto que ficou famoso (*“Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology”*).

Relativamente aos casos de dádiva de esperma, óvulos, embriões ou disponibilização de útero, defendia que *“o anonimato protege todas as partes, não só de complicações legais, como também de dificuldades emocionais”*, recomendando que *“como boa prática, qualquer dação de gâmetas para tratamento de fertilidade deve ser desconhecida para o casal, antes, durante e depois do tratamento, e igualmente o terceiro [dador] deve desconhecer o casal beneficiário”*. Entendia, porém, que ao atingir a idade de 18 anos, o filho devia ter acesso a informação básica sobre a origem étnica

¹⁰²⁸ ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...)*, ob. cit., pp. 106-112.

¹⁰²⁹ Note-se que, nos Países Baixos, a discussão em torno do direito ao conhecimento das origens genéticas teve um marco importante no Acórdão *Valkenhorst*, de 15 de Abril de 1994, do Supremo Tribunal holandês (*“Hoge Raad der Nederlanden”*), que reconheceu o direito da criança a conhecer a identidade dos pais biológicos. *Valkenhorst* era a designação de uma fundação de caridade situada em Breda, que havia sucedido a uma antiga clínica católica (*Moederheil*) que acolhia mães solteiras e que, ao longo dos anos 20 e 30 do século passado, acolhera inúmeras crianças. No final da década de 80, algumas dessas pessoas quiseram obter informações constantes dos respectivos arquivos pessoais e no caso *Valkenhorst II*, o primeiro a chegar ao Supremo Tribunal e que deu origem ao referido acórdão de 1994, requeria-se, mais do que a alteração do estatuto pessoal legal, o acesso à informação sobre a ascendência genética, tendo o Tribunal acolhido a pretensão com fundamento num “direito de personalidade” que nem estava expressamente consagrado na Constituição.

¹⁰³⁰ ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...)*, ob. cit., pp. 112-113.

do dador, bem como dados genéticos, nos termos em que a legislação (não retroactiva) o definiu¹⁰³¹.

Estas concepções acabariam por ser consagradas no *HFEAct*, de 1990, que, desde logo, impôs à *HFEA* a obrigatoriedade de manter um registo com informações relativas às pessoas beneficiárias de tratamentos, relativas aos dadores (pelo menos o seu nome e data de nascimento) e às crianças concebidas com recurso às técnicas de PMA.

Dispõe, ainda hoje, essa legislação que aquele que atingir a maioridade pode requerer à *HFEA* informações relativas à circunstância de ter sido gerado com recurso às técnicas de PMA, e caso a resposta seja positiva, o requerente pode depois obter apenas aquelas informações que a *HFEA* de acordo com os regulamentos em vigor, esteja obrigada a fornecer, nunca se revelando a identidade dos dadores dos gâmetas ou do embrião se, ao tempo dessa recolha, não pudesse solicitar-se à *HFEA* esse tipo de informação.

Até 2004, o *HFEAct* conjugado com os respectivos regulamentos, impedia a revelação da identidade dos dadores de gâmetas, consagrando ainda outras disposições tendentes a evitar o estabelecimento de vínculos jurídicos entre o sujeito gerado com recurso às técnicas de PMA e os pais biológicos. Assim, no que respeita à maternidade, o artigo 27.º dessa lei determina que a mãe da criança é a mulher responsável pela gestação, ainda que tenha sido nela efectuada implantação de embrião ou óvulo, ou realizada uma inseminação. A excepção verifica-se na *gestação de substituição*, como vimos.

A alteração dos regulamentos em 2004 (na sequência de uma consulta pública iniciada em 2002 e destinada a aferir que tipo de informação deveria ser facultada aos beneficiários), determinou que as pessoas geradas com gâmetas de dador, a partir de 1 de Abril de 2005,

¹⁰³¹ WARNOCK, Dame Mary, *Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology*, July 1984, HMSO, 1984, pp. 15, 24 e 25.

possam, uma vez atingida a maioria, conhecer a identidade do dador. Trata-se, portanto, de uma alteração não retroactiva das regras sobre o anonimato, mais concretamente sobre o tipo de informação a facultar nos casos em que seja formulado um pedido nesse sentido¹⁰³².

Na Finlândia, depois da publicação da *Lei de Tratamentos de Fertilidade Assistida* (1237/2006), que entrou em vigor em 1 de setembro de 2007, qualquer pessoa gerada com recurso a gâmetas de dador pode, aos 18 anos, ter acesso à respectiva identidade¹⁰³³.

A mesma abertura de regime, no sentido da revelação da identidade do dador, pode encontrar-se em países como a Austrália, Finlândia, Croácia, Irlanda, Nova Zelândia, Argentina e Uruguai¹⁰³⁴.

Em face do exposto, não se colocam grandes dúvidas de que se verifica, já há pelo menos duas décadas, em termos globais, uma intensificação das atitudes legislativas dos Estados no sentido da abolição do anonimato, e, na sua maioria, no sentido não retrospectivo, ou seja, salvaguardando o enquadramento estabelecido para as dádivas feitas antes da alteração das regras¹⁰³⁵.

Muitos países que alteram as regras, abolindo o anonimato, apostam na criação de mecanismos de aproximação para os casos anteriores, normalmente através da obtenção do consentimento do dador para a revelação da sua identidade (como é o caso do Reino Unido e dos Países Baixos).

¹⁰³² Sobre a alteração do regime do Reino Unido, v., da nossa autoria, REIS, Rafael Vale e, “Deve abolir-se (...), *ob. cit.*, pp. 165-168.

¹⁰³³ ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...), ob. cit.*, pp. 120-124.

¹⁰³⁴ IDEM, pp. 84-136.

¹⁰³⁵ IDEM, p. 139.

2.1. Os casos particulares da Alemanha e da França

Merece particular atenção o tratamento do anonimato do dador na Alemanha e na França.

No primeiro caso, tratando-se de um regime fortemente tributário, até por razões históricas (do foro jurisprudencial) já referidas, da revelação da identidade do dador, acabava por admitir, em certos casos, a responsabilização do dador de esperma, no que respeita à constituição do vínculo jurídico da paternidade, situação que foi, todavia, alterada recentemente.

No segundo exemplo, importa perceber as razões que levaram, após a discussão pública da matéria, à decisão de manter uma solução forte de anonimato dos dadores, sendo certo que, de acordo com as últimas notícias relativas ao processo legislativo francês, podem, em breve, ser aprovadas alterações profundas nesta matéria.

2.1.1. Modelo Alemão

Na Alemanha a *Embryonenschutzgesetz*, não regula a questão do anonimato do dador, mas a construção que, desde 1989, vem sendo feita a partir das decisões do *Bundesverfassungsgericht*, em torno do *direito ao conhecimento das origens genéticas* é alargada ao problema do conhecimento da identidade do dador de material biológico utilizado na PMA.

Numa decisão de 6 de Fevereiro de 2013, o Tribunal Regional Superior de Hamm, reconheceu o direito de uma mulher, concebida por recurso a esperma de um doador de 21 anos, a aceder à identidade deste, considerando o Tribunal que o interesse da requerente em averiguar a sua ascendência era prevalecente, relativamente aos interesses de não divulgação da informação do dador. O Tribunal considerou, ainda, que um acordo firmado entre uma clínica e os pais, que recorrem às técnicas

heterólogas, para manter o anonimato de um doador de esperma era um contrato ilegal, pois estipulava em detrimento da prole resultante da aplicação da técnica¹⁰³⁶.

Numa decisão importante do *Bundesgerichtshof* de 28 de Janeiro de 2015, foi reconhecido o direito generalizado ao conhecimento da identidade do dador na PMA¹⁰³⁷. O caso dizia respeito a duas irmãs, com idades entre 12 e 17, ambas geradas com esperma de doador. As irmãs recorreram para o Supremo Tribunal depois de uma clínica reprodutiva se ter recusado a fornecer a identidade do pai biológico, com o argumento segundo o qual os pais das meninas haviam renunciado inicialmente ao direito das filhas ao conhecimento da identidade do doador.

Entendeu o Tribunal que: *“a) a criança concebida por meio de inseminação artificial heteróloga tem direito a receber informação sobre a identidade do doador de esperma da clínica em medicina reprodutiva, com base nos princípios da boa fé. O vínculo jurídico especial necessário para esse efeito decorre do contrato de tratamento, que é um contrato com efeito protectivo a favor da criança; b) O direito não exige uma idade mínima da criança [para a obtenção da informação]. Se os pais fizerem esta reclamação como representantes legais da criança, é necessário que as informações sejam solicitadas com o propósito de a informar”*.

Não seja de ser relevante o facto de o *Bundesgerichtshof* apelar à necessidade de ponderação de todos os interesses em jogo, incluindo os respeitantes ao dador, sendo certo que admite a atribuição de um peso diferenciado, via de regra, ao direito da criança a conhecer a identidade do dador, decorrente do seu *direito geral de personalidade*.

Certo é que, na Alemanha sempre se verificou uma relativa incerteza quanto à posição jurídica do dador, o que levou à diminuição do número de dádivas, sobretudo depois de uma decisão do Tribunal Federal de Justiça de

¹⁰³⁶ ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...)*, *ob. cit.*, p. 136.

¹⁰³⁷ BGH, Urteil vom 28 Januar 2015 - XII ZR 201/13, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

1983, que reconheceu ao marido (ou companheiro) da mãe o direito de impugnar a paternidade de uma criança concebida por PMA heteróloga, mesmo nos casos em que aquele tivesse dado o seu consentimento, jurisprudência que a Reforma do direito da família de 1997 (que entrou em vigor no dia 1 de Julho de 1998) não afastou.

Só uma decisão do Tribunal Federal de Justiça de 1995 precisou os termos em que ela devia ser entendida: a) o marido podia revogar unilateralmente o seu consentimento até ao momento da execução da técnica; b) se a técnica de PMA fosse aplicada sem o seu consentimento, a este não poderia ser assacada qualquer responsabilidade; c) caso o marido revogasse o consentimento após a data da realização da intervenção médica, deveria assumir o estatuto de pai perante a mãe e perante a criança.

A *Kinderrechteverbesserungsgesetz*, em 2002, veio introduzir alterações nesta matéria, determinando hoje o §1600 (4) do *BGB* a solução do afastamento da impugnação da paternidade pelo marido ou pela mãe que tenham consentido na técnica, embora o filho continue a poder utilizar o mecanismo impugnatório¹⁰³⁸.

Como a Reforma de 1997 alargou a faculdade que o filho tem de impugnar a paternidade do marido ou companheiro da mãe, uma vez impugnada essa paternidade, em princípio nada o impedia de intentar uma acção pedindo o reconhecimento do dador como seu progenitor.

SCHWAB referia-se expressamente à possibilidade de à impugnação da paternidade que não fosse a biológica poder seguir-se uma investigação dirigida ao dador¹⁰³⁹, solução que já não se verificaria, no que respeita à dádiva de ovócitos (ou embriões, no que respeita ao estabelecimento da

¹⁰³⁸ SCHWAB, D., "Familienrechts", *ob. cit.*, p. 238, Rn. 490.

¹⁰³⁹ *Ob. cit.*, p. 237, Rn. 489. Cfr. ainda PINTENS, W., (ed.), "Family and Sucession Law – Supplement 32 Germany", in "International Encyclopaedia of Laws", Kluwer Law International, p. 75.

correspondente maternidade), devido à especial força da regra «*mater semper certa est*»..., consagrada no § 1591 do *BGB*¹⁰⁴⁰.

Assim, no direito alemão, até à alteração do §1600d do *BGB*, operada em 2017 pela já referida *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen* (Lei que regulamenta o direito ao conhecimento da linhagem no caso de uso heterólogo de sémen), os doadores de esperma podiam ser responsabilizados com a atribuição da paternidade legal¹⁰⁴¹.

Portanto, no direito alemão, antes da referida alteração legal, quanto à paternidade, enquanto produzisse efeitos um vínculo estabelecido em relação ao marido da mãe ou resultante de reconhecimento, nenhuma ligação jurídica se estabelece entre o dador e a pessoa nascida com recurso ao sémen daquele. Porém, não existindo esse vínculo, ou tendo sucesso da impugnação, abria-se o caminho ao reconhecimento judicial, com todas as consequências jurídicas¹⁰⁴².

Porém, como se disse, a *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, de 17 de Julho de 2017, alterou o regime, acrescentando um n.º 4 ao §1600d do *BGB*, que determina que, se a criança foi concebida por meio de inseminação artificial medicamente assistida em instalação de cuidados médicos com utilização de sémen heterólogo, que foi recolhido nos termos previstos na *Lei de Registro de Doadores de Esperma*, o doador de esperma não pode ser considerado legalmente como o pai da criança que vier a nascer.

¹⁰⁴⁰ A propósito dessa norma, refere o Autor que “*Es gibt auch kein Verfahren, mit dem die volle und ausschliessliche Mutterschaft der Gebärenden angezweifelt werden könnte (keine Mutterschaftsanfechtung)*” (*ob. cit.*, p. 237, Rn. 488).

¹⁰⁴¹ Allan, Sonia, *Donor Conception (...)*, *ob. cit.*, p. 138.

¹⁰⁴² *Ob. cit.*, pp. 237-239, Rn. 489-491.

2.1.2. Modelo Francês

Como vimos, a França constitui um exemplo de manutenção do anonimato, não obstante a discussão pública actual em torno do tema¹⁰⁴³.

O anonimato dos dadores de material biológico utilizado na PMA foi instituído, na década de 1970 do Século XX, pela prática médica dos CECOS (*“Centres d'Etude et de Conservation des Oeufs et du Sperme humains”*), mas acabou por ter consagração legal, a partir de 1994, no artigo 16-8 do Código Civil.

O princípio, consagrado também no Código de Saúde Pública, resultou da *loi n.º 94-653 du 29 juillet 1994*, relativa ao respeito pelo corpo humano, bem como da *loi n.º 94-654 du 29 juillet 1994*, relativa à dádiva e uso de elementos e produtos do corpo humano, procriação medicamente assistida e diagnóstico pré-natal.

Assim, consagrou-se o estrito respeito pelo anonimato, tanto do dador, como do casal receptor, em termos tais que o *Code Pénal*, no artigo 511-10, determina que *“le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende”*¹⁰⁴⁴.

A excepção resulta do *Article L. 1244-6 do Code de La Santé Publique* que determina que *“un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur”*, norma de conteúdo idêntico àquela que consta do artigo 16-8 do *Code Civil*, que dispõe que *“aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur*

¹⁰⁴³ ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...)*, *ob. cit.*, pp. 169-171.

¹⁰⁴⁴ Ainda de acordo com o *Code Pénal*, agora nos termos do artigo 511-6, *“le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende”*.

celle du donneur". Completa, afirmando que "*en cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci*"¹⁰⁴⁵.

A questão do anonimato foi, assim, debatida em 1994 quando foram aprovadas as primeiras leis de bioética, e, novamente, em 2004, quando foram revistas. Depois disso, a questão do anonimato da dádiva de gametas foi objeto de um projecto de lei apresentado à Assembleia Nacional a 28 de Junho de 2006. Esta proposta, que não foi apreciada, previa a adopção de um sistema de *dupla via*¹⁰⁴⁶.

A revisão das leis de bioética realizada 2011 também não alterou o quadro do anonimato vigente em França¹⁰⁴⁷.

Em 2021, porém, foi aprovado pela Assembleia Nacional um projecto de lei de bioética que consagra o levantamento do anonimato dos doadores, sem efeitos retroactivos.

Em face da não concordância do Senado relativamente a várias soluções do projecto (como o alargamento da PMA às mulheres, isoladamente), foi criada uma comissão mista paritária, com o objectivo de procurar uma redacção que seja aceite pelas duas câmaras.

Neste cenário, é possível que, num futuro muito próximo, o modelo francês, tradicionalmente considerado com o arquétipo do *sistema de anonimato*, seja objecto de uma radical migração para um modelo de revelação da identidade do dador.

¹⁰⁴⁵ O *Code de la santé publique*, determina ainda, no *Article L. 1244-4* que "*le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants*".

¹⁰⁴⁶ SENAT DE FRANCE, *Étude de législation comparée n° 186 - septembre 2008 - L'anonymat du don de gamètes*, disponível em www.senat.fr.

¹⁰⁴⁷ DUMAS-LAVENAC, Sophie, "Anonymat du don de gamètes et droit d'accès à ses origines génétiques", in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 7, 2017, pp. 51-64.

3. A solução portuguesa do anonimato de 2006

A Lei da PMA consagrou, na sua versão inicial, a designada regra do anonimato do dador de gâmetas^{1048/1049}, embora em termos não absolutos.

No direito espanhol, desde 1988, vigora uma solução semelhante, dispondo-se que a identidade do dador pode ser revelada quando haja “*peligro cierto para la vida o la salud del hijo*”. Esse regime já foi objecto de análise pelo Tribunal Constitucional espanhol no Acórdão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 116/1999 de 17 de Junho (“*Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio*”)¹⁰⁵⁰, que considerou ser constitucionalmente admissível a solução que resultava do artigo 5.5 da “*Ley 35/1988, de 22 de noviembre*”. Esta teoria jurisprudencial veio contrariar importantes posições doutrinárias.

PANTALEÓN considerara a solução legal “*radicalmente inconstitucional*”^{1051/1052/1053}.

RIVERO HERNÁNDEZ criticou-a fortemente, referindo que o Tribunal Constitucional espanhol não foi capaz de ver “*o alcance pessoal e jurídico que hoje tem o conhecimento pela pessoa da sua própria origem, e como ele ultrapassa o âmbito do artigo 39 da C.E. e encontra outras projecções e*

¹⁰⁴⁸ Sobre o regime de anonimato vigente até 2018, v. OLIVEIRA, Guilherme de / REIS, Rafael Vale e, “«Anonymat du donneur» au Portugal” in *Procréation médicalement assistée et anonymat - Panorama international*, dir. de Brigitte Feuillet-Liger, Bruylant, 2008, pp. 239-250; IDEM, “«Donor anonymity» in Portugal”, in *Who is my genetic parent? Donor Anonymity and Assisted Reproduction: A Cross-Cultural Perspective*, dir. de Brigitte Feuillet-Liger, Kristina Orfali e Thérèse Callus, Bruylant, 2011; REIS, Rafael Vale e, “Novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação: três exemplos”, in *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, Coord. Paulo Guerra, Almedina, 2016, pp. 91-113; IDEM, “Deve abolir-se (...)”, *ob. cit.*, pp. 159-175; IDEM, “Alterações recentes no Direito da Família”, in *e-book* do Centro de Estudos Judiciários “Parentalidade e Filiação”, Dezembro de 2018, pp. 77-90.

¹⁰⁴⁹ Analisámos o regime em REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 428-453.

¹⁰⁵⁰ Sobre a *Sentencia*, em geral, v. ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (...)”, *ob. cit.*, pp. 15-16.

¹⁰⁵¹ PANTALEÓN, Fernando, “Técnicas de reproducción (...)”, *ob. cit.*, pp. 138 e ss..

¹⁰⁵² Um perspectiva mais benevolente em relação à solução legal pode ver-se em ENCARNACIÓN ROCA, “Embriones, padres (...)”, *ob. cit.*, pp. 413-432.

¹⁰⁵³ Uma sistematização das posições sobre o ponto pode encontrar-se em RUIZ, Cristóbal Fábrega, *Biología y filiación – Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999, pp. 94 e ss..

possível fundamento em outros preceitos constitucionais^{1054/1055}. Para o Autor, o “conhecimento da origem genética tem (para muitas pessoas) uma importância paralela à da herança genética na identidade de cada um (que os recentes avanços nesta matéria destacam), e na formação individual da sua completa identidade pessoal”, e “a identidade da pessoa e o seu conhecimento por cada indivíduo, por outro lado, é a base da própria estima (positiva ou negativa), do sentido que cada um tem da dignidade da pessoa, e é fundamental no desenvolvimento inicial da personalidade”, pois a conformação humana e jurídica, individual e social pressupõe “como elemento primeiro, o conhecimento da pessoa dos progenitores”^{1056/1057}.

No caso português, a Lei da PMA, na versão originária, começava por afirmar a confidencialidade da aplicação das técnicas de PMA, no n.º 1 do artigo 15.º, e determinava, em seguida que as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podiam, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes dissessem respeito, excluindo a identificação do dador^{1058/1059/1060}.

¹⁰⁵⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre)”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 1, 2004, p. 112.

¹⁰⁵⁵ IDEM, p. 113.

¹⁰⁵⁶ IDEM, p. 113.

¹⁰⁵⁷ Defendendo a inconstitucionalidade da solução de anonimato que resultava do diploma de 1988, v., BLASCO GASCÓ, Francisco de P., “La ley sobre técnicas (...)”, pp. 707-710, e REBOLLO DELGADO, Lucrecio, “Constitución y técnicas de reproducción asistida”, in *Boletín de la Facultad de Derecho [de la] UNED*, Madrid, 2ª ed., n.º 16, 2000, pp. 130-132.

¹⁰⁵⁸ Cfr. o n.º 2 o artigo 15.º da Lei da PMA, na redacção originária.

¹⁰⁵⁹ O que pode significar o acesso “não apenas aos dados armazenados aquando da dação, mas também poderem incluir uma procura activa de informação sem quebra, ao menos na medida do possível, do anonimato do dador” (LOUREIRO, João Carlos, “Filho(s) de um gâmeta menor (...)”, *ob. cit.*, p. 28).

¹⁰⁶⁰ Para OLIVEIRA ASCENSÃO, “não basta conhecer o património genético, é necessário ainda conhecer a história clínica do dador para saber quais os factores de risco” (ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 32).

Mantendo-se a confidencialidade, essas mesmas pessoas podiam obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do CNPMA^{1061/1062}.

Dizia a lei, porém, a propósito desta hipótese prevista no n.º 3 do artigo 15.º, que a revelação da identidade do dador só ocorreria se, tendo sido este contactado, nela expressamente consentisse.

A propósito desta solução, alguma doutrina considerava existir uma possibilidade geral, e não apenas circunscrita aos pedidos de informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, de revelação da identidade do dador, desde que, para tal, este desse a sua anuência¹⁰⁶³.

A lei nada dizia sobre a eventual admissibilidade de um pedido genérico, efectuado por qualquer pessoa, com o objectivo de saber se dos registos resulta a circunstância de ter sido gerada com recurso à PMA.

Na verdade, tanto o n.º 2 como o n.º 3 do artigo 15.º pressupunham um pedido formulado por “*peçoas nascidas em consequência de processos de PMA*”, pelo que a única forma de atribuir operatividade a essas soluções passava por admitir um prévio pedido naquele sentido, como prevê a legislação do Reino Unido, pois a demonstração da condição de “*sujeito gerado com recurso à PMA*” é necessária para o exercício das faculdades aí previstas¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶¹ Cfr. o n.º 3 o artigo 15.º da Lei da PMA, na redacção originária.

¹⁰⁶² A hipótese mantém-se no actual n.º 3 do artigo 15.º, com ligeiras alterações, como a referência à “*idade igual ou superior a 16 anos*” para se formular o pedido.

¹⁰⁶³ SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 91.

¹⁰⁶⁴ JOÃO CARLOS LOUREIRO fala, aqui, de uma antecâmara de um direito à identidade. Refere o Autor que “*(...) tirando casos em que, por razões médicas ou por outras vias, a pessoa vem a saber do seu modo de concepção, isto no quadro de relações heterossexuais (em matéria de homomaternidades e homopaternidades é indubitável o envolvimento de um terceiro), há fortes possibilidades de não ter conhecimento do seu modo de concepção*” (LOUREIRO, João Carlos, “*Quis Saber (...)*”, *ob. cit.*, p. 104). Recorda que as soluções para o problema podem ser variadas, variando entre um modelo de informação/sensibilização dos pais a um sistema forte de imposição da comunicação à pessoa gerada relativamente às condições da própria concepção (IDEM, p. 104 e 105).

A regra, portanto, no regime português originário, era a de que o dador permanecia anónimo, sendo apenas facultados, em princípio, dados anonimizados quando tal se revelasse necessário do ponto de vista da saúde da pessoa gerada com recurso à PMA, ou informação sobre se existia impedimento legal a projectado casamento.

Todavia, essa solução de princípio comportava excepções, admitindo a lei a revelação, em certos casos, da identidade do dador quando essa revelação fosse imposta “*por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*”¹⁰⁶⁵.

Apresentava-se, desde logo, problemática a interpretação e preenchimento do conceito de “*razões ponderosas*”.

A fórmula já surgia na Proposta n.º 135/VII, de 18 de Junho de 1997, que nunca acabaria por se converter em lei. Já aí se autonomizavam as situações em que a pessoa gerada com recurso à PMA pretendia obter informação de natureza genética e cuja obtenção não pressupunha a revelação da identidade do dador.

No regime de 2006, mantendo a lei a possibilidade de obtenção dessa informação anonimizada, a hipótese de invocação de *razões ponderosas* deveria interpretar-se, pensamos, em estreita ligação com o *direito ao conhecimento das origens genéticas*¹⁰⁶⁶.

Não tendo a lei, na versão originária, optado por um modelo mais tributário da tutela desta dimensão da individualidade, considerando prevaletentes, mesmo em abstracto, as razões que o anonimato do dador protegia, ainda assim entendia o legislador que a existência, no sujeito gerado com recurso à PMA de um desejo inexpugnável de conhecer as suas

¹⁰⁶⁵ Cfr. o n.º 4 o artigo 15.º da Lei da PMA, na redacção originária.

¹⁰⁶⁶ Nesse sentido, CAMPOS, Diogo Leite, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. II, Almedina, 2008, p. 83.

origens genéticas, em termos tais que o seu entorpecimento lhe afectava o desenvolvimento da própria personalidade, justificaria a revelação da identidade do dador de gâmetas¹⁰⁶⁷.

O legislador não terá querido considerar preenchido a hipótese legal com a “simples” invocação do direito à *identidade pessoal*.

O pedido judicial deveria, pois, ser fundamentado com a demonstração da necessidade especial de, no caso concreto, o requerente ver efectivado aquele *direito ao conhecimento das próprias origens*, não tendo, porém, o autor de demonstrar a superioridade dos valores que invocasse, comparativamente aos interesses que o dador pudesse contrapor, cabendo a este último, nos termos gerais da distribuição do ónus da prova, essa tarefa.

A solução então consagrada inseria-se na lógica das opções que vinham sendo maioritariamente defendidas em Portugal desde, pelo menos, a década de 80 do século XX.

Em todo o caso, não pode dizer-se que vigorava em Portugal uma regra absoluta de anonimato, pois, como vimos, a identidade do dador podia ser revelada quando imposta *por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*.

Antes mesmo do fim do regime de anonimato em Portugal, por força da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que introduziu a admissibilidade da *gestação de substituição*, o artigo 15.º passou a incluir, no âmbito da confidencialidade, o recurso à *gestação de substituição* (o que se manteve após as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho), porém, o n.º 3, continuava a permitir apenas a revelação da “*identidade do dador por*

¹⁰⁶⁷ Concordamos, assim, com JOÃO CARLOS LOUREIRO, pois parece “*inequívoco que o legislador não quis ceder aqui aos ventos suecos que, há cerca de vinte anos, associaram inseminação heteróloga e direito ao conhecimento da sua ascendência genética*” (LOUREIRO, João Carlos, “Filho(s) de um gâmeta menor (...)”, *ob. cit.*, p. 28).

razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”, excluindo, assim, da exceção, a eventual revelação da identidade da gestante.

4. Os riscos da abolição absoluta da regra do anonimato – o argumento da escassez de dadores e os “double track” systems¹⁰⁶⁸

Como vimos, a defesa do anonimato assentou, também, ao longo dos tempos, no argumento segundo o qual a sua abolição (a par da consagração de soluções legais tributárias da gratuitidade da dádiva do material biológico) arrasta o risco da drástica redução do número de dadores, colocando em perigo a existência do sistema de apoio médico à reprodução humana.

Essa redução do número de dadores traria problemas consideráveis como: diminuição das possibilidades de escolha de material biológico por parte dos casais inférteis, que devem poder escolher certas características do dador, como a cor de pele, dos olhos, ou do cabelo com o objectivo de facilitar o enquadramento da criança no seio familiar; aumento incontroável do preço do material biológico nos casos em que os dadores são compensados financeiramente; diminuição dos níveis de exigência de qualidade do material biológico utilizável, com prejuízo para os beneficiários; aumento das “listas de espera para os tratamentos”; desenvolvimento de mercados paralelos de obtenção de gâmetas; adopção, por parte dos casais inférteis, de atitudes de risco com o fito de acelerar o processo de “produção da criança”; aumento de gravidezes múltiplas em consequência da administração de terapias agressivas destinadas a maximizar os resultados em face do reduzido número de material disponível.

¹⁰⁶⁸ Sobre o ponto, v., da nossa autoria, REIS, Rafael Vale e, ““Deve abolir-se (...), *ob. cit.*, pp. 173-174.

A complexidade da opção entre a abolição do anonimato do dador ou a sua manutenção, considerando, sobretudo, as consequências de cada uma delas conduziu à defesa da implementação dos já referidos “*double track*” *systems*, ou *sistemas de dupla via*.

De acordo com essa proposta, as estruturas de apoio médico à reprodução humana deviam aceitar dadores que quisessem ficar anónimos e outros que permitissem a revelação da sua identidade. Os beneficiários poderiam, assim, recorrer a gâmetas de dadores do primeiro ou do segundo grupo.

Um tradicional defensor destes modelos é GUIDO PENNING, que entende que um “*double track*” *system*¹⁰⁶⁹ poderia ser implementado como uma solução temporária, de tal forma que fosse possível avaliar as consequências da remoção da regra do anonimato no que respeita à escassez de dadores¹⁰⁷⁰, e teria a vantagem de maximizar a autonomia parental e de proceder à melhor ponderação dos interesses em causa (dos dadores, beneficiários e dos sujeitos nascidos com recurso a esses gâmetas). O Autor critica o facto de, apesar de não estar demonstrado qual das soluções é melhor, as clínicas e o legislador tenderem a impor um modelo, quando deveria dar-se aos beneficiários a possibilidade de escolher entre dadores anónimos ou identificáveis.

Os modelos de *dupla via* foram experimentados, por exemplo, na Islândia e nos Países Baixos, e a verdade é que pareceram, há alguns anos atrás, apelativos, sobretudo numa fase em que, na PMA, se desconhecia com detalhe (tendo em conta o reduzido número de países que consagravam regimes sem anonimato) o impacto que, na eventual diminuição de dadores,

¹⁰⁶⁹ PENNING, Guido, “The ‘double track’ policy for donor anonymity”, in *Human Reproduction*, vol. 12, n.º 12, 1997, pp. 2839-2834

¹⁰⁷⁰ PENNING, Guido, “The Reduction of Sperm Donor Candidates Due to the Abolition of the Anonymity Rule: Analysis of an Argument”, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, vol. 18, n.º 11, 2001, pp. 617-622.

teria a solução da revelação da identidade destes, a pedido das pessoas geradas na sequência da aplicação de técnicas heterólogas.

Estes modelos teriam, ainda, uma vantagem adicional. Poderiam contribuir para criar uma almofada de habituação sociológica à abolição do anonimato, ao permitirem transições mais tranquilas para regimes assentes na regra da possibilidade de revelação da identidade dos dadores.

Ou seja, ao invés de se transitar imediatamente para um regime sem anonimato, os regimes de *dupla via* permitiriam “experimentar” qual o regime preferível, conclusão a que se chegaria tendo em conta, desde logo, as opções dos casais beneficiários, mas, também, a atitude das pessoas geradas com recurso ao material biológico de dador, designadamente quanto ao número e tipo de pretensões de revelação de identidade que fossem apresentadas.

Porém, estes regimes, não só merecem a crítica de serem tributários de um experimentalismo social, como são problemáticos, num quadro estritamente jurídico, na medida em que conduzem ao surgimento de uma dupla caracterização de filhos da PMA heteróloga: os que podem conhecer a identidade do dador, e aqueles a quem é inexoravelmente vedada essa informação.

Agravando o problema estaria a circunstância de essa condição subjectiva (poder ou não conhecer a identidade do dador de gâmetas) resultar de uma opção feita, não pelos próprios sujeitos gerados, mas pelos beneficiários, ao tempo da aplicação das técnicas.

Portanto, na perspectiva do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, soluções desta natureza não resolvem os problemas que se colocam nesta sede, e potenciam o surgimento de outro tipo de questões, pois muito dificilmente passariam incólumes se confrontadas com a tutela constitucional da *igualdade e a proibição de discriminação*.

Afastamos, assim, a aceitabilidade da construção de “*double track*” *systems* na PMA heteróloga.

5. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril

5.1. Posição inovadora do TC

Uma das *questões de inconstitucionalidade* objecto de apreciação pelo TC, no já referido Acórdão n.º 225/2018, foi precisamente, *“o direito daqueles que nascem em consequência de processos de procriação medicamente assistida (“PMA”) com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante”*¹⁰⁷¹.

Ou seja, o grupo de deputados requereu, também, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, do artigo 15.º da Lei da PMA, n.os 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.os 1 e 2, e 19.º, n.º 1, por violação dos direitos à *identidade pessoal*, ao *desenvolvimento da personalidade* e à *identidade genética*¹⁰⁷², do princípio da *dignidade da pessoa humana*¹⁰⁷³, do *princípio da igualdade*¹⁰⁷⁴ e do *princípio da proporcionalidade*¹⁰⁷⁵.

Sobre o ponto, entendeu o TC que *“à luz das concepções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, (...) a opção seguida pelo legislador no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição – mas, no caso destas, como regra absoluta –, merece censura constitucional”*, tendo em conta que *“mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que*

¹⁰⁷¹ Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1892.

¹⁰⁷² Cfr. artigo 26.º, n.os 1 e 3, da CRP.

¹⁰⁷³ Cfr. artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da CRP.

¹⁰⁷⁴ Cfr. artigo 13.º da CRP.

¹⁰⁷⁵ Cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

*constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP*¹⁰⁷⁶.

Concluiu o TC que *“combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente”*.

Esta posição do TC constituiu uma importante alteração de perspectiva, tendo em conta que, no processo que deu origem ao Acórdão n.º 101/2009, foi questionada a constitucionalidade das normas do artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, sem que o TC tivesse declarado a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das mesmas¹⁰⁷⁷. Entendeu então o Tribunal que *“o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui a informação sobre a identidade dos dadores e poderá prestá-la nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º, quer fornecendo dados de natureza genética, quer identificando situações de impedimento matrimonial, e sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação (artigo 30.º, n.º 2, alínea i)). Além disso, as razões ponderosas a que se refere o artigo 15.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, não poderão deixar dever*

¹⁰⁷⁶ Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, pp. 1943-1944.

¹⁰⁷⁷ A doutrina foi alertando, porém, para os problemas de constitucionalidade que o regime do anonimato colocava (Campos, Diogo Leite, “A procriação (...)”, *ob. cit.*, p. 83).

consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto”¹⁰⁷⁸.

A posição o TC de 2018 constitui, assim, uma radical alteração de perspectiva relativamente ao problema do anonimato do dador na PMA heteróloga.

5.2. A não limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Ao contrário do que sucedeu com a *gestação de substituição*, o TC não utilizou a faculdade prevista no n.º 4 do artigo 282.º da CRP, que dispõe que *“quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.”*

Assim sendo, a declaração de inconstitucionalidade do regime de anonimato relativamente aos dadores na PMA heteróloga e à gestante de substituição (neste caso, em termos absolutos), com força obrigatória geral, produz efeitos desde a entrada em vigor das normas declaradas inconstitucional (ou seja, 2006, para o anonimato dos dadores, e 2016, para a gestante de substituição).

A opção do TC, nesta sede, tem apoios da maior relevância. JOÃO CARLOS LOUREIRO, por exemplo, considera que *“no quadro da LPMA, era claro que, para cada dador, na sua situação concreta, o anonimato poderia não funcionar, bastando que houvesse “razões ponderosas” (no plano do fundamento) e uma decisão judicial (no plano de controlo)”*, acrescentando que *“o dador podia e devia considerar seriamente que, no seu caso, poderiam*

¹⁰⁷⁸ Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, *cit.*, p. 12463.

*verificar-se os pressupostos de levantamento do anonimato, ou seja, uma situação suscetível de ser reconduzida às “razões ponderosas”*¹⁰⁷⁹.

Esta solução, porém, merece críticas, tendo em conta, precisamente, os problemas que coloca (e colocou) no plano da *segurança jurídica*¹⁰⁸⁰.

A maioria dos países que alteraram as regras sobre o anonimato do dador (como aconteceu na Suécia, no Reino Unido e nos Países Baixos¹⁰⁸¹), fê-lo sem que as dádivas realizadas até ao momento da alteração fossem afectadas¹⁰⁸².

Ou seja, um dador de gâmetas que, ao tempo da dádiva, deu o seu consentimento na vigência de um regime de anonimato, deve poder contar com esse regime no momento do surgimento de eventual pretensão de revelação da identidade.

Relativamente às dádivas já efectuadas e cujo material não teria sido ainda utilizado na PMA, o problema tem a particular sensibilidade de colocar uma pressão inusitada nas clínicas (como aconteceu em Portugal depois de Abril de 2018), que se confrontam com as opções de não utilizar o material biológico, ou de recontactar os dadores para nova prestação de consentimento, já na vigência das novas regras.

Compreender-se-ia a decisão da não limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se o regime declarado inconstitucional fosse de segredo absoluto, mas, como vimos, isso só acontecia relativamente à *gestação de substituição* (e após a introdução da sua admissibilidade legal em 2016).

Por outro lado, é importante o argumento segundo o qual os dadores anteriores a 24 de Abril de 2018 não poderem invocar uma grande

¹⁰⁷⁹ LOUREIRO, João Carlos, “Quis Saber (...)”, *ob. cit.*, pp. 98-99.

¹⁰⁸⁰ MARGARIDA SILVESTRE dá conta das preocupações que a decisão do TC trouxe nesta matéria (SILVESTRE, Margarida, “Que Futuro (...)”, *ob. cit.*, pp. 44-45).

¹⁰⁸¹ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, “Quis Saber (...)”, *ob. cit.*, p. 100.

¹⁰⁸² ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...)*, *ob. cit.*, p. 139.

frustração de expectativas, na medida em que o regime até então vigente não lhes dava garantias individuais de anonimato na sua situação concreta.

Porém, a solução oferecida pelo TC não pode deixar de ser confrontada com a circunstância de esses dadores passarem agora a não contar com qualquer protecção legal, se a sua vontade for a de permanecerem anónimos, e esse nível mínimo de protecção existia de forma inequívoca ao tempo em que fizeram a sua dádiva, pois, considerando o regime legal então vigente, sabiam que o ónus da prova, no sentido de se verificarem as referidas “razões ponderosas” para a revelação da sua identidade, recaía sobre a pessoa gerada com recurso à PMA heteróloga.

Com a aplicação retroactiva da abolição do anonimato desapareceu esse ónus para a contra-parte, pelo que já nem ele serve para conferir alguma protecção a essa categoria de dadores.

Por último, quanto ao ponto, pensamos que o TC, persistindo na intenção de revogar o regime de anonimato retroactivamente, deveria ter deixado ao legislador alguma indicação no sentido de se encontrarem mecanismos adequados de atenuação das consequências mais drásticas dessa abolição para aqueles dadores que aceitaram sê-lo confiando no regime antigo.

Como veremos *infra*¹⁰⁸³, esse equilíbrio de posições pode receber o contributo muito importante de regimes que imponham a solução do *veto/preferência de contacto*, uma vez manifestada uma pretensão de revelação da identidade do dador por parte da pessoa gerada com recurso às técnicas heterólogas.

¹⁰⁸³ Cap. IV §3, 8.3.

6. Regime introduzido pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho

A Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, veio dar nova redacção ao artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, que passou a determinar que *“as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador”* (n.º 2), esclarecendo que *“(…) entende-se como ‘identificação civil’ o nome completo do dador ou dadora”* (n.º 4)¹⁰⁸⁴.

A redacção da lei aponta no sentido de o pedido relativo à revelação das informações de natureza genética *poder* ser formulado junto das clínicas de PMA (*“competentes serviços de saúde”*), enquanto que o pedido relativo à identidade do dador *dever* ser formulado junto do CNPMA^{1085/1086}.

A nova redacção do n.º 3 dispõe que *“as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento”*.

¹⁰⁸⁴ Foi também dada nova redacção ao n.º 1 do artigo 15.º, por forma a adaptá-lo às previsões que se referem à *gestação de substituição*, passando agora a estabelecer que *“quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA”*.

¹⁰⁸⁵ Organismo que, nos termos da alínea i), do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da PMA, tem atribuições para *“prestar as informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º”*.

¹⁰⁸⁶ Não obstante, alguma doutrina considera (embora reportando-se à redacção originária da Lei da PMA), por força do disposto na alínea p), do n.º 2 do artigo 30.º (que, na redacção actual, determina que cabe ao CNPMA *“centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, incluindo as gestantes de substituição, beneficiários e crianças nascidas”*), ser o CNPMA a única entidade com competência para apreciar e dar resposta a todos os pedidos de informação no âmbito da PMA heteróloga (SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...), ob. cit.*, pp. 87-88).

As alterações legislativas acabadas de referir entraram em vigor no dia 1 de Agosto de 2019¹⁰⁸⁷, sendo certo, porém, que o artigo 3.º da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, estabeleceu um regime transitório, nos seguintes termos:

a) O segredo sobre a identidade do dador mantém-se: i) para os embriões resultantes de dádivas anteriores ao dia 7 de Maio de 2018 e utilizados até cinco anos após o dia 1 de Agosto de 2019; ii) para os gâmetas resultantes de dádivas anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após o dia 1 de Agosto de 2019; iii) para as dádivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de Maio de 2018;

b) Nos casos referidos anteriormente, os dadores podem autorizar de forma expressa o levantamento do anonimato;

c) O regime de confidencialidade do dador referido em a) não prejudica o direito de acesso às informações previstas nos n.ºs 2, 3 e 5 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pela da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho;

d) Findos os prazos referidos em a), os gâmetas e embriões doados ou resultantes de doações são destruídos, no caso de o dador não ter, durante esse período, autorizado o levantamento do anonimato sobre a sua identificação civil.

Este novo regime merece quatro observações fundamentais.

A primeira nota diz respeito à idade mínima definida para o acesso à informação relativa à identidade civil do dador.

Optou o legislador pela idade de 18 anos, sendo certo que, em matéria de adopção, como vimos, por força do artigo 6.º do Regime Jurídico do Processo de Adopção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, é possível ao maior de 16 anos, ainda que com autorização dos pais adoptivos

¹⁰⁸⁷ Cfr. artigo 4.º da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho.

ou do representante legal, e com apoio técnico obrigatório, aceder à informação relativa à identidade dos pais biológico.

Impunha-se a uniformização do regime, considerando-se razoável a opção pela idade de 16 anos para o acesso à informação sobre a identidade civil do dador na PMA.

O segundo aspecto diz respeito à circunstância de o legislador não ter previsto a solução a oferecer aos casos de eventual utilização do material genético recolhido antes de 7 de Maio de 2018, ao contrário do que dispõe a lei, para além do prazo estipulado legalmente para o efeito.

Assim, se, por exemplo, o sémen recolhido em 2017, for utilizado em 2023 (momento em que será expectável que nenhuma técnica heteróloga esteja a coberto do anonimato), por lapso da clínica, poderá a pessoa que vier nascer conhecer a identidade do dador do material biológico a partir do qual foi gerado?

Note-se que a eventual responsabilização da clínica, no plano civil, designadamente, logrando-se a sua condenação no pagamento de uma indemnização, não resolve o problema de saber se a pessoa gerada com recurso a técnica heteróloga tem, ou não, direito a exigir a revelação da identidade do dador.

A lei não oferece resposta a este problema, mas entendemos que nem o dador nem a pessoa gerada podem ser prejudicados pela falha da clínica.

Em face da concorrência de duas soluções contraditórias, a solução para o caso terá necessariamente que ser oferecida por via judicial, através da ponderação das circunstâncias que envolvem cada uma das posições em conflito, devendo decidir-se em função dos interesses que se mostrarem prevaletentes.

Poder-se-á manter a regra vigente ao tempo da dádiva, mas apenas e só se, no caso concreto, os interesses envolvendo uma pretensão de anonimato sejam suplantados pelos interesses que enformam a pretensão da revelação da identidade do dador.

A terceira observação respeita ao facto de não ser líquido que a nova solução legal tenha condições de superar o crivo da apreciação da sua constitucionalidade, no caso de se manter o entendimento que o TC expressou no Acórdão de 2018.

Resulta do aresto que o TC considera o regime do anonimato (um qualquer regime do anonimato, independentemente da circunstância de estar, ou não, em causa uma dívida em tempos de anonimato ou de revelação da identidade do dador) ser contrário aos limites estabelecidos pela Constituição.

Neste contexto, teria sido preferível consagrar soluções adicionais no sentido de mitigar a opção pela manutenção de um regime de anonimato relativamente às dívidas anteriores a 7 de Maio de 2018, sendo certo que parece insuficiente a hipótese de abertura resultante do eventual consentimento dos dadores no sentido da revelação da sua própria identidade civil.

Neste cenário, a boia de salvação da constitucionalidade do regime passaria pela consagração de um modelo de aproximação de vontades, ou seja, da criação de uma estrutura (por exemplo, uma Comissão de Acesso às Origens Genéticas, a funcionar no âmbito do CNPMA) que agilizasse o contacto com o dador, no sentido de o sensibilizar e de facilitar a obtenção do consentimento para a revelação da sua identidade à pessoa gerada com recurso ao material biológico que, em tempos, foi objecto de dívida.

Um regime dessa natureza existe, por exemplo, no Reino Unido, e é objecto de discussão na actual revisão do regime de anonimato vigente em França.

Na hipótese de não ser considerada suficiente, no plano da constitucionalidade, uma solução que exija o consentimento dador para a revelação da sua identidade, nestes casos de dívidas antes da alteração das regras, a transição para um modelo irrestrito (no tempo) da abolição do anonimato destes dadores poderia ser temperado (no sentido de proteger a

posição do dador), com a consagração adicional de regras de *veto/preferência de contacto*, de que falaremos *infra*¹⁰⁸⁸.

A quarta observação respeita à circunstância de, no regime transitório, se determinar para as dádivas anteriores ao dia 07/05/2018 o “*regime de confidencialidade da identidade civil do dador*”¹⁰⁸⁹, sem que o legislador tivesse tido cuidado de determinar de forma clara e expressa que regime está em causa.

Pretendeu legislador que as dádivas em causa ficassem sujeitas a um regime de *anonimato absoluto*? Ou constituiu intenção do legislador prorrogar, para essas dádivas, a vigência do regime declarado inconstitucional e que admitia alguma abertura no sentido da revelação da identidade do dador, desde que existissem “*razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*”?

Se o legislador quisesse consagrar, para as dádivas antigas, um regime de anonimato mais severo do que aquele que vigorou até 2018, essa atitude seria pouco compreensível pois significaria, por certo, a aniquilação do regime por via da inconstitucionalidade, pois se o acórdão do TC aponta no sentido da abolição irrestrita do regime do anonimato, mal se compreenderia a imposição, por via legislativa, de um regime de anonimato absoluto.

O que o legislador terá querido consagrar, pensamos, era a simples manutenção do regime de anonimato vigente ao tempo da dádiva.

Porém, complicou regime, ao embrenhar-se em referências adicionais, colocando na letra da lei que as dádivas em causa são abrangidas por um “*regime de confidencialidade da identidade civil do dador*”, e ao remeter a questão para uma remissão que é feita no n.º 2 do citado artigo

¹⁰⁸⁸ Cap. IV §3, 8.3.

¹⁰⁸⁹ Cfr. n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho.

3.º, que manda aplicar, entre outras normas, o novo n.º 5 do artigo 15.º da Lei da PMA, que analisaremos já de seguida.

6.1. Sentido do actual n.º 5 do artigo 15.º da Lei da PMA

A norma constante do anterior n.º 4 do artigo 15.º da Lei da PMA (*“sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”*), e que continha a única abertura do regime anterior à revelação da identidade do dador, nos casos em que as pessoas geradas com recurso à PMA heteróloga manifestassem a sua vontade nesse sentido, foi mantida no texto da lei, não obstante o regime determinar agora, expressamente, no n.º 2, que o acesso à identidade civil do dador lhes está franqueado, a mero pedido.

Não deixa, assim, de ser problemático perceber o alcance da opção do legislador e que tipo de situações procura a letra da lei cobrir.

Quem, e em que situações, pode, à luz da norma, recorrer à via judicial, invocando (*id est*, alegando e provando) ter *“razões ponderosas”* para conhecer a identidade de um dador?

Difícilmente um terceiro (que não o descendente biológico do dador) conseguiria demonstrar em juízo ter fundamento para aceder a tal informação^{1090/1091}.

¹⁰⁹⁰ Embora essa possibilidade de um terceiro poder invocar *“razões ponderosas”* para conhecer a identidade do dador era já admitida no âmbito da redacção originária do n.º 4 do artigo 15.º (SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 91).

¹⁰⁹¹ Em termos que podem considerar-se clássicos, pergunta-se se o cônjuge do dador deve poder conhecer a existência da dádiva (SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação (...)*, *ob. cit.*, p. 99). Sendo o ponto muito interessante (e até podendo co-envolver uma invocação do direito ao desenvolvimento da personalidade por parte do cônjuge do dador), o problema é muito menos denso, não estando aí em causa um *direito ao conhecimento das origens genéticas*.

A utilidade da norma pode estar associada à redacção restritiva que o legislador utilizou para definir, no n.º 2, a legitimidade para requerer o acesso à identidade do dador.

Diz-se aí que esse acesso é facultado às “*peçoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões*”, o que aponta no sentido de apenas a *peço*a gerada (e já não os seus familiares, parentes em linha rectal, ou outros) ter autorização legal para formular o pedido (e obter a informação respectiva).

Significa isto que os “netos” biológicos do dador, por exemplo, não poderão, nos casos em que o seu ascendente não tenha descoberto a identidade do dador (ou tendo-o feito, não lhes tenha revelado a informação atinente), utilizar a faculdade constante do n.º 2 do artigo 15.º, sendo remetidos para a necessidade de propositura de acção, onde terão o ónus de provar a existência de “razões ponderosas” para que o tribunal decida a seu favor.

Ou seja, mais uma vez, não bastará accionar o tribunal para tal desiderato. Esses familiares da *peço*a gerada com recurso a gâmetas de dador terão de demonstrar, por exemplo, que, no contexto da tutela devida ao seu *direito ao conhecimento das origens genéticas* (aqui em segundo grau), sentem uma vontade atendível, e enquadrável no desenvolvimento da sua personalidade, de conhecer o dador ou dadora cujo espermatozóide ou ovócito foi utilizado para gerar o seu avô ou a sua avó.

Também não parece ter sido a intenção do legislador manter a regra em questão para a mesma ser utilizada nos casos em que ocorreu uma dádiva de material biológico de natureza privada (através de um “dador de simpatia”), fora do sistema da procriação medicamente assistida, pois, neste tipo de situações, a norma seria desnecessária, na medida em que se aplica aí o *princípio biologista*, que até permite o estabelecimento de vínculos de filiação relativamente ao dador.

Uma hipótese possível para a permanência da norma no regime agora constante do artigo 15.º da Lei da PMA pode estar mesmo associada, apenas,

ao problema do regime transitório a aplicar às dádivas anteriores a 7 de Maio de 2018. Ou seja, a cláusula de levantamento judicial do anonimato do dador valeria apenas para aquelas dádivas que continuam sujeitas, ainda, a uma regra de segredo quanto à identidade civil do dador.

A ser essa a intenção do legislador, porém, o ponto não ficou claro na lei e pode dar azo a futuros problemas nesta matéria, com o surgimento, em sede judicial, de pedidos para aceder à identidade civil do dador formulados por quem já não está a actuar, nessa sede, no exercício do *direito ao conhecimento das origens genéticas*.

7. Proposta de soluções mais harmonizadoras dos interesses em conflito¹⁰⁹²

Pensamos que o legislador português, cumprindo a sua vinculação à tutela do *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas*, deveria optar pela regra da admissibilidade, como ponto de partida, do conhecimento, pela pessoa gerada, da identidade do dador do esperma, dos ovócitos ou do embrião.

Porém, como forma de atribuir o necessário equilíbrio ao sistema, deveria consagrar-se legalmente a possibilidade de essa faculdade ser paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a protecção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinassem.

Assim sendo, a invocação de “*razões ponderosas*”, conceito que a Lei da PMA acolheu desde 2006, ao invés de servir para justificar excepcionalmente a quebra do anonimato, como acontecia até 2018, deveria corresponder a um apelo, por parte do dador, a uma cláusula de salvaguarda

¹⁰⁹² Mantemos, globalmente, a solução que defendemos em REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, *ob. cit.*, pp. 475-480. Cfr., também, da nossa autoria, REIS, Rafael Vale e, “Deve abolir-se (...), *ob. cit.*, pp. 174-175.

que evitasse a revelação da sua identidade, nos casos em que, comprovadamente, essa revelação lhe causasse um prejuízo maior do que aquele que a efectivação do *direito a conhecer as origens genéticas* visasse evitar.

Com este modelo, e pensamos que no cumprimento do entendimento que resulta do Acórdão do TC de 2018, o interesse tutelado, em primeira linha, passaria a ser o *direito ao conhecimento das origens biológicas*, e o legislador enviaria uma mensagem suficientemente tranquilizadora aos potenciais dadores, de tal forma que estes saberiam poder contar com alguma protecção legal em caso de futura concretização de pretensão revelatória, contribuindo-se, assim, para evitar a diminuição de dádivas.

O argumento da dificuldade de obtenção de dadores não pode, pois, ser totalmente ignorado. As experiências mostram que os regimes sem anonimato lutam com maior dificuldade pela obtenção de dadores, situação que não, pondo em causa o funcionamento da PMA, não deixa de lhe colocar problemas. Quando se transita para um modelo sem anonimato, a diminuição de dadores tenderá a não ser drástica, mas existirá (pelo menos, até se atingir um reequilíbrio resultante da modificação do perfil do dador).

O sistema da PMA português, por exemplo, convive com grande dificuldade de obtenção de dadores nacionais, não restando grande alternativa que não seja o recurso a material biológico proveniente do estrangeiro. Uma abolição total e irrestrita do anonimato coloca, ainda, mais pressão este cenário.

Acresce que a PMA beneficia com a disponibilidade de uma grande variedade de material biológico.

A existência de mais gâmetas objecto de dádiva significa que os médicos terão a possibilidade de escolher melhor o material biológico para utilizar na PMA, o que seguramente contribuirá para o incremento das taxas de sucesso.

O regime que propomos não diz ao dador que a sua identidade não será revelada, mas garante-lhe que, no momento em que essa pretensão de conhecimento for apresentada, terá a possibilidade de alegar e provar factos em defesa dos seus legítimos interesses, não se limitando a ser um *convidado de pedra* no procedimento tendente à revelação da sua identidade. Essa solução parece-nos mais tranquilizadora para os potenciais dadores e, por isso, potenciadora dos impulsos de dádiva.

Defendemos, assim, um regime que procura equilibrar as posições envolvidas na PMA heteróloga, criando condições para uma *concreta* harmonização dos interesses conflitantes.

Muitas das propostas de soluções supostamente harmonizadores para o problema do anonimato/revelação da identidade, conseguem apenas uma harmonização teórica, em geral e abstrato, não assegurando que, no caso concreto, se faça a devida ponderação dos interesses de cada uma das partes, por forma a que seja oferecida uma decisão a favor daquela que mais tutela merece no caso.

Defendemos, ao contrário, uma solução centrada no *caso concreto*, através da possibilidade de os dois lados da equação oferecerem os seus argumentos, a favor ou contra a revelação da identidade do dador.

7.1. Regras para a revelação da identidade civil do dador

No plano técnico, a construção de uma solução deste tipo poderia passar pelo seguinte esquema: quando o indivíduo gerado com recurso à PMA heteróloga atingisse a idade adulta (ou antes disso, aos 16 anos) poderia formular um pedido de revelação da identidade do dador ao CNPMA, o qual, detentor dessa informação, ficaria encarregado de, sob reserva, estabelecer contacto com este, informando-o de que dispunha de um certo prazo (que deveria ser curto, por exemplo 15 ou 30 dias) para requerer ao tribunal (num processo necessariamente coberto pelo segredo)

a existência, no seu caso concreto, de “razões ponderosas” para a não revelação da sua identidade.

Neste momento, o tribunal teria todos os elementos necessários à ponderação dos interesses conflitantes, estando em condições de decidir pela *revelação da identidade do dador* ou pela manutenção *anonimato* deste, em função daquilo que fosse concretamente alegado e provado no processo.

Caso o dador nada dissesse naquele prazo, ou desse a sua anuência à revelação da própria identidade, o tribunal não precisaria de intervir, sendo facultada, pelo CNPMA, à pessoa nascida com recurso à PMA, a correspondente informação relativa à identidade civil do dador. Neste caso, ao facultar essa informação, o CNPMA não procederia a qualquer composição de interesses conflitantes e limitar-se-ia a efectivar um direito do requerente, ante o silêncio do dador.

Querendo tutelar ainda mais o *direito ao conhecimento das origens biológicas*, poderia estipular-se que, requerida a revelação da identidade do dador ao CNPMA, o dador seria contactado, e, para poder paralisar a revelação da sua própria identidade, teria que formular um pedido junto do Ministério Público, que faria a análise da pretensão e decidiria acerca da sua viabilidade.

Por outro lado, seria de admitir que, logo no pedido dirigido ao CNPMA, pela pessoa gerada com recurso à PMA, fossem por aquela invocados fundamentos que pudessem ser tidos em conta pelo tribunal (ou pelo Ministério Público, se se optasse por erigir este “filtro”) no momento de proceder à concreta ponderação dos interesses em jogo.

Uma solução desta natureza teria, pensamos, a vantagem precípua de resolver o problema do anonimato/revelação da identidade num contexto casuístico de ponderação dos interesses envolvidos.

Nesta, como em muitas outras situações de *colisão de direitos*¹⁰⁹³, a solução que se impõe é a adjudicação aos interesses prevalecentes, sempre dentro dos limites constitucionalmente definidos para as restrições aos direitos fundamentais.

7.2. A importância da ponderação dos interesses conflitantes no caso concreto

Como vimos, no Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 28 de Janeiro de 2015¹⁰⁹⁴ apela-se precisamente à necessidade de, perante pretensões de revelação da identidade do dador, serem ponderados todos os interesses em jogo, incluindo os respeitantes ao dador, isto sem prejuízo de *prima facie*, se considerar a atribuição de um peso diferenciado ao direito ao conhecimento da identidade do dador. É precisamente no contexto deste entendimento que situamos o modelo aqui proposto.

O regime que defendemos é claramente beneficiador da *revelação da identidade do dador* na medida em que o sujeito que tem uma pretensão de conhecimento não tem de alegar e provar nada se o dador não invocar *razões ponderosas para permanecer anónimo*.

Nos casos em que este as invoque, então, admite-se a necessária a recolha de informação adicional relativamente à pretensão de conhecimento, para que a mesma possa ser confrontada com as razões aduzidas pelo dador para permanecer anónimo.

Na Suíça vigora um regime que, aparentemente, procura a harmonização dos interesses em conflito no anonimato, mas que, afinal, não permite uma adequada e casuística ponderação dos interesses envolvidos.

¹⁰⁹³ Sobre a colisão de direitos no direito privado, v., por todos, CORDEIRO, António Menezes, “Da colisão de direitos”, in *O Direito*, Ano 137, n.º 1, 2005, pp. 37-56.

¹⁰⁹⁴ BGH, Urteil vom 28 Januar 2015 - XII ZR 201/13, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

A *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998*, admite as técnicas com espermatozoides de dador, que, porém, “*doit, avant le don, être informé par écrit sur la situation juridique, en particulier sur le droit de l’enfant de prendre connaissance du dossier du donneur*”. Assim, no artigo 27 consagra o direito da criança concebida, depois de atingir 18 anos, de aceder à informação relativa à identidade do dador e ao seu aspecto físico, admitindo que o próprio menor, invocando interesse legítimo, possa também aceder a essa informação.

Em princípio, a criança concebida não pode impugnar a paternidade presumida do marido da sua mãe, tal como não pode intentar uma acção de paternidade contra o dador¹⁰⁹⁵. Porém, estas acções serão admissíveis caso as regras legais tenham sido violadas e a dádiva de espermatozoides tenha sido ilícita (artigo 23¹⁰⁹⁶).

A lei suíça não descarta, em absoluto, a eventual existência de razões, pelo lado do dador, para não revelar a sua identidade. De acordo com o regime que resulta do artigo 27, o pedido de revelação da identidade do dador deve ser dirigido ao «*Office fédéral de l’état civil*» que, antes de comunicar ao requerente os dados relativos à identidade do dador, contacta este último. Nos casos em que ele se recusa a estabelecer contacto com o filho, é este alertado dos direitos de personalidade do dador e dos direitos da sua família, mas o filho pode sempre manter o seu propósito de conhecer a identidade do dador e os respectivos dados ser-lhe-ão facultados.

O esforço harmonizador da lei suíça é, assim, ténue e o regime apresenta-se, na verdade, tributário da inexistência de anonimato *tout court*.

¹⁰⁹⁵ Nos termos do artigo 256 do Código Civil suíço, o marido que tenha consentido na concepção por terceiro não pode impugnar a presunção de paternidade.

¹⁰⁹⁶ Artigo 23, n.ºs 1 e 2 “1. *L’enfant conçu au moyen d’un don de sperme, conformément aux dispositions de la présente loi, ne peut pas contester le lien de filiation à l’égard du mari de sa mère. L’action en désaveu du mari est régie par les dispositions du CC. 2. Lorsqu’un enfant a été conçu au moyen d’un don de sperme, l’action en paternité contre le donneur (art. 261 ss CC) est exclue; elle est toutefois admise si le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n’est pas titulaire d’une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d’en pratiquer la cession*”.

8. Questões complementares em matéria de anonimato/revelação da identidade

8.1. Conhecimento da identidade da gestante na *gestação de substituição*

A relevância do *direito ao conhecimento das origens genéticas* na *gestação de substituição* deve, também, como enunciámos, ser considerada^{1097/1098}.

Naqueles ordenamentos que admitem a figura, como vimos, o cumprimento das regras legalmente estabelecidas para o procedimento justificará que o Direito considere como mãe, não a gestante, mas a mulher que deu o consentimento enquanto beneficiária.

Assim, se a gestante forneceu igualmente o óvulo para a fecundação, após o nascimento, entregará (se tudo correr como planeado) a criança à mãe beneficiária, relativamente à qual se estabelecerá a maternidade, em derrogação da regra “*mater semper certa est*”. Nestes casos, ao sujeito nascido deverá ser reconhecido o direito de aceder à informação sobre a identidade da mãe biológica (que aqui coincide com a mãe portadora) nos termos gerais analisados.

Nos casos de substituição meramente gestacional, a gestante não forneceu o óvulo, tendo este sido obtido junto da mulher beneficiária ou de uma dadora, e, sendo a beneficiária considerada a mãe da criança, deve reconhecer-se ao filho um autónomo *direito a conhecer a identidade da*

¹⁰⁹⁷ Sobre o ponto, v. GRASSO, Alfio Guido, *La maternità (...), ob. cit.*, pp. 210-218.

¹⁰⁹⁸ A experiência mostra que é mais frequente a manutenção de contactos entre a gestante e o casal beneficiário nos casos em que a gestante não forneceu o ovócito e no caso de recurso ao procedimento por casais homossexuais (PLAZA, Consuelo Álvarez / RIVAS, Ana María Rivas / RUBIO, María Isabel Jociles, “Vínculos y contactos socioafectivos de las familias españolas con gestantes por sustitución de Estados Unidos, Canadá y Ucrania”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 792).

gestante (apesar de esta não ter contribuído com o material biológico a partir do qual aquele foi gerado).

Como refere PAULA MARTINHO DA SILVA¹⁰⁹⁹, do ponto de vista científico torna-se *“indiscutível que a mãe gestadora não desempenha um papel passivo no desenvolvimento da criança e que a vida intra-uterina condiciona, certamente, o futuro desta”*¹¹⁰⁰.

Também VERA LÚCIA RAPOSO afirma que *“existe de facto aqui uma ligação emocional com a criança – como a que necessariamente existe entre a criança e alguém que dela cuide durante 9 meses – que justifica o conhecimento da identidade da gestante por parte da criança”*¹¹⁰¹.

A comunidade científica também corrobora esta perspectiva.

MIGUEL OLIVEIRA E SILVA, no Relatório do Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição (63/CNECV/2012), esclarece que *“a gravidez é um tempo vulnerável e constitui, entre outros aspectos, o momento por excelência de activa programação do epigenoma do embrião-feto, condicionando e definindo a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (activação e desactivação) do embrião feto/criança é moldada”*, e que *“o recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética)”*¹¹⁰². Constata, assim, que *“a mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião”*, *“e inversamente: o embrião / feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspectos emocional e espiritual) – nenhuma mulher é a mesma pessoa (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna”*¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁹ E, no mesmo sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Guilherme de, “O estabelecimento da filiação mudança recente e perspectivas”, *ob. cit.*, p. 74).

¹¹⁰⁰ SILVA, Paula Martinho da, “A Procriação (...)”, *ob. cit.*, pp. 76.

¹¹⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo (...)”, *ob. cit.*, p. 45.

¹¹⁰² Relatório do Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição (63/CNECV/2012), disponível em www.cneqv.pt, ponto 3.4, pp. 29-30.

¹¹⁰³ IDEM, p. 30.

Nos casos em que o ovócito provém de dadora, terá sempre o filho(a) o direito a conhecer a identidade da dadora do ovócito (ou embrião) de acordo com o esquema já analisado, e, ainda, o direito de conhecer a identidade da gestante.

Nos ordenamentos em que a *gestação de substituição* é proibida, a sua ilícita utilização deve determinar a aplicação das regras gerais de estabelecimento da filiação, e não o particular sistema de estabelecimento dos vínculos em sede de PMA.

Assim, a gestante será a mãe (legal) da criança.

Caso tenham sido utilizados gâmetas de dador, a revelação da sua identidade estará sujeita às soluções já identificadas.

Note-se que a Lei da PMA, que na redacção conferida pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, não obstante ter passado a consagrar um regime sem anonimato (na sequência do Ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril), continua a prever apenas a revelação da *identidade civil* do dador ou da dadora, nada referindo a propósito da revelação da *identidade civil* da gestante, que assim ficou de fora da excepção constante do n.º 2 (e, também, do n.º 5 do artigo 15.º).

Esta solução deve ser objeto de crítica, tanto mais que a recente alteração legal ocorreu já depois do Ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril.

O teor deste aresto evidencia que, para a decisão de inconstitucionalidade do regime de anonimato vigente até essa data, muito contribuiu a circunstância de o legislador em 2016 ter de passada admitido a *gestação de substituição*.

Ou seja, a partir de 2016 passou a verificar-se uma qualificação na restrição legal ao exercício do *direito ao conhecimento das origens genéticas*.

Dito de outra forma, a circunstância de passar a ser legalmente admitida a *gestação de substituição* colocou pressão no regime do anonimato, pois, a partir desse momento, não só vigorava tal regime de

segredo para as situações de PMA heteróloga, como também para a identidade da gestante de substituição.

A pessoa gerada com recurso à *gestação de substituição*, caso no procedimento estivesse envolvido um gâmeta de dador, passaria a ter de contar com um regime de anonimato sobre dois aspectos determinantes da sua existência: a) incidindo sobre a sua origem genética, isto é sobre a identidade da pessoa que contribuiu com o ADN para que ela própria viesse ao mundo; b) recaindo na identidade da mulher que passou pela gravidez, carregando-a enquanto feto, e que teve o parto.

Portanto, o *manto de segredo* alargou-se em 2016 e o Tribunal Constitucional não foi alheio a essa circunstância, quando decidiu que o regime do anonimato era contrário à Constituição.

Dir-se-á que, nos casos de substituição meramente gestacional, o conhecimento da identidade da gestante não é um problema de conhecimento das origens genéticas, na medida em que nenhum vínculo de natureza biológica liga a gestante ao sujeito que pretende conhecer a sua identidade e que foi gerado com recurso à PMA e à *gestação de substituição*.

O acerto destas considerações não pode, porém, deixar de ser complementado com a referência à circunstância de o *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas* ser, como vimos, enformado pelo direito fundamental ao conhecimento da *historicidade pessoal*, dimensão que pode estar desligada de qualquer vínculo biológico, mas que não deixa de se constituir absolutamente determinante para a definição dos níveis ótimos de realização daquele *direito fundamental ao conhecimento das origens*.

Conhecer a própria origem é em grande medida saber do património genético próprio, mas é, também, conhecer amplamente o contexto em que se veio ao mundo, e a circunstância da gravidez e do parto não pode, desse ponto de vista, ser excluída.

O legislador português deveria, assim, ter incluído, expressamente, na letra da lei a possibilidade de revelação da identidade da *gestante de*

substituição nos mesmos termos em que se admite a revelação da identidade do dador dos gametas utilizadas na PMA heteróloga.

Não se percebe a razão de tal tratamento diferenciado, até porque a opção legislativa deixa a sensação de que o legislador permitiu o mais, e não permitiu menos. Passou a admitir a revelação da identidade do dador que, biologicamente é progenitor do sujeito que tem a pretensão revelatória (situação que é mais problemática em face da existência que laços que não são meramente afetivos, mas antes genéticos), e não admite a revelação da identidade da gestante que de acordo, com o regime de 2016, nem sequer podia ser geneticamente relacionada com aquele requerente.

É certo que as técnicas de interpretação legislativa podem conduzir ao único resultado que consideramos adequado, e que é o de se estabelecer um paralelismo de solução para as duas situações: o regime de revelação da identidade do dador deve valer para a revelação da identidade da gestante.

Porém, alguma segurança jurídica adicional era aqui recomendável, pois não se fazendo essa interpretação da lei à luz das disposições constitucionais que tutelam os direitos fundamentais envolvidos, corre-se o risco de se fazer uma aplicação da lei que pode ser considerada inconstitucional.

Merece ainda referência, neste ponto, a proposta da *Sociedad Española de Fertilidad*, de 2015, de regulamentação da gestação de substituição.

Como referimos, aí se conferia liberdade contratual aos envolvidos para definir o regime pretendido relativamente à possibilidade de revelação da identidade da gestante, cabendo a esta, em última análise, optar pelo anonimato¹¹⁰⁴.

Esta proposta recupera, em matéria de *gestação de substituição*, a solução dos *sistemas de dupla via*, já analisados, e que consideramos não

¹¹⁰⁴ SÁNCHEZ, Fernando Abellán-García, “La propuesta (...)”, *ob. cit.*, p. 464.

assegurarem os níveis mínimos de tutela devida ao *direito ao conhecimento das origens genéticas* da pessoa gerada (com recurso à PMA, em geral, e, aqui, à gestação de substituição) constituindo, ainda, uma violação do *princípio da igualdade e não discriminação*.

8.2. O problema do anonimato na *terapia de substituição mitocondrial*

Como vimos, na *MRT*, o ser gerado com recurso à técnica será portador de material genético proveniente de três indivíduos, pois no ovócito é introduzido ADN mitocondrial de substituição, proveniente de dadora. Também analisámos a circunstância de este ADN, ainda que reduzido, poder ter influência na composição genética do ser gerado.

Este cenário ocorre em qualquer das modalidades de *MRT*, ou seja, o problema existe tanto na “transferência do eixo materno” quanto na “transferência do pro-núcleo”.

Assim, entendemos que, nos casos de *terapia de substituição mitocondrial*, o direito ao conhecimento das origens genéticas tem de abranger a possibilidade de conhecimento da identidade da dadora do ADN mitocondrial.

Na verdade, para os efeitos que agora analisamos (ser ou não revelada a identidade civil) a dadora do ADN mitocondrial é uma dadora de material genético utilizado na PMA, para, assim, ser gerado um ser humano.

Nesse sentido, não vislumbramos qualquer motivo para estabelecer, nesta sede, qualquer distinção, aplicando-se ao conhecimento da identidade da dadora, pela pessoa gerada com recurso a essa técnica, tudo o que se disse relativamente às condições em que dever ser revelada a identidade do dador na PMA.

Claro que, nestes casos, o sujeito tem uma dupla pretensão revelatória, no caso (pouco provável) de o ADN mitocondrial pertencer a

outra mulher que não a beneficiária ou a dadora do ADN nuclear. De facto, uma situação deste tipo acontecerá, eventualmente, por erro, pois a vantagem da *MRT* é permitir que uma beneficiária com problemas nas mitocôndrias possa utilizar o núcleo do seu ovócito, que será implementado no ovócito enucleado da dadora.

Assim, a beneficiária “dá à luz” e é, *ipso iure*, a mãe legal da criança nascida, havendo apenas que descobrir (na possibilidade de manifestação de vontade nesse sentido da pessoa gerada) a identidade da dadora do ovócito com mitocôndrias sãs.

8.3. O veto/preferência de contacto: contribuição para o equilíbrio de modelo de abolição retroactiva do anonimato

A necessidade de, em matéria de revelação da identidade do dador, se considerar a posição subjectiva deste (sobretudo quando estão em causa dadores que se deparam com alterações legislativas no sentido da abolição do anonimato que operam retrospectivamente) iniciou um debate sobre se deve ser dada ao dador (cuja identidade civil é sempre revelada) a possibilidade de fazer ele próprio um contra-requerimento “vetando” qualquer desejo de contacto pela pessoa gerada, ou estabelecendo preferências relativamente aos termos em que esse contacto deva ocorrer.

No Estado australiano de Victoria, as alterações legislativas de 2016¹¹⁰⁵ vieram permitir o conhecimento da identidade do dador a todas as pessoas geradas por recurso a PMA heteróloga, independentemente de quando nasceram, mesmos nos casos em que a dádiva ocorreu antes de

¹¹⁰⁵ A legislação ficou conhecida como “Narelle’s Law”, em memória de Narelle Grech, uma mulher concebida com gâmetas de doador e que morreu em 2013 de cancro do intestino, de causas hereditárias. Narelle Grech havia procurou o seu doador por 15 anos e defendeu mudanças legais para que pessoas concebidas na sequência de técnicas heterólogas pudessem conhecer sua herança biológica (ALLAN, Sonia, “Donor identification - Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people”, *in Family Matters*, No. 98, 2016, pp. 43-95).

1998, data em que foi abolido (prospectivamente) o anonimato, mas permite-se ao dador a apresentação de um requerimento em que este expõe as suas preferências de contacto, que devem ser respeitadas, sob pena de aplicação de uma coima elevada¹¹⁰⁶.

O doador ou a pessoa concebida têm quatro meses após o requerimento de revelação da identidade ser apresentado para decidir se apresentam uma *preferência de contacto*.

Se esta for apresentada, a outra parte terá de assinar o compromisso de que irá cumprir as condições apresentadas. Isto é, o doador ou a pessoa gerada podem apresentar uma declaração expressando até que ponto estão dispostos a ter contacto com a outra parte e/ou que tipo de contacto aceitam, ou é da sua preferência (por exemplo, *e-mail*, carta ou telefone). Em caso de recusa de assinatura do compromisso, não serão fornecidas informações à pessoa que requereu o acesso à identidade do dador.

Este sistema de *veto/preferência de contacto* procura para proteger os dadores de contactos indesejado por parte da pessoa gerada, mas, em rigor, o sistema pode funcionar nos dois sentidos, tanto para o dador, quanto para a pessoa gerada, e isto é assim porque o sistema também permite que o dador possa pedir para conhecer a identidade da pessoa gerada (sendo certo que a revelação da identidade desta só ocorrerá se ela consentir). Nas palavras de SONIA ALLAN, o sistema procura “*equilibrar os interesses em conflito, quando eles existem, permitindo a ambas as partes algum nível de reconhecimento e respeito pelos seus direitos, embora não favoreça nenhum deles*”¹¹⁰⁷.

Este regime é considerado preferível aos que procuram a obtenção do consentimento prévio do dador, para que a sua identidade seja revelada,

¹¹⁰⁶ Cerca de US \$ 7.000. Cfr. KELLY, Fiona / DEMPSEY, Deborah / POWER, Jennifer / BOURNE, Kate / HAMMARBERG, Karin / JOHNSON, Louise, “From Stranger to Family or Something in Between: Donor Linking in an Era of Retrospective Access to Anonymous Sperm Donor Records in Victoria, Australia”, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 33, Issue 3, December 2019, pp. 277–297; ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...)*, ob. cit., p. 218.

¹¹⁰⁷ ALLAN, Sonia, *Report on the Review (...)*, ob. cit., 2017, p. 23.

pois neste último caso pode haver um veto absoluto à revelação daquela informação¹¹⁰⁸.

Deve notar-se, porém que a sua implementação assentou na experiência que, ao longo de 20 anos, se foi obtendo na criação de regimes similares para revelação, ao adoptado, da identidade dos seus progenitores biológicos, e, no caso do Estado australiano de Victoria, o sistema do *veto/preferência de contacto* foi ainda estabelecido como forma de mitigar a abertura legal ao conhecimento da identidade dos dadores, mesmo aqueles que haviam feito a sua dádiva ao abrigo do anonimato (que vigorou até 1998, como se disse). Ou seja, esses dadores antigos perderam em absoluto o anonimato e ganharam, como moeda de troca, a possibilidade de pedirem para não ser incomodados.

Soluções deste tipo na PMA heteróloga estão já implementadas, também, em alguns Estados dos EUA¹¹⁰⁹.

8.3.1 O *veto/preferência de contacto* em Portugal em caso de necessidade de abolição do anonimato *tout court*

Como vimos, o regime português actual protege o dador, no caso de dádivas anteriores a 7 de Maio de 2018, com uma regra de anonimato, solução que pode acabar rejeitada, caso seja desafiada no plano da sua admissibilidade constitucional, à luz jurisprudência do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril.

Consideramos que a solução da alteração retroactiva não é a mais adequada, e que o regime do acesso à identidade do dador devia ser temperado com a possibilidade de este demonstrar que tem razões atendíveis para permanecer anónimo.

¹¹⁰⁸ IDEM.

¹¹⁰⁹ ALLAN, Sonia, *Donor Conception (...)*, *ob. cit.*, p. 220.

Não se adoptando esta perspectiva, porém, a solução da não retroactividade da abolição do anonimato, que o legislador escolheu, pode mais facilmente passar no crivo da constitucionalidade, mantendo-se a linha jurisprudencial já identificada, com a consagração de um mecanismo de *donor link*, que procure facilitar a obtenção do consentimento do dador para revelar a sua identidade.

Porém, caso se revele insustentável, à luz da Constituição e da jurisprudência do TC de 2018, manter as regras de anonimato actualmente vigentes para as dádivas antigas, a consagração do *veto/preferência de contacto* pode trazer algum equilíbrio ao sistema, permitindo que, casuisticamente, seja definido um quadro de tutela da *reserva da intimidade da vida privada do dador*, a pedido deste, quando tal seja considerado relevante.

Reafirmamos o nosso entendimento no sentido de que o sistema consagração do *veto/preferência de contacto* só por si, fica aquém da solução harmonizadora que o modelo que preconizamos procura trazer para o tema do anonimato do dador.

Esse sistema, porém, constituiria um passo importante, caso o legislador, por força da jurisprudência do Tribunal Constitucional, tenha de insistir numa abolição do anonimato, *tout court*.

8.3.2 Vantagens do sistema de *veto/preferência de contacto* no modelo de revelação, *prima facie*, da identidade civil do dador

A necessidade de equacionar a consagração de soluções de *veto/preferência de contacto* vai incrementar, à medida que as legislações forem transitando para modelos de revelação da identidade do dador.

Acresce que o sistema do *veto/preferência de contacto* pode trazer vantagens adicionais, quando consagrado, concomitantemente, com o modelo da revelação, *prima facie*, da identidade do dador.

Ou seja, estamos agora a considerar a possibilidade de acrescentar, à solução que defendemos para a revelação da identidade do dador, a faculdade de este poder manifestar a sua vontade relativamente aos termos em que quer ser contactado ou, no limite, de rejeitar por completo qualquer contacto.

Não está em causa, claro, constituir qualquer excepção adicional à revelação da identidade civil do dador, nos casos em que ela deva ter lugar, mas sim acrescentar um mecanismo que permita tutelar a sua *reserva da intimidade da vida privada*, nas situações em que a sua identidade foi revelada à pessoa gerada com recurso ao seu material biológico.

O dador pode ter várias razões atendíveis para recusar contactos ou estabelecer preferências para a sua realização. Pode não querer expor social ou, publicamente, através da introdução de uma convivência inovadora na sua vida (notada, portanto, no círculo em que se move), por razões pessoais ou profissionais, a circunstância de ter sido dador no passado. Pode pretender que fique na maior reserva possível, para assim assegurar a estabilidade de um núcleo familiar existente, essa circunstância.

Todas estas pretensões devem ter-se por atendíveis, por razoáveis.

O *direito ao conhecimento das origens genéticas* não permite impor o estabelecimento de uma relação afetiva com o dador, mas tão-só lograr a sua identificação.

Seria, na verdade, demasiado gravoso impor ao dador a alteração das suas condições de vida por forma a iniciar uma convivência, quando ele a não deseja, com a pessoa ou pessoas geradas com recurso ao seu material biológico.

O *direito ao conhecimento das origens genéticas* não admite o seu exercício abusivo como vimos.

Ter vontade de conhecer a ascendência corresponde ao que de mais normal existe no *desenvolvimento da personalidade*.

Porém, dar um passo seguinte, no sentido da assunção de condutas abusivas e violadoras da vida privada da contra-parte corresponde já a um desvio que importa afastar.

Também pensamos que o *direito ao conhecimento das origens genéticas* não inclui a faculdade ou pretensão de tornar pública, por parte da pessoa que teve acesso a essa informação, a identidade do dador, contra a vontade deste.

Assim, neste cenário, a solução legal passaria por atribuir ao dador duas opções, que poderia exercer em simultâneo: a primeira, no sentido de invocar “razões ponderosas” para não revelar a sua identidade; a segunda, estabelecendo um *veto/preferência de contacto*, para o caso de as razões por si invocadas não serem consideradas atendíveis e a sua identidade acabar por ser revelada.

Também pensamos que a solução do *veto/preferência de contacto*, à semelhança do que acontece no Estado australiano de Victoria, deve ser alargada à pessoa gerada com recurso ao material biológico do dador, pois as condutas abusivas podem, também, advir de comportamentos por este adoptados.

Resta abordar a questão relativa ao tipo de sanções que devem ser legalmente estabelecidas para os casos de violação das opções formuladas por qualquer das partes.

Deverão ser sanções da natureza criminal, contra-ordenacional ou civil?

Quanto a este ponto, pensamos que não seria necessário criar mecanismos adicionais, mais ou menos rebuscados, no sentido de tentar assegurar a eficácia das proibições ou a imposição das preferências de contacto manifestadas.

O *direito penal* português já prevê um conjunto considerável de tipos legais de crimes que se destinam a proteger a reserva da vida privada (cfr. artigos 190.º e seguintes do Código Penal) pelo que bastaria aproveitar essa

panóplia de soluções, adaptando-as, se necessário, à realidade de que agora tratamos.

Uma vez que está aqui em causa uma relação entre duas pessoas, parece-nos desajustado convocar o regime do *ilícito de mera ordenação social* e, portanto, consagrar contra-ordenações para os casos de violação das limitações definidas.

Relativamente às eventuais sanções civis, elas teriam, em princípio, de passar pela vinculação negocial das partes envolvidas a um concreto regime de contactos, o que pode corresponder a uma desnecessária burocratização do procedimento, pouco aconselhável, tendo em conta os objetivos pretendidos.

8.4. Aconselhamento especializado e o seu financiamento

JOÃO CARLOS LOUREIRO chama a atenção para a necessidade de, nos sistemas que admitem a revelação da identidade do dador, se consagrarem mecanismos de aconselhamento especializado, bem como de se equacionarem os termos do seu financiamento¹¹¹⁰.

O que está em causa é a criação de um mecanismo que, em Portugal, já existe em matéria de adopção.

O Regime Jurídico do Processo de Adopção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, determina, como vimos, no n.º 1 artigo 6.º, que *“os organismos de segurança social, mediante solicitação expressa do adotado com idade igual ou superior a 16 anos, têm o dever de prestar informação, aconselhamento e apoio técnico no acesso ao conhecimento das suas origens”*, e o n.º 2 esclarece que *“para efeitos do disposto no número anterior, durante a menoridade é sempre exigida autorização dos pais adotivos ou do representante legal, revestindo o apoio técnico carácter obrigatório”*.

¹¹¹⁰ LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai (...)”, *ob. cit.*, p. 22.

Em face destas normas, o adoptado menor, com 16 ou 17 anos, não tem um acesso à sua identidade biológica sem estar representado e sem apoio técnico obrigatório dos organismos da segurança social.

No caso da PMA, como também vimos, o legislador excluiu a possibilidade de acesso à identidade do dador à pessoa gerada com 16 ou 17 anos.

Assim, no conhecimento das origens biológicas na PMA, que só pode ocorrer na maioridade, o aconselhamento não poderá ser obrigatório nem imposto, e apenas poderá ter lugar quando houver solicitação por parte da pessoa com a pretensão revelatória.

Não se duvida, porém, da importância da sua consagração, pois o acesso à informação sobre a identidade do dador não deixa de estar envolto em complexidade, atendendo à influência que esse acesso tem na forma como a vida da pessoa em causa se desenvolverá a partir da obtenção dessa informação.

Por outro lado, se for consagrado mecanismo de *veto/preferência de contacto*, mais necessário se torna preparar os envolvidos para os termos em que podem, ou não, interagir com a outra parte.

No que respeita ao financiamento desse aconselhamento duas atitudes podem ser assumidas: a) considerar que, na esteira da adopção, o apoio técnico em causa é matéria que compete aos serviços do Estado providenciar; b) entender que deve ser o próprio sistema de apoio médico da PMA a suportar este apoio, na lógica do *ubi comoda ibi incommoda*, e, nesse caso, os custos dos tratamentos de PMA heteróloga deverão ser incluir a subsidiação do sistema de apoio técnico ao acesso à às origens genéticas.

8.5. Importância de um registo central de dadores

Como vimos, no direito alemão, depois de preocupações relativas à conservação da informação relativa aos dadores, foi criado, em 2017, um

registo central de dadores por intermédio da *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen* (Lei que regulamenta o direito ao conhecimento da linhagem no caso de uso heterólogo de sémen).

A existência de um registo central de dores é um mecanismo muito importante na criação das condições práticas de efectivação do processo de conhecimento da identidade na PMA heteróloga.

Essa importância faz-se notar a três níveis.

Em primeiro lugar, é determinante para assegurar o funcionamento do modelo de abolição do anonimato que defendemos, pois a gestão centralizada da informação relativa aos dadores permitirá mais facilmente definir o procedimento adequado para os casos em que o dador pretende evocar “razões ponderosas” para que a sua identidade não seja revelada e, bem assim, para a criação das condições tendentes a que a sua pretensão possa ser apreciada adequadamente, desde logo, tendo em conta o segredo em que o procedimento tem de estar envolvido até ao cumprimento da eventual decisão de revelação da sua identidade.

Em segundo lugar, essa centralização é também importante para a definição de procedimentos em matéria de *veto/preferência de contacto*, tanto do sujeito que pretende conhecer identidade do dador, quanto deste. O ideal será que tanto as preferências da pessoa gerada com recurso a PMA heteróloga, quanto as do dador, sejam manifestadas junto da mesma entidade e mediante procedimentos uniformizados.

Por último, é vantajoso centralizar e estandardizar as condições em que funcionará o apoio psicológico dado à pessoa que pretende conhecer identidade do dador.

No caso português, cabe ao CNPMA organizar este registo central, por força do disposto na alínea p) do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da PMA^{1111/1112}.

8.6. O dador tem direito a conhecer a sua descendência biológica?

No contexto da PMA heteróloga, pode questionar-se se tem cabimento um direito do dador a conhecer a sua descendência biológica.

Como é fácil constatar, a questão já se situa fora do contexto do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, pois este, por definição e uma vez que está em causa o conhecimento de *origens pessoais*, não pode incluir o direito dos progenitores ao conhecimento dos vínculos relativamente à sua descendência.

Não pode, porém, afastar-se a ligação entre essa pretensão e *um direito ao desenvolvimento da personalidade* do próprio dador.

Não é, pois, totalmente descabida a pretensão de um dador que alega ter necessidade de conhecer a prole que foi gerada com recurso ao seu material biológico, invocando tal ser absolutamente determinante para o seu desenvolvimento enquanto pessoa.

Porém, a questão de saber se o Direito deve ser sensível a essa pretensão, ao ponto de consagrar mecanismos legais que permitam que ela se torne efetiva, pressupõe a análise de vários planos diferenciados.

Desde logo, pode suceder que, no momento da dádiva, o dador se comprometa, até por intermédio de declarações escritas, a renunciar a qualquer intenção de conhecer a sua descendência, *scilicet*: de conhecer as futuras pessoas geradas com recurso aos seus gâmetas.

¹¹¹¹ Aí se dispendo que uma das atribuições do órgão é “centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, incluindo as gestantes de substituição, beneficiários e crianças nascidas”.

¹¹¹² ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06 (...)”, *ob. cit.*, p. 32.

Se o faz, exerce sua *autonomia privada*, vinculando-se a esse resultado.

Neste cenário, revela-se *prima facie* pouco viável, num eventual cenário futuro de alteração da posição do dador relativamente à matéria, aceitar que a pretensão de conhecimento tenha de ser colocada em confronto com o eventual *direito à reserva da intimidade da vida privada* das pessoas geradas com o material biológico desse dador.

Tal poderia acontecer, apenas, na hipótese em que se considerasse que aquela vinculação, no sentido de renunciar a qualquer pretensão de conhecimento da prole biológica, teria de considerar-se excessiva, à luz da tutela que é devida ao *direito ao desenvolvimento da personalidade*.

Por outro lado, nos casos em que, no momento da dádiva, a questão relativa a uma eventual pretensão de conhecimento da descendência não tenha sido colocada e, portanto, não exista nenhuma manifestação de vontade expressa do dador a esse propósito, a questão ficará em aberto até ao momento em que a pretensão de conhecimento seja manifestada.

Caso ela surja, deve o sistema legal acolher a pretensão e oferecer a possibilidade de se revelar ao dador a identidade da prole?

Mais uma vez, a resposta a este problema terá de ser resolvida num contexto de harmonização dos interesses em conflito no caso concreto, e deve dizer-se, desde já, que, neste cenário, a posição do dador é que merece menos tutela.

Ou seja, no confronto dos interesses envolvidos, não pode deixar de afirmar-se uma maior densidade material do *direito ao conhecimento das origens genéticas* relativamente ao *direito ao conhecimento da descendência*.

No caso do filho que não conhece os seus progenitores e sente necessidade de obter essa informação, está em causa tutelar as dimensões mais elementares dos direitos à *identidade pessoal*, ao *desenvolvimento da personalidade* e à *integridade pessoal*.

A pessoa gerada com recurso à PMA heteróloga nada escolheu quanto aos termos em que veio ao Mundo, e seria injusto confrontá-la com uma pretensão de quem exerceu a sua autonomia duas vezes e, portanto, teve dupla escolha: o dador escolheu sê-lo e quis agora apresentar a sua pretensão de conhecimento da descendência.

Pensamos, assim, que as exigências de tutela não são equiparáveis, pelo que terá de ter-se por natural a solução que conceda aos interesses da pessoa gerada com recurso a gametas de dador, no sentido de a sua identidade não lhe ser revelada.

Admitir-se-á que possa não ter de ser assim nos casos em que há um verdadeiro encontro de vontades, isto é, uma vez apresentada a pretensão do dador no sentido de conhecer a prole, contactadas as pessoas geradas com recurso ao seu material biológico, estas aceitem revelar a sua identidade.

Neste cenário, porém, não é descabido pensar na consagração de mecanismos de *veto/preferência de contacto* pois, também, aqui pode estar apenas envolvida uma vontade de conhecimento da *identidade civil*, sem qualquer intenção de estabelecer relacionamento ou, então, de o estabelecer em termos muito limitados.

CONCLUSÕES

Realizado todo o percurso, retiramos, do presente estudo, as conclusões que se seguem.

1. A regulamentação da PMA, à escala global, percorreu, nos últimos quarenta anos, caminhos sinuosos, pois, nesse lapso temporal, ocorreram frequentemente inversões na estratégia legiferante, alterações de perspectivas sociológicas, pressões democráticas e intervenções correctivas judiciárias.

Constatou-se, assim, que é problemático regulamentar a PMA.

Não obstante, o Direito invadiu este campo da Ciência, e a regulamentação assentou em modelos díspares: de base constitucional, de pendor criminal, assente em legislação especial, de auto-regulação, ou em tipos mistos.

2. Um dos principais desafios com se se debate a regulamentação da PMA resulta da circunstância de as soluções normalmente oferecidas se situarem num plano nacional ou estadual, sendo certo que, neste domínio, se tendem a esbater fronteiras, pois a globalização e o *turismo reprodutivo* tornam pouco eficazes as atitudes proscritivas.

A regulamentação da PMA tem, assim, de encontrar as medidas certas de intervenção, por forma a que elas que não sejam reduzidas a uma imediata ineficácia.

3. Não obstante, a PMA apresenta novos desafios ao Direito, como sejam os resultantes da aplicação da *inteligência artificial*, da *ectógenese* e das novas discussões em torno da *clonagem reprodutiva*.

A aplicação da IA na PMA, não deixará de trazer, também, as questões que hoje já se discutem noutras áreas de utilização, por exemplo, em matéria de responsabilidade civil, designadamente, quanto à questão de saber se o

actual sistema consegue dar resposta à necessidade de ressarcimento de danos causados na sequência da utilização de tecnologias inteligentes, quanto à necessidade de convocar a responsabilidade civil objectiva e quanto ao problema do caminho a trilhar no futuro quanto à definição de um regime jurídico aplicável (e se o mesmo passará, por exemplo, pela criação da *personalidade jurídica electrónica* ou do *robô*).

Quanto à ectogénese, à medida que se caminha para a possibilidade de criação de uma *incubadora humana ectogénica*, colocar-se-ão, nos próximos tempos, problemas como: qual o estatuto do embrião/feto durante a *gestação ectogénica*; em que condições o processo pode ser interrompido e que relação tem tal acto com a *interrupção voluntária da gravidez*; quais os critérios que permitirão definir a ocorrência de um nascimento, com as consequência legais daí decorrentes; se mulheres que desejem terminar a gravidez, mas não a vida do feto, podem optar pela ectogénese; nos casos de *interrupção voluntária da gravidez*, havendo viabilidade do feto, se os Estados podem impor a ectogénese; nos casos em que a *gestação de substituição* é permitida, qual o papel da ectogénese no case de arrependimento da gestante.

A já tradicional proibição absoluta da *clonagem reprodutiva* também apresentará novos desafios, desde logo quando se disseminar a utilização da *terapia de substituição mitocondrial* e quando se acentuar a sua comparação com a *gametogénese in vitro* (técnica que não tem sido alvo da rejeição inicial a que foi votada a clonagem).

4. A definição legal do quadro de beneficiários da PMA em Portugal foi profundamente alterada em 2016, pois passou a permitir-se o acesso às técnicas a todas as mulheres, isoladamente (portanto, fora do contexto de casal heterossexual), ou integrando casal do mesmo sexo, e independentemente do respectivo estado civil. Este alargamento do âmbito subjectivo de aplicação das técnicas de PMA constituiu uma alteração legislativa de efeitos profundos na *economia do sistema*, com consequências

muito relevantes, não só relativamente aos termos em que a PMA deve passar a ser encarada no nosso país, como também quanto aos efeitos no contexto do *direito da família* e das *relações familiares* que a mesma provoca.

A PMA deixou de ser, para estas beneficiárias um método subsidiário de procriação, tendo, por isso, o legislador português aberto a porta da *pura escolha reprodutiva* para a utilização da PMA. A situação de uma mulher (fértil) que tem o desejo de procriar com recurso à PMA, gerando uma criança num contexto de monoparentalidade, é agora equiparável à dos casais inférteis, não admitindo o regime a concessão de uma prioridade automática, no acesso aos tratamentos, aos casos de infertilidade certificada, apenas aceitando a definição de prioridades casuísticas em função da gravidade clínica que as situações envolvam.

Estas opções legais não deixam de ser problemáticas, pois o mesmo sistema de PMA que restringe o acesso a financiamento estadual (limitando o acesso aos tratamentos, por exemplo, a mulheres com mais de 42 anos), admite tratar, com fundos públicos e com frágeis critérios de correcção de precedência ou prioridade, mulheres totalmente férteis, que se apresentam, isoladamente, pedindo uma inseminação.

Acresce que a opção do legislador em tornar a PMA um método alternativo de procriação torna menos gravosas, por comparação, outras opções que se têm tradicionalmente por problemáticas, como, por exemplo, a escolha de sexo ou o recurso à *gestação de substituição* pelos casais homossexuais masculinos.

5. A Lei da PMA não exige que, no recurso à PMA por mulher casada, ou em união de facto, seja dado o consentimento do cônjuge ou companheiro(a).

Nestes casos a mulher tem um núcleo familiar estabelecido com o seu cônjuge ou companheiro(a), e vai nele introduzir inovadoramente uma criança.

A lei deveria ter consagrado a necessidade de obtenção da *anuência* do cônjuge para a aplicação da técnica na mulher, como acto distinto do *consentimento*, pois deste a Lei da PMA retira consequências em matéria de direito da filiação, que não devem ter lugar neste cenário, sob pena de se aniquilar a possibilidade de acesso pelas mulheres, isoladamente.

6. Ao permitir o recurso à PMA às mulheres, isoladamente, e ao transformar o modelo da PMA em modelo tributário de uma *alternativa procreativa*, o legislador criou uma incongruência resultante da concomitante proibição da inseminação *post mortem*.

Uma mulher, por si só, pode escolher a PMA para gerar uma criança com gâmeta de dador (vivo ou falecido), cuja identidade civil pode ser hoje conhecida, e este tipo de família monoparental não pode deixar de considerar-se menos problemático do que aquele resultante da inseminação *post mortem* de uma mulher, para realização de *projecto parental sólido*, pois, neste último caso de monoparentalidade, a criança gerada poderá ainda contar com toda a eventual linha de parentesco paterno (e, bem assim, contar com a linha da paternidade devidamente preenchida no registo civil).

7. Apesar de a Lei da PMA não estabelecer directamente limitações de acesso à PMA em função da idade dos beneficiários, elas decorrem do estabelecimento, por via administrativa, de restrições para efeitos de financiamento público das técnicas.

As regras actualmente vigentes estabelecem que são admitidas, no SNS, para técnicas de PMA de 1.^a linha (indução da ovulação e inseminação intra-uterina) todas as mulheres que não ultrapassem os 42 anos e são admitidas a técnicas de PMA de 2.^a linha (fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática de espermatozóide) todas as mulheres que não ultrapassem os 40 anos.

No caso da limitação de acesso aos tratamentos públicos, está em causa saber em que medida pode estabelecer-se um equilíbrio entre a

necessidade de tratar a infertilidade por via dos sistemas públicos de saúde, e a importância de proceder a uma optimização de recursos, limitando gastos públicos, nos casos em que a Ciência, comprovadamente, diz que os tratamentos são pouco eficazes ou, mesmo, quase inúteis.

As soluções a encontrar, nesta matéria, não devem, porém, ser *puramente economicistas*.

8. A revogação do consentimento por parte de um dos beneficiários, no caso de estes serem um casal, tem a consequência de impedir o acesso à PMA ao membro que não se retracta, tanto para efeitos de utilização do material biológico criopreservado no âmbito do *projecto parental* desfeito, quanto para a transferência de embriões já formados e a aguardar decisão de aproveitamento, nesse mesmo contexto.

Têm sido frequentes as disputas entre membros de casais desavindos, relativamente ao acesso à PMA utilizando o material criopreservado, sendo mais densas as querelas em torno da utilização de embriões que se encontram nessas condições.

O problema chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no *Case of Evans v. The United Kingdom* (Acórdão de 7 de Março de 2006).

Também nos EUA já foram judicialmente apreciados vários casos de disputas sobre embriões criopreservados.

Para resolver este problema, deve afirmar-se firmemente o princípio do *consentimento informado*, da sua *actualidade e livre revogabilidade* (dentro dos limites legalmente impostos).

Se, por força da rutura da relação, um dos membros do casal, antes do início dos processos terapêuticos, *rectius*, antes da transferência do embrião, revoga o seu consentimento, esfuma-se *projecto parental* e o material biológico não pode, em princípio, ser utilizado à revelia da sua vontade.

Em casos muito raros, porém, este quadro de princípio poderá ser derogado, mas para tal suceder teria de haver *previsão legal habilitante* e, recomendavelmente, a intervenção jurisdicional.

Assim, na sequência de uma *decisão judicial*, em face da revogação do consentimento por parte de um dos membros do casal beneficiário, o resultado poderia não ser a impossibilidade de o outro beneficiário receber o embrião e dar execução ao *projecto parental*.

9. A Lei da PMA não estabelece quaisquer restrições de acesso às técnicas tendo por base condições subjectivas dos beneficiários relacionadas com o “estilo de vida” ou “opções comportamentais”.

A Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (“*European Society of Human Reproduction and Embryology – ESHRE*”) já centrou a sua atenção na análise de três situações de restrição relevantes, ligadas à saúde dos potenciais beneficiários: a obesidade, o consumo de álcool e o consumo de tabaco.

A questão da restrição de acesso à PMA em função de circunstâncias ligadas aos beneficiários, não no plano da saúde, mas da sua concreta condição de vida, já se colocou no TEDH, que a analisou no seu Acórdão de 18 de Abril de 2006 (*Case of Dickson v. The United Kingdom*).

Consideramos que caberá aos médicos, na avaliação que façam das condições de cada um dos beneficiários e do resultado que pode advir da aplicação das técnicas de PMA, decidir quem pode ou não a elas aceder. A solução concreta deverá, assim, ser uma decisão clínica, e não um resultado imposto legalmente.

10. O DGPI, que a Lei da PMA admite, dentro de um condicionalismo definido, deve sempre assentar numa “cláusula de gravidade”.

A técnica foi apreciada no Acórdão do TEDH, de 28 de Agosto de 2012, respeitante ao *Case of Costa and Pavan v. Italy*, a propósito da proibição da sua utilização vigente no direito italiano, e no Acórdão do

Tribunal Constitucional português n.º 101/2009, de 3 de Março, tendo em conta o regime vertido na Lei da PMA, sem que tenha sido feito qualquer juízo de rejeição da mesma.

11. No que respeita ao designado *saviour sibling*, que a Lei da PMA também permite, no pressuposto da existência de autorização prévia do CNPMA, apesar de levantar questões éticas é menos problemática do que outras matérias na PMA, não podendo prevalecer o argumento da “coisificação” do ser humano.

As intervenções médicas a que é sujeito o *saviour baby* são normalmente pouco invasivas (recolha no cordão umbilical, por exemplo) pelo que, numa ponderação dos interesses envolvidos, deve ter-se por tendencialmente aceitável a sujeição do mesmo a esses tratamentos, pois do outro lado da equação está normalmente a possibilidade de salvar uma vida já existente.

12. A possibilidade de se utilizar a PMA para escolher o sexo da criança a nascer foi, desde cedo, considerada muito problemática, tendo-se desenvolvido uma tendência precoce, sobretudo no contexto europeu, no sentido da sua proibição, que resulta hoje, expressamente, entre nós, do artigo 14.º da Convenção de Oviedo e dos artigos 7.º, n.º 2, e 37.º da Lei da PMA.

Não obstante essa proibição continuar, por agora, sólida, não pode excluir-se a possibilidade de se evoluir para a admissibilidade de escolha do género do embrião por razões de “*family balancing*”, sendo certo que, mesmo dentro desta possibilidade, haverá que definir critérios rigorosos das condições que permitam aos beneficiários exercer essa opção.

13. A terapia de substituição mitocondrial (*MRT*), que consiste na troca de mitocôndrias doentes nos ovócitos (fertilizados ou não) de mulheres afetadas, por outras saudáveis obtidas de dadora, levanta

questões muito importantes, pois o ser gerado com recurso à técnica terá material genético que não provém apenas do casal beneficiário, uma vez que é utilizado ADN mitocondrial de substituição, a partir do ovócito proveniente da dadora.

Os cientistas têm questionado se a técnica corresponde a uma forma de modificação genética e a resposta não tem sido unânime.

Sendo a técnica autorizada em alguns ordenamentos, como é o caso do Reino Unido, tendo em consideração as vantagens que apresenta para evitar a transmissão de doenças muito graves à criança que vai ser gerada, deve, igualmente, perguntar-se se ela é admissível em Portugal.

Em face da protecção constitucional conferida à *identidade genética*, a admissibilidade da *MRT*, em Portugal (uma vez que se trata de técnica cujos termos de aplicação podem situar-se nas fronteiras do que já pode considerar-se ingerência no ADN), necessitará de autorização legal expressa, que estipule os termos concretos dessa sua admissibilidade, ou seja, que regule a aplicação da técnica. Considera-se, até, adequado que, nesta matéria, se preveja a intervenção casuística autorizante do CNPMA.

14. Na PMA, tal como em outros domínios da medicina, há que contar com o *erro médico* e a com a *negligência*.

A casuística sobre esta matéria é muito variada, encontrando-se, por exemplo: casos de *property*; casos de *mix up* (ou de troca); casos de *access to treatment*; casos de *wrongful birth*; erros de diagnósticos no *rastreio genético pré-implantatório*, ou no *diagnóstico genético pré-implantatório*; casos de *consentimento informado*.

15. Na Lei da PMA, desde a versão originária, a *inseminação e fecundação post mortem* são proibidas, admitindo-se, porém, excepcionalmente a *transferência post mortem de embrião*.

Esse regime, que se manteve em relativa tranquilidade durante 10 anos, passou a ser alvo de controvérsia quando, em 2016, se alargou o leque

de possíveis beneficiários, admitindo-se o recurso à PMA às mulheres, isoladamente, ou seja, fora do contexto do casamento ou união de facto.

Assim, no dia 23 de Outubro de 2020, foram aprovados na Assembleia da República, na generalidade, quatro Projectos de Lei, prevendo, dentro de certos requisitos, a admissibilidade da PMA *post mortem*, para realização de *projecto parental* inequívoco.

O Decreto resultante desses Projectos, aprovado em 25 de Março de 2021, foi, porém, objecto de veto pelo Presidente da República, a 22 de Abril de 2021, que se fundamentou, sobretudo, nas dúvidas colocadas pelo novo regime sucessório nele previsto e na previsão da aplicação retroactiva da possibilidade de recurso à PMA *post mortem*, para projectos parentais pré-existentes.

Certo é que, depois do alargamento, em 2016, do quadro de beneficiários da PMA, não é coerente manter a proibição da PMA *post mortem*, nos termos em que a versão originária da Lei da PMA a criou.

Ainda assim, a PMA *post mortem* deve ser apenas admitida num prazo relativamente curto após o falecimento do beneficiário, prazo esse que deve permitir um equilíbrio entre a necessidade de assegurar alguma reflexão ao sobrevivente que quer recorrer à figura e a importância de não protelar demasiado no tempo a indefinição quanto à geração de prole que integrará o leque de herdeiros do falecido.

16. As atitudes dos Estados em face da *gestação de substituição* têm sido, e continuam a ser hoje, díspares. A generalidade dos ordenamentos jurídicos, porém, continua a assumir uma posição de rejeição relativamente à *gestação de substituição*.

Uma perspectiva mais radical considera que a *gestação de substituição* por violar valores fundamentais, como a *dignidade humana*, deve ser absolutamente proibida e, até, criminalizada. Alguns Estados recusam, inclusive, assumir uma atitude de reconhecimento *ex post facto*, não aceitando retirar quaisquer efeitos de um procedimento de *gestação de*

substituição que tenha ocorrido no estrangeiro ao abrigo de uma jurisdição permissiva. É frequente, até, a invocação da *ordem pública internacional dos Estados* como fundamento para recusar retirar quaisquer efeitos de documentos oficiais destinados a comprovar o estabelecimento, no estrangeiro, do vínculo de filiação relativamente aos casais beneficiários.

Relativamente aos países com abertura à *gestação de substituição*, assiste-se a uma dicotomia entre dois modelos muito diferentes: Estados que aceitam a *gestação de substituição* apenas como medida excepcional, a aplicar em casos medicamente justificáveis; Estados com uma perspectiva *ultra-contratualista* da figura, que entende que a *gestação de substituição* pode ser encarada como um procedimento destinado à celebração de um *contrato de prestação de serviço remunerado*.

17. A assunção de diferentes atitudes dos Estados em torno da *gestação de substituição*, e a circunstância de, muitas vezes em verdadeiro *turismo reprodutivo*, os beneficiários recorrerem à figura além-fronteiras, têm criado problemas que já determinaram a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Da jurisprudência do TEDH pode retirar-se o entendimento segundo o qual a Convenção não permite, no contexto da *gestação de substituição*, que a atribuição da maternidade, por um Estado, à mulher beneficiária, seja posteriormente contrariada pelas autoridades de outro Estado, com fundamento no não reconhecimento da figura da *gestação de substituição* pelo ordenamento jurídico desse segundo Estado, quando tal colocar em causa o *superior interesse das crianças*, ao menos nos casos em que a criança tem um vínculo biológico com o casal intencional.

18. A Lei da PMA, logo em 2006, optou por proibir a *gestação de substituição*, sancionando com nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, celebrados para o efeito.

Porém, em 2016/2017, o panorama legal da *gestação de substituição* mudou radicalmente, em Portugal, pois a *gestação de substituição*, a título gratuito, passou a ser admitida, dentro de apertadas condições, após as alterações introduzidas à Lei da PMA pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

Porém, o Tribunal Constitucional português detectou graves fragilidades nesse regime, o que o levou, no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, a declarar a sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral.

19. Defendemos um modelo de *gestação de substituição*, excepcional e altruística, de *modelo personalista e não contratualista*, em que após o parto, o casal beneficiário (que deve ter contribuído com material biológico para a técnica de PMA aplicável), não vê a filiação da criança automaticamente estabelecida a seu favor, nem tal ocorrendo após o decurso de um qualquer prazo peremptório (para o exercício do direito ao “arrependimento”) da gestante.

Seis semanas após o parto (prazo que é, também, no nosso sistema, o prazo a partir do qual se considera válido o consentimento de uma mulher que dá à luz para que a criança possa ser encaminhada para a adoção, nos termos do artigo 1982.º, n.º 3 do Código Civil), deve iniciar-se um lapso temporal no decurso do qual o casal beneficiário pode pedir uma “decisão de parentalidade”, destinando-se esta a verificar se todos os requisitos legais estão preenchidos e, sobretudo, se a criança já foi voluntariamente entregue ao casal beneficiário pela gestante.

Em caso de acordo entre a gestante e os beneficiários, antes do parto, e mediante uma análise cuidada do concreto procedimento de *gestação de substituição* (que deve incluir uma análise psicológica), pode ser determinado que, no momento do parto, de imediato, possa ser estabelecida a filiação relativamente ao casal beneficiário, de tal forma que a criança já nasça filha do casal beneficiário.

Caso não possa ser concedida a “decisão de parentalidade”, o tribunal decidirá, de acordo com o *superior interesse da criança*, o que for mais adequado, quanto à residência da criança e ao estabelecimento dos respectivos vínculos de maternidade e paternidade.

20. As pretensões indemnizatórias na *gestação de substituição* tanto dos beneficiários, quanto da gestante, num cenário de frustração das expectativas, são de admitir, pois são compatíveis com o disposto no Código Civil, concretamente, no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil.

A melhor solução passa, pensamos, por estabelecer um regime especial que, admitindo essas pretensões, confira ao juiz a possibilidade de ajustar os montantes indemnizatórios a conceder, pois deve partir-se do princípio da atenuação das quantias pecuniárias a arbitrar, em função das circunstâncias dos casos concretos.

21. O problema do anonimato do dador na PMA deve ser analisado tendo em consideração a consagração, hoje, indubitável, de um *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas*, para cuja construção muito contribuiu o TEDH e a jurisprudência alemã da década de 80 do Século XX.

22. Defendemos, para tutela do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, a possibilidade de utilização de uma *acção de informação pessoal* destinada a obter, por exemplo, a condenação de terceiro (que pode ser um progenitor já conhecido, ou outra pessoa, singular ou colectiva) a facultar toda a informação de que seja portador, e cuja exigência seja razoável, como forma de, assim, se efectivar aquele direito.

23. Durante muito tempo, entendeu-se que, na PMA heteróloga, o anonimato do dador do material biológico utilizado era a solução preferível, pois teria a vantagem de facilitar a obtenção de gâmetas e evitar a criação de

problemas adicionais, num domínio (o da PMA) em que os problemas já eram abundantes.

Porém, foi crescendo o entendimento de que esta perspectiva tradicional tinha os seus alicerces em concepções estigmatizantes e redutoras, o que foi ganhando força à medida que a Ciência foi descobrindo, a propósito das pretensões individuais de conhecimento das próprias origens, que a negação do acesso à história pessoal tem, na generalidade das situações, consequências mais nefastas do que qualquer potencial vexame resultante da circunstância de se ter nascido numa família com problemas de fertilidade.

A força jurídica expansiva do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, erigido à categoria de direito fundamental, foi criando um movimento crescente, tendente a abolir as soluções de anonimato, sendo certo que, à medida que algumas legislações foram abrindo o regime, chegou-se à conclusão de que a diminuição de dados não era drástica, tendo-se antes assistido a uma mudança do perfil do dador.

Assim, vários ordenamentos jurídicos que, inicialmente, haviam consagrado a solução do anonimato do dador, alteraram as regras, passando a permitir a revelação da identidade civil daquele à pessoa gerada, a partir de certa idade.

24. A Lei da PMA, na sua versão originária, assentou num modelo de anonimato, que só poderia ser levantado, a pedido da pessoa gerada, em situações excepcionais, quando se provasse, num processo judicial, existirem “razões ponderosas” para a revelação da identidade do dador.

Porém, o Tribunal Constitucional português, no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral desse regime.

Na sequência desse Acórdão, a Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, veio dar nova redacção ao artigo 15.º da Lei da PMA, que passou a determinar que as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso

a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do CNPMA informação sobre a identificação civil do dador.

Estabeleceu, ainda, essa lei, um regime transitório, aplicável às dádivas anteriores à produção de efeitos da jurisprudência do TC, regime esse que mantém, nesses casos, a solução do anonimato.

25. Defendemos, para o regime do anonimato do dador na PMA heteróloga, um modelo mais harmonizador dos interesses em conflito, e que deve assentar na regra da admissibilidade, como ponto de partida, do conhecimento da identidade do dador do esperma, dos ovócitos ou do embrião.

Porém, como forma de atribuir o necessário equilíbrio ao sistema, deve consagrar-se legalmente a possibilidade de essa faculdade ser paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a protecção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinem.

Com este modelo, pensamos que, no cumprimento do entendimento que resulta do Acórdão do TC de 2018, o interesse tutelado, em primeira linha, passaria a ser o *direito ao conhecimento das origens biológicas*, e o legislador enviaria uma mensagem suficientemente tranquilizadora aos potenciais dadores, de tal forma que estes saberiam poder contar com alguma protecção legal em caso de futura concretização de pretensão revelatória, contribuindo-se, assim, para evitar a diminuição de dádivas.

Na jurisprudência alemã, por exemplo, no Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 28 de Janeiro de 2015, apela-se precisamente à necessidade de, perante pretensões de revelação da identidade do dador, serem ponderados todos os interesses em jogo, incluindo os respeitantes ao dador, isto sem prejuízo de *prima facie*, se considerar a atribuição de um peso diferenciado ao direito ao conhecimento da identidade do dador.

26. A relevância do *direito ao conhecimento das origens genéticas* na *gestação de substituição* deve, também, ser considerada.

Se a gestante forneceu igualmente o óvulo para fecundação, após o nascimento, entregará (se tudo correr como planeado) a criança à mãe beneficiária, relativamente à qual se estabelecerá a maternidade, em derrogação da regra “*mater semper certa est*”, nos regimes legais que admitam a figura. Nestes casos, ao sujeito nascido deverá ser reconhecido o direito de aceder à informação sobre a identidade da mãe biológica (que aqui coincide com a mãe portadora).

Nos casos de substituição meramente gestacional, a gestante não forneceu o óvulo, tendo este sido obtido junto da mulher beneficiária ou de uma dadora, e, sendo a beneficiária considerada a mãe da criança, deve reconhecer-se ao filho um autónomo *direito a conhecer a identidade da gestante* (apesar de esta não ter contribuído com o material biológico a partir do qual aquele foi gerado).

27. Na terapia de substituição mitocondrial, o direito ao conhecimento das origens genéticas tem de abranger a possibilidade de conhecimento da identidade da dadora do ADN mitocondrial.

28. A necessidade de, em matéria de revelação da identidade do dador, se considerar a posição subjectiva deste (sobretudo quando estão em causa dadores que se deparam com alterações legislativas, no sentido da abolição do anonimato, que operam retrospectivamente) iniciou um debate sobre se deve ser dada ao dador (cuja identidade civil é sempre revelada) a possibilidade de fazer ele próprio um contra-requerimento “vetando” qualquer desejo de contacto pela pessoa gerada, ou estabelecendo preferências relativamente aos termos em que esse contacto deva ocorrer.

Este mecanismo de *veto/preferência de contacto* foi criado no Estado australiano de Victoria.

O regime procura proteger os dadores de contactos indesejados por parte da pessoa gerada, mas pode funcionar nos dois sentidos, tanto para o dador, quanto para a pessoa gerada, e isto é assim porque o sistema também permite que o dador possa pedir para conhecer a identidade da pessoa gerada (sendo certo que a revelação da identidade desta só ocorrerá se ela consentir).

Pensamos que, caso se revele insustentável, à luz da Constituição e da jurisprudência do TC de 2018, manter as regras de anonimato actualmente vigentes para as dádivas antigas, a consagração do *veto/preferência de contacto* pode trazer algum equilíbrio ao sistema, permitindo que, casuisticamente, seja definido um quadro de tutela da *reserva da intimidade da vida privada do dador*, a pedido deste, quando tal seja considerado relevante.

29. Consideramos mesmo que o sistema do *veto/preferência de contacto* pode trazer vantagens adicionais, quando consagrado, concomitantemente, com o modelo da revelação, *prima facie*, da identidade do dador, que defendemos.

Neste cenário, a solução legal passaria por atribuir ao dador duas opções, que poderia exercer em simultâneo: a primeira, no sentido de invocar “*razões ponderosas*” para não revelar a sua identidade; a segunda, estabelecendo um *veto/preferência de contacto*, para o caso de as razões por si invocadas não serem consideradas atendíveis e a sua identidade acabar por ser revelada.

30. No direito alemão, depois de preocupações relativas à conservação da informação relativa aos dadores, foi criado, em 2017, um registo central de dadores por intermédio da *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen* (Lei que regulamenta o direito ao conhecimento da linhagem no caso de uso heterólogo de sémen).

A existência de um registo central de dores é um mecanismo muito importante na criação das condições práticas de efectivação do processo de conhecimento da identidade na PMA heteróloga.

31. No contexto da PMA heteróloga, pode questionar-se se tem cabimento um direito do dador a conhecer a sua descendência biológica.

Esta questão já se situa fora do contexto do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, pois este, por definição e uma vez que está em causa o conhecimento de *origens pessoais*, não pode incluir o direito dos progenitores ao conhecimento dos vínculos relativamente à sua descendência.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1999;

AGUADO, Paz M. de la Cuesta, *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales: análisis del tipo objetivo del artículo 162 del código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999;

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, vol. 41, n.º 2, 2000, pp. 655-713;

AHLBERG, Jaime / BRIGHOUSE, Harry, “An Argument Against Cloning”, in *Canadian Journal of Philosophy*, 40(4), pp. 539-566;

ALGHRANI, Amel, *Regulating Assisted Reproductive Technologies: New Horizons*, Cambridge University Press, Kindle Edition, 2018;

ALLAN, Sonia, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, 2016, Routledge;

-----“Donor identification - Victorian legislation gives rights to all donor-conceived people”, in *Family Matters*, No. 98, 2016, pp. 43-95;

----- *Report on the Review of the Assisted Reproductive Treatment Act 1988 (SA)*, South Australian Government, 2017;

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 10.ª ed. reelaborada, 2006;

ALMEIDA, Rita / SENA, Armando / GONÇALVES, Manuel, “Encefalomiopatias mitocondriais”, in *Acta Médica Portuguesa*, 1994, 7, 367-371.

ALONSO, Marcelo Palacios, “Gestación de sustitución (1984-2019)”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 3-24;

AMATO, Paula / TACHIBANA, Masahito / SPARMAN, Michelle / MITALPOV, Shoukhrat, “Three-parent in vitro fertilization: gene replacement for the prevention of inherited mitochondrial diseases”, in *Fertility and Sterility*, volume 101, issue 1, pp. 31-35, January 2014;

AMORIM, António / ROCHA, Jorge; “A genética e a investigação da paternidade”, *in Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.ºs 33 e 34, 1988, pp.167-174;

ANDORNO, Roberto, “Acordos Transfronteiriços em Matéria de Maternidade de Substituição e o Melhor Interesse da Criança”, *in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 127-136;

ANDRADE, J. C. Vieira de, “Procriação assistida com dador: o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais”, *in Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 49-65;

-----*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2019;

ANDRADE, Manuel, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 1974;

-----*Noções Elementares do Processo Civil*, 1979;

ANDRADE, Manuel da Costa, "Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas", *in Revista de Direito e Economia*, 1986, pp. 99-127;

ANDREU MARTÍNEZ, Maria Belén, “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, *in Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, 2019, pp. 64-85;

ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida: questões novas ou questões renovadas para o direito penal?”, *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra Editora, 2009-2010, Vol. III, pp. 81-92;

APARICIO, Flor Arias, “Apuntes comparados sobre la investigación con células embrionárias en España y Reino Unido”, *in Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 233-242;

ARAÚJO, Fernando, *A procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999;

ARAÚJO, Marcelo, “Human Rights and Assisted Reproductive Technologies (ART): A Contractarian Approach”, in *Canadian Journal of Bioethics / Revue canadienne de bioéthique*, 3(3), 2020, pp. 192–201;

ARCHER, Luís, “Procriação Artificial – Reflexão sobre pessoas e coisas”, in *Revista Jurídica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 13 e 14, 1990, pp. 191-193;

-----“Uma Tecnologia nas Fronteiras do Humano”, in *Genética e Pessoa Humana*, 1991, pp. 5-18;

ASCENSÃO, Oliveira, “Procriação assistida e Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, 2000, pp. 645-676;

-----“Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. I, Almedina, 2005, pp. 25-47;

-----“A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, pp. 25-50;

ÁSGEIRSSON, Hrafn / SALVÖR NORDAL, *Reproductive Technology and Surrogacy: A Global Perspective*, Nordic Council of Ministers, 2015, ProQuest Ebook Central;

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Editorial Tecnos, 2018, p. 393;

AZZARRI, Federico, “I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita”, in *Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, settembre - ottobre 2019, pp. 561-595;

BALESTRA, Luigi, “La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell’esperienza francese”, in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Nov./Dez. 2004, pp. 1096-1107;

BALLESTEROS DE LOS RIOS, M., “Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto”, in *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13 (1999), pp. 37-79;

BALMASEDA, Oscar Monje, “La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 y la posición de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *Gestación subrogada*:

Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019), coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 247-266;

BARRENGOA, Ainhoa Gutiérrez, “El artículo 10 de la ley 14/2006 y su análisis comparativo con lo dispuesto en otras legislaciones permisivas: especial atención a EE.UU y reflexión sobre cláusulas habituales en estos contratos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 225-236

BAYERTZ, Kurt (trad. SARAH L. KIRKBY), *Genethics: technological intervention in human reproduction as a philosophical problem*, Cambridge University Press, 1994;

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao património genético*, Coimbra, Almedina, 1999;

-----“Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial *post-mortem*”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano 7, tomo 2, 1999, pp. 21-24;

-----“Clonagem, alma e direito”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 257-264;

-----“Testes genéticos, terapia génica, clonagem”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. I, Almedina, 2005, pp. 309-328;

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho: questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 94, n.1, 2018, pp. 239-307;

-----“Direito à Autodeterminação da Identidade de Género e Responsabilidade Civil. Reflexões em Torno da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 94, n.2, 2018, pp. 1097-1152;

-----“O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos”, in *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a.5 n.2, 2020, pp. 261-305;

BARBOZA, Helena Heloisa, “Aspectos jurídicos da pesquisa com células-tronco”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da*

Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 3, n.º 5, Coimbra, 2005, pp. 15-22;

-----“Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida”, in *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 153-168;

BARROS, Alberto, “O embrião em risco”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 155 e 156;

-----“Procriação Medicamente Assistida: Novos Direitos, Novos Desafios”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 7-8;

----- “Procriação medicamente assistida”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 107-128;

BATSEDIS, Olga, “Embryo Adoption: A Science Fiction or an Alternative to Traditional Adoption”, in *Family Court Review*, vol. 41, no. 4, October 2003, pp. 565-579;

BENITO, Ignacio Lledó, “Delitos relativos a la filiación y maternidad por sustitución: reflexiones de Lege Lata y de Lege Ferenda”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 625-672;

BERGUEL, Salvador Darío, “La Declaración de las Naciones Unidas Sobre la Clonación de Seres Humanos del 08-03-05”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, Janeiro/Junho 2005, pp. 49-56;

BERIAIN, Iñigo de Miguel, “¿Existe un Derecho a la Identidad Genética?”, in *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXIV 730 marzo-abril (2008), pp. 261-276;

-----*Bioética y nuevas biotecnologías en salud humana*, 2009;

BERIAIN, Iñigo De Miguel / MACÍAS, Elena Atienza / ARMAZA, Emilio José Armaza, “Algunas Consideraciones Sobre La Transferencia Mitocondrial: ¿Un Nuevo Problema Para La Bioética?”, in *Acta Bioethica*, 2016; 22 (2), pp. 203-211;

BHATIA, Rajani, "The Development of Sex-Selective Reproductive Technologies Within Fertility, Inc. and the Anticipation of Lifestyle Sex Selection", in *Wahlberg A., Gammeltoft T. (eds) Selective Reproduction in the 21st Century*, 2018, Palgrave Macmillan, pp. 45-66;

BLANCO, Victorio Magariños, "Reflexiones sobre la maternidad subrogada", in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 75-104;

BLASCO GASCÓ, Francisco de P., "La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", in *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo XLIV, fascículo II, Abril/Junho 1991, pp. 697-718;

BLAUWHOFF, Richard, "A determinação e a impugnação da paternidade na Holanda", in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 5, n.º 5, Coimbra, 2006, pp. 19-30;

----- "Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins Has 'to know or not to know' ever been the legal question?", in *Utrecht Law Review*, 4(2), pp. 99-116;

BLYTH, Eric / FARRAND, Abigail, "Anonymity in donor-assisted conception and the UN Convention on the Rights of the Child", in *The International Journal of Children's Rights*, 12, 2004, pp. 89-104;

BOBBIO, Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Edipro, São Paulo, 2001;

BRAZIER, Margaret / CAMPBELL, Alastair / SUSAN, Golombok, *Surrogacy. Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation. Report of the Review Team*, London, HMSO, 1998.

BREZINA, Paul R. / ZHAO, Yulian, "The Ethical, Legal, and Social Issues Impacted by Modern Assisted Reproductive Technologies", in *Obstetrics and Gynecology International*, Volume 2012 (2012), Article ID 686253, <http://dx.doi.org/10.1155/2012/686253>

BREZINA, Paul R. / KE, Raymond W. / KUTTEH, William H., "Preimplantation genetic screening: a practical guide", in *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*, 2013, 7, pp. 37-42;

BRIDGE, Caroline / SWINDELLS, Heather, "Adoption, The Modern Law", in *Family Law*, 2003;

BROWNE, Tamara Kayali, “How Sex Selection Undermines Reproductive Autonomy”, in *Journal of Bioethical Inquiry*, June, 2017, 14(2), pp. 195-204;

CAGGIA, Fausto, “Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (breve riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)”, in *Giurisprudenza Italiana*, Nov. 2004, pp. 2093-2098;

CALONGE, Rocío Núñez, “Aspectos éticos de la gestación subrogada”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 793-804;

CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 1997;

CAMARA AGUILA, M., “Sobre la constitucionalidad de la Ley de técnicas de reproducción asistida (Coment. STC. 116/1999. de 17 junio)”, in *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13, pp. 117-148;

CAMPOS, Diogo Leite, “Os direitos de personalidade: categoria em reapreciação”, in *Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. II, n.º 2, 1993, pp. 61-74;

-----*Lições de Direitos da Personalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 1995;

-----*Lições de direito da família e das sucessões*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997;

-----“O estatuto jurídico do nascituro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, n.º 3, Dezembro de 1996, pp. 877-886;

-----“A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. II, Almedina, 2008, pp. 73-86;

CAMPOS, Diogo Leite de, / BARBAS, Stela, “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, Dezembro 2001, pp. 1257-1268;

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003 (tradução de INGO WOLFGANG SARLET e PAULO MOTA PINTO);

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, reimpressão, 2021, Coimbra, Almedina;

-----*Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2008;

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Anotada*, 4.^a ed. rev., Coimbra, 2007;

CAPELO, Maria José, *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*, Coimbra Editora, 1996;

CAPELOUTO, Sarah / ARCHER, Sydney / MORRIS, Jerrine / KAWWASS, JENNIFER / HIPPI, Heather, "Sex selection for non-medical indications: a survey of current pre-implantation genetic screening practices among U.S. ART clinics", in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Oct. 2017, 35(3), pp. 409-416

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo / GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)", in *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 6, 2016, pp. 395-410;

CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, 1995;

CARDOSO, Augusto Lopes, "Procriação Humana Assistida – Alguns aspectos jurídicos", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991, pp. 5-27;

CARDOSO DA COSTA, J. M., "Engenharia Genética – Genética e Pessoa Humana – Notas para uma perspectiva jurídica", in *Genética e Pessoa Humana*, 1991, pp. 93-106;

CARNEIRO, Nelson, "Os Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial e a Disciplina Jurídica dos Bancos de Esperma", in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, ano IV, n.º 7, Julho de 1985, pp. 241-250;

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004;

CARTER, D. / WATT, A.M. / BRAUNACK-MAYER, A. et al., "Should There Be a Female Age Limit on Public Funding for Assisted Reproductive Technology?", in *Bioethical Inquiry*, 10, 2013, pp.79–91;

CARLUCCI, Aida K. de, "El Derecho Humano a Conocer el Origen Biológico y el Derecho a Establecer Vínculos de Filiación. A Propósito de la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el Caso «Odièvre C/France»", in CARAVA, Alfonso-Luis Calvo / RUIZ, Esperanza

Castellanos (dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Editorial Colex, 2004, pp. 511-530;

CASINI, Carlo, / DI PIETRO, Maria Luisa, / CASINI, Marina, “La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milão, Abr./Jun. 2004, pp. 489-533;

CASONATO, Carlo / PENASA, Simone, “¿Vino nuevo en odres viejos? A propósito de la dignidad, integridad e identidad em la investigación com embriones humanos em Europa”, in *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 41-65;

CASTANHEIRA NEVES, António, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica I”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 51, 1975, pp. 115-204;

-----“As fontes do direito e o problema da positividade jurídica (continuação)”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 52, 1976, pp. 95-240;

-----*Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvudia Ivridica*, Coimbra Editora, 1993;

CASTRO, Anselmo de, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. II, 1982.

CASTRO, Rosa J., “Mitochondrial replacement therapy: the UK and US regulatory landscapes”, in *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 3, Issue 3, December 2016, pp. 726–735;

CATTO, Marie-Xavière, “La gestation pour autrui: d’un problème d’ordre public au conflit d’intérêts?”, in *La Revue des droits de l’homme* [online], 3, 2013;

CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, *Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias – Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, 1990;

CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO / INSTITUT FÜR ARZT UND ARZNEIMITTELRECHT, *Genome Analysis – Legal Rules – Pratical Application*, Coimbra, 1994;

CHABY, Estrela, “A gestação de substituição, por si só”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Coimbra, Almedina, 2019, I v., pp. 61-82;

-----“Direito de constituir família, filiação e adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, 2016, II v., pp. 329-356;

CHAMBERS, G.M. / ILLINGWORTH, P.J. / SULLIVAN, E.A. (2011), “Assisted reproductive technology: public funding and the voluntary shift to single embryo transfer in Australia”, in *Medical Journal of Australia*, 195, 2011, pp. 594-598;

CHARO, R. Alta, “Legal Issues Related to Human Germline Genome Editing in the United States”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 439-455;

CHEN, M., / HEILBRONN, L. (2017), “The health outcomes of human offspring conceived by assisted reproductive technologies (ART)”, in *Journal of Developmental Origins of Health and Disease*, 8(4), 2017, pp. 388-402;

CHERNYAEVA, Daria V., “Genome Editing Regulation in Russia”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 255-272;

CHORÃO, Mário Bigotte, “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, 2000, pp. 635-644;

CID, Nuno de Salter, *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: Entre o Facto e o Direito*, Almedina, 2005;

COBIELLA, María Elena Cobas, “Gestación subrogada: cuando la realidad social supera a la realidad jurídica”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 507-534

COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. II, tomo I, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2006;

COELHO, Francisco Pereira, “A adoção no direito civil português”, in *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, 1987, pp. 625-645;

-----“A Procriação Assistida com gametas do casal”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de

Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 9-31;

COESTER-WALTJEN, Dagmar, “Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht”, in *FamRZ*, 1992, pp. 369-373;

COHEN, I. Glenn / ADASHI, Eli Y., “Mitochondrial replacement therapy: the IOM report and its aftermath”, in *Nature Reviews Genetics*, 17, 2016, pp. 189-190;

COHEN, I. Glenn / ADASHI, Eli Y. / GERKE, Sara / PALACIOS-GONZÁLEZ, César / RAVITSKY, Vardit, “The Regulation of Mitochondrial Replacement Techniques Around the World”, in *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, 2020, 21:1, pp. 565-586;

COHEN, I. Glenn, “The Right(s) to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in the United States”, in *The Oxford Handbook of Comparative Health Law* (Tamara K. Hervey and David Orentlicher eds., 2020), Harvard Public Law Working Paper No. 20-11, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3516094>;

COMISSÃO DA CONDIÇÃO FEMININA, *Conselho da Europa - Procriação Artificial Humana: princípios orientadores*, Lisboa, 1990;

CONSELHO DA EUROPA, *Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo Comparative Study on the Situation in 39 States*, Estrasburgo, 4 de Junho de 1998, disponível em www.coe.int.

COOK, Rebecca J., “Reproductive health law: where next, after Cairo and Beijing”, in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 16, n.º 1, 1997, pp. 169-178;

CORDEIRO, António Menezes, “Da colisão de direitos”, in *O Direito*, Ano 137, n.º 1, 2005, pp. 37-56;

CORDOBES, Maria del Mar Gil, “Adopción tras gestación subrogada”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 409-426;

CORREIA, Vanessa, “Vida: dano indemnizável? A responsabilidade médica nas acções por Wrongful Birth e Wrongful Life”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 175-205;

CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, pp. 347-366;

COSTA, Amélia, *Perspectiva jurídica de um acto de amor: a procriação assistida*, Lisboa, UAL, 2000;

COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4^a ed., Coimbra Editora, 2015;

COSTA, Marta / LIMA, Catarina Saraiva, “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”, in *Lusíada*, Lisboa, s.2 n.10 (2012), pp. 237-289;

CRORE, Benedita Mac, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 55-62;

DALL’ONGARO, Francesco, “La fecondazione artificiale ed il lavoro della Commissione Santosuosso”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milão, 1987, pp. 1055-1071;

DANTAS, Eduardo / CHAVES, Marianna, *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida - Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, GZ Editora, 2018;

DANTAS, Eduardo / RAPOSO, Vera Lúcia, “Legal aspects of *post-mortem* reproduction: a comparative perspective of French, Brazilian and Portuguese legal systems”, in *Medicine and Law*, 2012, Jun., 31(2), pp. 181-198;

DEECH, Ruth, “The HEFA – 10 Years On”, in Gunning, Jennifer / Szoke, Helen, (ed.), *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, Ashgate, 2003, pp. 21-38;

DELGADO, César Villegas, “Los avances em la investigación embrionária humana ante las exigências de um Estado de Derecho: implicaciones”, in *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 93-121;

DELLA ROCCA, Paolo Morozzo, “Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistida”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milão, 2005, pp. 211-226;

DE LORA, Pablo, “Ser o no ser?: el misterioso caso de los embriones supernumerários”, in “Anuário de Derecho Civil”, Madrid, 2003, 101-137;

DE LUCA, Rosemary, “The New Zealand Way: ART Within An Ethical”, in *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, Ashgate, 2003, pp. 95-107;

DEURING, SILVIA, “Keimbahninterventionen im österreichischen Recht”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 207-208;

DEUTSCH, Erwin, “Rights and obligations of the persons concerning their genetic data”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, Janeiro/Junho 2005, pp. 75-84;

DIAFÉRIA, Adriana, “Código de Ética de Manipulação Genética no Direito Brasileiro – Alcance e Interface com Regulamentações Correlatas”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 43-51;

DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1996 (também em *Stvdia Ivridica*, 21, Boletim da Faculdade de Direito);

DIAS, Cristina, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, Janeiro/Março 2014, pp. 32-59;

DIAS, Pedro Manuel Branquinho Ferreira, “Adopção: necessidade do consentimento dos pais”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 1997, pp. 159-161;

-----“A adopção de crianças por casais homossexuais: Sim, não ou talvez?”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 2, n.º 4, Coimbra, 2005, pp. 99-102;

DINIS, Joaquim José de Sousa, “Procriação Assistida: Questões Jurídicas”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVIII, tomo IV, 1993, pp. 7-13;

DINIZ, Debora, / BUGLIONE, Samantha, (eds.), *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do Direito brasileiro*, Letras Livres, Brasília, 2002;

DINIZ, João Seabra, *Este meu filho que eu não tive: a adoção e os seus problemas*, 2.ª edição, Edições Afrontamento, Porto, 1997;

DOGLIOTTI, Massimo / FIGONE, Alberto, *Procreazione assistita – Fonti, orientamenti, linee di tendenza – Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Biblioteca del Diritto di Famiglia, 2004;

DONDORP, Wybo / DE WERT, Guido, “Refining the ethics of preimplantation genetic diagnosis: A plea for contextualized proportionality”, in *Bioethics*, 2019, 33, (2), pp. 294-301;

DOSTALIK, Polina, “Embryo “Adoption”? The Rhetoric, the Law, and the Legal Consequences”, in *New York Law School Law Review*, vol. 55, no. 3, 2010/2011, pp. 867-894;

DOUARIN, Nicole Le, *Quimeras, Clones e Genes*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005;

DUARTE, Tiago, *In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003;

DUMAS-LAVENAC, Sophie, “Anonymat du don de gamètes et droit d’accès à ses origines génétiques”, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 7, 2017, pp. 51-64;

ENCARNA ROCA, “Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC 116/1999”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, n.º 2, pp. 413-432;

ENDERS, Christoph, “Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung”, in *NJW*, 1989, pp. 881-884;

EPIFÂNIO, Rui Lisboa / LEANDRO, Armando Gomes, “Adopção – sentido e alcance da evolução legislativa”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 851-859;

ESER, Albin, “Genética Humana: aspectos sócio-políticos”, tradução de PEDRO CAEIRO, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n.º 1 (Janeiro-Março 1992), pp. 45-72;

-----“Perspectives of Medical Law under the Challenges of Modern Biotechnology”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 87-101;

ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, "Equity of access to assisted reproductive technology", in *Human Reproduction*, vol. 23, n.º 4, 2008, pp. 772-774;

ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, "Lifestyle-related factors and access to medically assisted reproduction", in *Human Reproduction*, vol. 25, n.º 3, 2010, pp. 578-583;

EVANS, Nancy, "The Legal Regulation of Surrogacy in the UK: The Need for Change", in *Manchester Review of Law, Crime and Ethics*, 9, 2020, pp. 32-55;

FADDY, Malcolm J. / GOSDEN, Matthew D. / GOSDEN, Roger G., "A demographic projection of the contribution of assisted reproductive technologies to world population growth", in *Reproductive BioMedicine Online*, Volume 36, Issue 4, 2018, pp. 455-458;

FAUSER, Bart / BOIVIN, Jacky / BARRI, Pedro / TARLATZIS, Basil / SCHMIDT, Lone / LEVY-TOLEDANO, Rachel, "Beliefs, attitudes and funding of assisted reproductive technology: Public perception of over 6,000 respondents from 6 European countries", in *PLOS ONE*, Jan. 2019, pp. 1-15;

FERNANDES, Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica*, Renovar, 2005;

FERREIRA, Ana Elisabete, "Responsabilidade civil extracontratual por danos causados por robôs autónomos: breves reflexões", in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, a.25 n.27, Dez. 2016, pp. 39-63;

FERREIRA, João Pratas, "Procriação Artificial Humana. Perspectiva médica. Situação em Portugal", in *Revista Jurídica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 11 e 12, 1989, pp. 39-51;

FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra Editora, 2008;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge / SINDE MONTEIRO, Jorge, "Responsabilidade médica em Portugal", in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 332 (Jan.1984), pp. 21-79;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge / Brandão, Nuno, "Anotação ao artigo 142.º", in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pp. 266-297;

FLAUSS-DIEM, Jacqueline, "Insémination Post Mortem, Droit Anglais et Droit Communautaire", in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Droit Comparé des Personnes et de la Famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998;

-----"Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre", in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 1996, pp. 855-864;

FOVARGUE, Sara, "La investigación embrionaria humana em Reino Unido: ¿una isla em Europa?", in *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 93-121;

FOX, Dov, in *Columbia Law Review*, Vol. 117, No. 1, Jan. 2017, pp. 149-241.

FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto e economia comum: (comentário crítico às leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11.05)*, Coimbra, Almedina, 2002;

FRANK, Rainer, "Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung", in *FamRZ*, 1988, pp. 113-120;

FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, Coimbra Editora, 2ª ed.;

FREITAS, Natacha, "The rights of the child and bioethical issues in the medically assisted procreation", in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, Março 2004, Porto, 2004, pp. 165-191;

GERÇÃO, Eliana, "Adopção – mudar o quê?", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 833-849;

GIESEN, Dieter, "Genetische Abstammung und Recht", in *Juristenzeitung*, 1989, pp. 364-377;

GIL RODRIGUEZ, Jacinto, "La reproducción humana asistida como acto medico y el fundamento del anonimato", in *Boletín de Información*, Madrid, ano 45, n.º 1593, 1991, pp. 1596-1604;

GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful birth wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2014;

GREENFIELD, A. / BRAUDE, P. / Flintner, F / *et al.*, "Assisted reproductive technologies to prevent human mitochondrial disease transmission", in *Nature Biotechnology*, volume 35, 2017, pp. 1059–1068.

GUASCH, Olga Cardona, "La gestación subrogada: concepto. El artículo 10 LTRHA", in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 237-246;

GUIMARÃES, Luísa, “Subitamente, no Verão Passado’: A Contratualização da Gestação Humana e os Problemas Relativos ao Consentimento”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 107-126;

GUNNING, Jennifer / SZOKE, Helen, (ed.), *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, Ashgate, 2003;

GUNNING, Jennifer, “Article 18 of the European Biomedicine Convention: what impact on assisted reproduction?”, in *European Journal of Health Law*, Dordrecht, v. 6, n.º 2, 1999, pp.165-171;

-----“Regulating assisted reproduction technologies”, in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 20, n.º 3, 2001, pp. 425-433;

-----“Regulation ART in the USA: a mixed approach”, in *The regulation of assisted reproductive technology*, Ashgate, 2003, pp. 55-66;

-----“Regulation of assisted reproductive technology: a case study of Japan”, in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 22, n.º 4, 2003, pp. 751-761;

GRASSO, Alfio Guido, “È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?”, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, a. 34, 2018, pp. 1574-1581;

-----*La maternità surrogata altruistica - Un’ipotesi ricostruttiva*, Aracne, 2020;

GRUNERT, Angela, “The Legal Framework Concerning Gene-Editing Techniques in the UK: Problems and Solutions”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 457-482;

HÄYRY, Matti, *Rationality and the Genetic Challenge - Making People Better?*, Cambridge Law, Medicine and Ethics, Cambridge University Press, 2010;

HARRIS, Dean M., *Contemporary Issues in Healthcare Law and Ethics*, 2007;

HASSENSTEIN, B., “Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung”, in *FamRZ*, 1988, pp. 120-123;

HELMS, Tobias / FRANK, Rainer, "Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren", in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Nr. 16, 2007, S. 1277-1360;

HENDRIKS, Aart, "Legal and ethical aspects of new reproductive technologies; the case of prenatal diagnosis", in *Medicine and Law – World Association for Medical Law*, vol. 15, n.º 4, 1996, pp. 677-689;

HERBRAND, Cathy, "Nuclear Transfer Techniques for mitochondrial disorders: How to conceptualise them ethically with respect to the germ-line therapies?", in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 243-249;

HERNANDEZ, L. Alfonso de la Fuente, "Proposta de Bases Gerais para o Regulamento da Gestaçao de Substituiçao em Espanha | Propuesta De Bases Generales para la Regulaci3n en Espa1a de la Gestaci3n Por Sustituci3n", in ANTUNES, Maria Jo3o/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gesta3o de substituiçao em Portugal – Atas do Col3quio Internacional*, Instituto Jur3dico, Coimbra, 2018, pp. 107-113;

HERRANZ, Gonzalo, "Gen3tica Fundamental, Presente e Futuro", in *Gen3tica e Pessoa Humana*, 1991, pp. 19-25;

HO, Calvin W. L., "Legal Governance of Genome-Editing Technologies for Human Gene and Cell Therapies in Singapore", in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 363-387;

HOHLOCH, Gerhard, *Familienrecht*, Boorberg, 2002;

HORSEY, Kirsty, "The History and Potential Future of UK Surrogacy Laws", in ANTUNES, Maria Jo3o/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gesta3o de substituiçao em Portugal – Atas do Col3quio Internacional*, Instituto Jur3dico, Coimbra, 2018, pp. 11-24;

HUGUET, 1ngela Torrents, "Aspectos psicosociales de las gestantes y los/las donantes de gametos", in *Gestaci3n subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y m3dicas: su evoluci3n y consideraci3n (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Guti3rrez Barrenengoa; Francisco Lled3 Yag3e (dir.), 2019, pp. 765-778;

IGAREDA GONZ1LEZ, Noelia, "La gestaci3n por sustituci3n necesita um cambio legislativo en Espa1a: a prop3sito de la sentencia del Tribunal Supremo espa1ol n3 835/2013 sobre la gestaci3n por sustituci3n", in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 40, 2014, pp. 171-191;

INDIAKEZ, Alkorta, “El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, Janeiro/Julho 2006, pp. 129-153;

INHORN, M.C. / Birenbaum-Carmeli, D., “Assisted Reproductive Technologies”, in *The International Encyclopedia of Anthropology*, (H. Callan, Ed.), 2021;

IVONE, Vitulia, “Perfis Atuais da Saúde Reprodutiva na Itália, Entre Proibições Legislativas e Julgamentos Jurisprudenciais”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 189-205;

IZQUIERDO, Eva María Domínguez, “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada: el alcance del consentimiento”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 673-714;

IZU, Martín Corera, “El nuevo procedimiento de inscripción de documentos judiciales previsto en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 379-408;

JARDIM, Mónica, “Breve análise da nova lei da adopção”, in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Centro de Direito da Família, FDUC, Coimbra, 2005, pp. 129-164;

JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, trad. F. Silveira Ramos, 2002 Almedina;

JAYME, Eryk, “Pós-modernismo e direito da família”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 78, 2002, pp. 209-221;

JIANG, Li, “The Regulation of Genome Editing Technologies and New Methods of Germline Interventions in China”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 83-97

JOHNSON, Martin, “Surrogacy and the Human Fertilisation and Embryology Act”, in SCLATER, Shelley / COOK, Rachel / KAGANAS, Felicity, (ed.), *Surrogate*

Motherhood: International Perspectives, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 93 a 96;

JOHNSON, Walter G. / BOWMAN, Diana M., "Emerging Technologies and the future of Assisted Reproductive Technology", in *Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology*, 08971277, Spring2020, Vol. 60, Edição 3;

JUANEDA, Luis Garau, "La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los efectos de una gestación subrogada, legal en el país donde se ha llevado a cabo, en estados vinculados por el convenio europeo de derechos humanos en los que rige su prohibición", in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 441-452

KELLY, Fiona / DEMPSEY, Deborah / POWER, Jennifer / BOURNE, Kate / HAMMARBERG, Karin / JOHNSON, Louise, "From Stranger to Family or Something in Between: Donor Linking in an Era of Retrospective Access to Anonymous Sperm Donor Records in Victoria, Australia", in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 33, Issue 3, December 2019, pp. 277-297;

KHAN, FA / PANDUPUSPITASARI, NS / CHUNJIE, H / AHMAD, HI / WANG, K / AHMAD, MJ / ZHANG, S, "Applications of CRISPR/Cas9 in Reproductive Biology", in *Current Issues in Molecular Biology*, 2018, 26, pp. 93-102;

KIM, Na-Kyoung, "Legal Regulation of Gene Technology in Korea", in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 413-428;

KLEINEKE, Wilhelm, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976;

KLEINFELD, Joshua, "Tort Law and in vitro Fertilization: The Need for Legal Recognition of "Procreative Injury"", in *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 1, Oct., 2005, pp. 237-245;

KOCOURKOVA , Jirina / KONECNA, Hana / BURCIN, Boris / KUCERA, Tomas, "How old is too old? A contribution to the discussion on age limits for assisted reproduction technique access", in *Reproductive BioMedicine Online*, 2015 30, pp. 482-492;

KOLERS, Avery, "Cloning and Genetic Parenthood", in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 12(4), pp. 401-410;

KULLOK, Arthur Levy Brandão, “A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 150, ano 26, Dezembro 2018, pp. 309-366;

LACADENA, Juan-Ramón, “La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, Janeiro/Julho 2006, pp. 157-184;

LANGLOIS, Adèle, “The global governance of human cloning: the case of UNESCO”, in *Palgrave Communications*, 3, 2017, 17019;

LASKARIDIS, Emmanuel, “Genom-Editierung: Länderbericht Griechenland”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 141-155;

LEÃO, Anabela Costa, “O Contributo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 23-40;

LEÃO, Miguel, “Aconselhamento Genético”, in *Genética e Pessoa Humana*, 1991, pp. 55-60;

LEITE, Eduardo de Oliveira, “Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)”, in *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 17-40;

LENTI, Leonardo, *La procreazione artificiale: genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993;

LEANDRO, Armando, “O novo regime jurídico da adoção: Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio”, in *Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, 1993, pp. 265-280;

LETTERIE, Gerard, “Outcomes of medical malpractice claims in assisted reproductive technology over a 10-year period from a single carrier”, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 2017, 34, (4), pp. 459-463;

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. V, artigos 1796º a 2023º, Coimbra Editora, 2010, reimpressão;

LIMA, Maria Helena Salazar da Costa, *A Adopção: a importância do consentimento na constituição da relação adoptiva*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1996;

LIPARI, Nicoló, “Legge sulla procreazione assistita e técnica legislativa”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2005, pp. 517-523;

LOBO, Paulo Luiz Netto, “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (coord.), *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2004, pp. 505-530;

LÖNIG, Martin, *Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern*, Erich Schmidt Verlag, 2004;

LÓPEZ, María José Reyes, “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 131-166;

LÓPEZ, Naiara Aguirre, “Aspectos psicológicos de los/las usuarios/as de la gestación subrogada y del recién nacido”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 747-764;

LORANCA, Carlos Cerrada, “La inscripción de nacimiento según la Ley 20/2011 de Registro Civil modificada por la Ley 19/2015”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 427-440;

LOUREIRO, João Carlos, “A european status of the embryo”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, 1998, pp. 757-766;

-----“O direito à identidade genética do ser humano”, in *Portugal-Brasil ano 2000, Studia Iuridica*, Coimbra, 2000, pp. 263-389;

-----“Os genes do nosso (des)contentamento - Dignidade humana e genética: notas de um roteiro”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 77, 2001, pp. 163-210;

-----“Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais”, Vol. I e II, Coimbra, 2003;

-----“Dignidade e direitos do embrião”, in *Cadernos de Bioética*, n.º 39, 2005, pp. 369-404;

-----“Células Estaminais”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 2, n.º 4, 2005, pp. 11-26;

-----“Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 3, n.º 6, Coimbra, 2006, pp. 5-48;

-----“O nosso pai é o dador n.º XXX: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heterológica”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 7, n.º 13, Coimbra, 2010, pp. 5-42;

-----“Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação. Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição”, in *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, 2013, pp. 1387-1430;

-----“Adoção, procriação, movimento LGBT e leituras (pós-)QUEER em “tempos líquidos”: sobre a questão da (in)constitucionalidade de uma proposta de referendo”, in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, ano 10, n.º 20, 2013, p.27-59;

-----““Quis Saber Quem Sou”: Direito à Identidade Pessoal e Procriação Medicamente Assistida Entre a Ocultação Mimética e a Revelação Aletéica. Em Diálogo com Miguel Oliveira da Silva”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 63-106;

LUBAN, David, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, 2007;

LÚCIO, Álvaro Laborinho, “A Genética e a Pessoa – O Direito à Identidade”, in *Revista do Ministério Público*, ano 22, n.º 88, Outubro/Dezembro 2001, pp. 7-20;

MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga “post mortem”*, Coimbra Editora, 2010;

MCCARTHY, D., “Why sex selection should be legal”, in *Journal of Medical Ethics*, 2001, 27, pp. 302-307;

MACINTOSH, Kerry, *Human Cloning: Four Fallacies and their Legal Consequences*, Cambridge Bioethics and Law, Cambridge University Press, 2012;

MAGALDI, Nuria, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Marcial Pons Librero, 2004;

MALLET-BRICOUT, “Réforme de l’accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l’enfant et les droits de la mère biologique?”, in *La semaine Juridique*, n.º 11, Março 2002, pp. 485-489;

-----“Droit d’accès aux origines personnelles: l’embarras de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Dalloz*, n.º 19, Maio 2003, pp. 1240-1245;

MALTA, João, “Procriação Medicamente Assistida Heteróloga”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, pp. 121-129;

MANSEAU, Francine, “Canada’s proposal for legislation on assisted human reproduction”, in *The regulation of assisted reproductive technology*, Ashgate, 2003, pp. 45-54;

MANSEES, Norbert, “Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft”, in *NJW*, 1988, pp. 2984-2987;

MANSO, Luís Duarte Batista, *Responsabilidade civil médica nos cuidados de saúde reprodutiva. A ginecologia-obstetrícia. Os deveres de informação e documentação profissional*, Tese de doutoramento, FDUC, 2014;

-----“Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação: as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 129-142;

MARIETA, Carmen Ochoa, “Procedimiento médico/embriológico de la subrogación de útero”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 733-746;

MARINA, S. / MARINA, D. / MARINA, F. / FOSAS, N. / GALIANA, N. / JOVÉ, I., “Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication”, in *Human Reproduction*, Volume 25, Issue 4, April 2010, pp. 938-941;

MARKENS, Susan, *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*, University of California Press, 2007;

MARQUES, C. / GUERREIRO, C. / SOARES, S. R., "Lights and Shadows about the Effectiveness of IVF in HIV Infected Women: A Systematic Review", in *Infectious diseases in obstetrics and gynecology*, vol. 2015;

MARQUES, J. P. Remédio, "Transexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português. Alguns problemas", in *Tribuna da Justiça*, Fundação, (36), Dezembro 1987, pp. 11-15; (37), Janeiro 1988, pp. 10-14; (38), Fevereiro 1988, pp. 10-14; (39), Março 1988, pp. 9-13 ; (40), Abril 1988, pp. 11-18;

-----*Mudança de sexo. O problema jurídico: o problema do "paradigma corporal" da identificação/identidade sexual no registo civil*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Coimbra, 1991.

-----*Patentes de Genes Humanos?*, Coimbra Editora, 2001;

-----"Caducidade da acção de investigação da paternidade fundada no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04", in *Jurisprudência Constitucional*, 2004, pp. 40-50;

-----"Investigação de Paternidade - aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 2 de Maio (a nova presunção de paternidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 1871.º do CC)", in *Revista Lexfamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 15-39;

-----"Caducidade de acção de investigação da paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra*, v.85 (2009), pp. 197-235;

-----*A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2009;

-----"O regime jurídico da procriação medicamente assistida em Portugal e a utilização dos embriões - notas breves", in *Parentalidade - Análise Psicojurídica*, org. Ivone Maria Cândido Coelho de Souza, Juruá Editora, Curitiba, 2009;

-----"O prazo de caducidade do n.º 1 do Artigo 1817.º do Código Civil e a cindibilidade do Estado Civil: o acórdão do Plenário do Tribunal Constitucional n.º 24/2012. A (in)constitucionalidade do artigo 3.º da Lei n.º

14/2009 e a sua aplicação às ações pendentes na data do seu início de vigência, instauradas antes e depois da publicação do acórdão n.º 23/2006”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 161-218;

-----"A genética e as patentes”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 7-45;

MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, “El futuro de la maternidad subrogada en España entre el fraude de ley versus orden público internacional”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 303-320;

MARTINS, João Zenha, “O novo regime jurídico da adopção na encruzilhada reformista do direito da família e dos menores”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Almedina, 2005, pp. 713-751;

MASON, Ken, *The Troubled Pregnancy: Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, Cambridge Law, Medicine and Ethics, Cambridge University Press, 2007;

MAZZONI, Cosimo Marco, “Real protection for the embryo”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, Janeiro/Junho 2005, pp. 115-132;

MELO, Helena, (coord.) “Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord,) *Genética e reprodução humana*, Gráfica de Coimbra, 2000, pp. 159 e ss;

MEMBRADO, Cristina Gil, “Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 491-506;

MÉNDEZ, Rosa M. / VILALTA, A. Esther, *Acciones judiciales de determinación e impugnación de la filiación*, Bosch, 2001;

MENEZES LEITÃO, Luís, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 2013 (Processo n.º 187/09.7TBPFR.P1.S1 6.ª Secção)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. I, Janeiro/Março 2013, pp. 396-399;

MESQUITA, Luís Miguel, *2.ª Lição de Direito Processual Civil I*, disponibilizada aos alunos do 3.º ano da FDUC, 2020;

MEYER, P., “Das Recht Auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung”, 2005;

MITTERA, Vera R. / WIDMERB, Regina Y., “Procréation médicalement assistée: inégalité d'accès en Suisse”, in *Bulletin des Médecins Suisses*, 2021, 102(6), pp. 222-224;

MONGE, Marina Pérez, “La maternidad subrogada: gestación comercial deseos y derechos. Aspectos a favor y en contra, y futuro de la gestación subrogada en España”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 535-560;

MONIZ, Helena, “Privacidade e comunicação interfamiliar de informação genética”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a.14 n.1-2 (Jan.-Jun. 2004), pp. 213-237;

-----“Risco e negligência na prática clínica”, in *Direito da medicina: eventos adversos, responsabilidade, risco*, Maria do Céu Rueff (coord), Universidade Lusíada Editora, 2013, pp. 33-48;

MORA, Asier Urruela, “Los principios de responsabilidad y de precaución como ejes de la intervención jurídica en el campo de la Genética y de las Biotecnologías”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 15-25;

-----“La investigación com células-madre en el contexto europeo. Resulta posible el consenso?”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 3, n.º 5, Coimbra, 2005, pp. 31-44;

MOREIRA, Marta Rodrigues Maffeis, “Gentechnische Eingriffe in menschliche Keimzellen in Brasilien”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 63-82;

MORO ALMARAZ, M. J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, 1988;

MOTA, Luísa, “A Gestação de Substituição no Direito Internacional Privado Português”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 63-82;

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Gestlegal, 2020;

MOTA PINTO, Paulo, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Portugal-Brasil ano 2000, Stvdia Ivridica*, Coimbra, 2000, pp. 149-246;

-----“O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 69, 1993, p. 479-586;

-----“Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life")”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 7, 2007, pp. 5-26;

-----*Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais - Estudos*, Gestlegal, 2018;

-----*Direito Civil - Estudos*, Gestlegal, 2018;

MULLIGAN, Andrea, “A vindicatory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction”, in *Legal Studies*, 40 (1), pp. 55-76;

MURPHY, Dean A., *Gay Men Pursuing Parenthood via Surrogacy: Reconfiguring Kinship*, UNSW Press, 2015, ProQuest Ebook Central;

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira / SÁ, Maria de Fátima Freire de, “Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil, in *Revista de Bioética y Derecho*, no.34, Barcelona, 2015, pp. 64-80;

NEIRINCK, Claire, “L'accouchement sous X: le fait et le droit”, in *Juris-Classeur Périodique*, 1996, n.º 3922, pp. 149-154;

NESBIT, Carleigh / BLANCHETTE PORTER, Misty / ESFANDIARI, Navid, “Catastrophic Human Error in Assisted Reproductive Technologies”, in *Journal of Patient Safety*, November 16, 2020, Volume Publish Ahead of Print - Issue;

NETO, Luísa, “O (Novo) Regime da Procriação Medicamente Assistida: Possibilidades e Restrições”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 83-92;

NETO, Margarida, “A fertilidade e infertilidade humanas: a mulher, as técnicas e a ética”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 117-127;

NEVES, Maria do Céu Patrão, “A infertilidade e o desejo de procriar: perspectiva filosófica”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 75-97;

-----“PMA: do Desejo de um Filho ao Filho Desejado”, in *Do início ao fim da vida – actas do colóquio de bioética*, Funchal, 18 e 19 Março de 2005, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, Braga, 2005, pp. 113-137;

NOCI, Rafael Linares, “El contrato de gestar para outro: Aspectos legales. La posición crítica de los tribunales españoles”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 195-224;

NUNES, Rui, “A Liberdade Ética da Pessoa Humana”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 137-148;

NYS, Herman, “Opinion on the Legal Framework Concerning Interventions in Human Germline Genes in Belgium”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 39-61;

OCHOA, Juan Carlos Benito-Butrón / GONZÁLEZ, Adiran Benito Butrón, “Aspectos de seguridad social en supuestos de gestación-maternidad subrogada: normativa y jurisprudencia” in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 561-604;

OLIVEIRA, Elsa Dias, “A gestação de substituição e o Direito Internacional Privado: a realidade portuguesa”, in *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a.5 n.1, 2020, p.73-93;

OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Livraria Almedina, 1979, 5ª reimpressão;

-----*Impugnação da Paternidade*, Sep. Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento XX, 1979;

-----“O estabelecimento da filiação mudança recente e perspectivas”, in *Semana jurídica portuguesa em Santiago de Compostela*, Universidade de Santiago de Compostela, 1986;

-----“Rapport portugais”, In «*Le droit et la verité*», Travaux de l'Association Henri Capitant, 1987, p. 189;

-----“Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, III, Dezembro, Lisboa, 1989, pp. 767-791;

-----“Procriação com Dador. Tópicos para uma Intervenção”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 33-40;

-----“Mães “hospedeiras”. Tópicos para uma Intervenção”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 67-72;

-----“Legislar sobre procriação assistida”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 73-97, também in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, pp. 87-104;

-----*Mãe há só uma, Duas!*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;

-----*Critério Jurídico da Paternidade*, Livraria Almedina, 1998;

-----“O direito da filiação na jurisprudência recente”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, pp. 5-27;

-----“O Estabelecimento da Filiação. Mudança Recente e Perspectivas”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, pp. 29-48;

-----“A lei e o laboratório – observações acerca das provas periciais da filiação”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, pp. 49-66;

-----“Auto-regulação profissional dos médicos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3923, 2001, pp. 34-40;

-----“Um Direito da Família Europeu? (*Play it again, and again... Europe!*)”, in *Um Código Civil para a Europa, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 64, Colloquia 8*, Coimbra Editora, 2002, pp.117-135;

-----“Um caso de selecção de embriões”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 7-13, também in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, pp. 277-288;

-----“Caducidade das Acções de Investigação”, in *Revista Lexfamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 7-13, também in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 49-58;

-----“Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 763- 789;

-----“Beneficiários da Procriação Assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, pp. 31-58;

-----“Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, pp. 115-177;

-----“Family and Succession Law – Supplement 29 Portugal”, in *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, 2005;

-----“Dois numa só carne”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, pp. 5-12;

-----“O sangue, os afectos e a imitação da natureza”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 2, n.º 10, Coimbra, 2008, pp. 5-16;

-----“A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito das pessoas e da família”, in *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 193-207;

-----“Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 7, n.º 14, Coimbra, 2010, pp. 139-153;

-----“Direitos fundamentais à constituição da Família e ao desenvolvimento da personalidade”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 9, n.ºs 17 e 18, Coimbra, 2012, pp. 5-14;

-----“Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 9, n.ºs 17 e 18, Coimbra, 2012, pp. 107-115;

-----“Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do "Panjurisme" iluminista ao "Fragmentarische Charakter")”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 10, n.º 19, Coimbra, 2013, pp. 5-21;

-----“Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do "Panjurisme" iluminista ao "Fragmentarische Charakter")”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 10, n.º 19, Coimbra, 2013, pp. 5-21;

-----“No-patient safety in Reproductive Medicine”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, n.º especial IV EAHL Conference, 2014, pp. 119-130;

-----"Acesso em benefício de “familiares” na Lei da informação genética (Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro)”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 12, n.ºs 23 e 24, 2015, pp. 5-23;

-----“Critérios Jurídicos da Parentalidade”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de GUILHERME DE OLIVEIRA, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 271-306;

-----“”Proteção da família constituída” — para além das palavras”, in *Lex Familiae, Revista portuguesa de Direito da Família*, ano 16, n.º 31-32, 2019, pp. 5-15;

-----*Estabelecimento da filiação*, Lisboa, Petrony, 2019;

-----“Gestação de substituição em Portugal”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 805-823;

-----“Estudos de direito da família: 4 movimentos em direito da família”, Almedina, 2020;

OLIVEIRA, Guilherme de / LOUREIRO, João Carlos / REIS, Rafael Vale e, “Los Principios De Precaución Y De Debida Diligencia: Entre La Tradición Y La Innovación”, in *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica*

en *Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Daniel Ignacio García San José (coord.), 2012, pp. 125-138;

OLIVEIRA, Guilherme de / MONIZ, Helena, “Utilização de Informação Genética em Acções de Filiação – Perguntas e Respostas” in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 2, n.º 4, Coimbra, 2005, pp. 41-47;

OLIVEIRA, Guilherme de / RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual de Direito da Família*, Almedina, 2020;

OLIVEIRA, Guilherme de / REIS, Rafael Vale e, “«Anonymat du donneur» au Portugal” in *Procréation médicalement assistée et anonymat - Panorama international*, dir. de Brigitte Feuillet-Liger, Bruylant, 2008, pp. 239-250;

OLIVEIRA, Guilherme de / REIS, Rafael Vale e, “«Donor anonymity» in Portugal”, in *Who is my genetic parent? Donor Anonymity and Assisted Reproduction: A Cross-Cultural Perspective*, dir. de Brigitte Feuillet-Liger, Kristina Orfali e Thérèse Callus, Bruylant, 2011;

ORTIZ, Ana Isabel Herrán, “Aproximación ética y jurídica a la gestación subrogada a vueltas con el conflicto entre derechos y deseos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 267-302;

ORTÚZAR, Ignacio F. Benítez, “Maternidad subrogada e interrupción voluntaria del embarazo” in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 605-624;

OSSWALD, Walter, “As técnicas de procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)”, in *Cadernos de Bioética, Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 40, Abril 2006, pp. 7-11;

OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E. / ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Artículo 12. Diagnóstico Preimplantacional”, in COBACHO GÓMEZ, J.A. (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 425-461;

OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999;

PAINI, Reynaldo Castilho, *Reconhecimento de Paternidade e União Estável*, 2.^a edição act., Editora Saraiva, 1999;

PANTALEÓN, Fernando, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n.º 15, 1993, pp.129-160;

PATTI, Salvatore, “Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche”, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milão, ano 16, n.º 3-4, 1987, pp.1315-1323;

-----“Verità e stato giuridico della persona”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano 34, n.º 2, 1988, I, pp. 231-247;

PAVONE, Vincenzo / LAFUENTE, Sara, “Pacientes, consumidoras o ninguna de las dos: narrativas y posicionamientos de mujeres en el caso de diagnóstico preimplantacional en el Estado español”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 289-300;

PEDRO, Rute Teixeira, “Uma Revolução na Conceção Jurídica da Parentalidade?”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 149-168;

PENNINGS, Guido, “Family balancing as a morally acceptable application of sex selection”, in *Human Reproduction*, vol 11, n. 11, 1996, p. 2339-2345;

-----“The ‘double track’ policy for donor anonymity”, in *Human Reproduction*, vol. 12, n.º 12, 1997, pp. 2839-2834;

-----“The Reduction of Sperm Donor Candidates Due to the Abolition of the Anonymity Rule: Analysis of an Argument”, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, vol. 18, n.º 11, 2001, pp. 617-622;

PEREIRA, André Dias, “O Consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 76, 2000, pp. 433-471;

-----*O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004;

-----“O Consentimento (Informado) na Actividade Pericial Forense”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (15), 2005, pp. 11-45;

-----“Filhos de pai anónimo no século XXI”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do

Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 41-54;

-----*Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015;

----- “Gene Editing: Portuguese Constitutional, Legal and Bioethical Framework”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 231-254;

PEREIRA, Alberto Amorim, “A preclusão do direito de accionar nas acções de investigação de paternidade: alguns problemas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1988, pp. 121-154;

PEREIRA, Margarida da Silva, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da gestação de substituição”, in *Julgar online*, Janeiro, 2017, pp. 1-25;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Da união estável”, in DIAS, Maria Berenice, / PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Direito da Família e o Novo Código Civil*, 4.ª edição, IBDFAM, Belo Horizonte, 2005, pp. 219-234;

-----“União Estável”, in *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015, pp. 195-243;

PÉREZ ALONSO, E.J., “Consideraciones críticas sobre la regulación legal de la selección de sexo (parte II)”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2002, vol.17, pp. 99-124

PETRACO, Álvaro / BADALOTTI, Mariangela / ARENT, Adriana, “Bioética e reprodução assistida”, in *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 1-15;

PIETRZYKOWSKI, Tomasz / OKTAWIAN, Nawrot, “Constitutional and Legal Aspects of Gene Editing in Poland”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 209-229;

PISANI, Stefano, “La lege sulla procreazione assistita: note a margine di un recente volume”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milão, Set. 2005, pp. 1079-1084;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das sucessões*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. II, 2005;

-----“Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol I, Almedina, 2005, pp. 753-785;

----- “Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil – Ac. do TC 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05”, in *Cadernos de Direito Privado*, Julho/Setembro 2006, pp. 32-52;

-----“Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 4, do Código Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 13, Janeiro/Março de 2006, pp. 51-71;

-----“A necessidade da Lei de Procriação medicamente assistida: Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, I vol., pp. 201-214;

-----“Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. II, Almedina, 2008, pp. 323-344;

-----*Estudos de direito da família e das crianças*, 1ª ed., AAFDL Editora, 2015;

-----*O direito da família contemporâneo*, 6.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018;

PINTO MONTEIRO, António, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999;

PLAZA, Consuelo Álvarez / RIVAS, Ana María Rivas / RUBIO, María Isabel Jociles, “Vínculos y contactos socioafectivos de las familias españolas con gestantes por sustitución de Estados Unidos, Canadá y Ucrania”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 779-792;

PRÄG, Patrick / MILLS, Melinda C., “Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care”, in Kreyenfeld M., Konietzka D. (eds), *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences. Demographic Research Monographs (A series of the Max Planck Institute for Demographic Research)*, Springer, pp. 289-309;

PRIETO, Julio César, “El debate en torno a la gestación por subrogación en el parlamento”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 119-130;

PRIETO, Maria Victoria Aparicio, “Generalidades y epidemiología de la subrogación de útero” in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 715-722;

QUESADA GONZÁLEZ, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen”, in *Anuário de Derecho Civil*, 1994-II, pp. 237-302;

RAO, Radhika, “Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence”, in SCLATER, Shelley / COOK, Rachel / KAGANAS, Felicity, (ed.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 23 a 34;

RAPOSO, Mário, “A Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1991, pp. 89-119;

-----“O estatuto do embrião e problemas conexos”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 99-120;

RAPOSO, Vera Lúcia, *O Poder de Eva – O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos – Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva*, Almedina, Coimbra, 2004;

-----*De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005;

-----“Direitos Reprodutivos”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, pp. 111-131;

-----“Pode trazer-me o menu por favor? Quero escolher o meu embrião”, in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 59-84;

-----*O Direito à Imortalidade - O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014;

-----“Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 38, n.º 149, Janeiro-Março 2017, pp. 9-51;

----- ““A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas””, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 169-188;

RAPOSO, Vera Lúcia / PEREIRA, André Dias, “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 3, n.º 6, Coimbra, 2006, p.89-104;

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, “Constitución y técnicas de reproducción asistida”, in *Boletín de la Facultad de Derecho [de la] UNED*, Madrid, 2ª ed., n.º 16, 2000, pp. 97-135;

REGO, Carlos Lopes do, “Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade - Recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova”, in *Revista do Ministério Público*, ano 15.º, n.º 58.º, Abril-Junho 1994, p. 157-173;

REIS, Rafael Vale e, “Filho Depois dos 20...! Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de Julho”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, pp. 127-134;

-----*O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, 2008;

-----"O direito ao conhecimento das origens genéticas, o estabelecimento da filiação e a solução do anonimato do dador – o caso português”, in *Revista Autónoma de Direito Privado*, Curitiba, Brasil, n.º 4, jul./set. 2007, pp. 231-251;

-----“The Right to Know One’s Genetic Origins: Portuguese Solutions in a Comparative Perspective”, in *European Review of Private Law*, (2008) 16 ERPL 5, *Kluwer Law International*, pp. 779-799;

-----“Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas – Desenvolvimentos no Direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, in *Revista Portuguesa do Ministério Público*, n.º 116, ano 29, Out-Dez. 2008, pp. 189-205;

-----"Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, pp. 193-224;

-----“Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 7, n.º 13, Centro de Direito Biomédico da FDUC, 2010;

-----“Novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação: três exemplos”, in *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, Coord. Paulo Guerra, Almedina, 2016, pp. 91-113;

-----“Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida?”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 159-175;

-----“Alterações recentes no Direito da Família”, in *e-book* do Centro de Estudos Judiciários “Parentalidade e Filiação”, Dezembro de 2018, pp. 77-90;

-----“Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família”, Clara Sottomayor (Coord), Anotação aos artigos 1817.º, 1986.º e 1990.º-A, Almedina, 2020, pp. 683-688, 1035-1038, 1046-1047;

RENAUD, Michel, “Análise filosófica acerca do embrião humano”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 139-154;

-----“O Embrião Humano. Elementos de Reflexão”, in *Do Início ao Fim da Vida*, Braga, 2005, pp. 163-172;

RENDA, Andrea, “La sentenza *O. c. Francia* della Corte europea dei diritti dell’uomo. Un passo indietro rispetto all’interesse a conoscere le proprie origini biologiche”, in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Nov./Dez. 2004, pp. 1121-1151;

RIAL-SEBBAG, Emmanuelle, “Human Germ-Line Interventions: The French Legal Framework”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 125-139;

RIBEIRO, J. J. de Sousa, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999;

-----“Breve Análise de Duas Questões Problemáticas: O Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição e o Anonimato dos Dadores”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a*

gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 25-42;

RIORDAN, Peter Jeremiah, “Cloning Consensus: Creating a Convention to Ban Human Reproductive Cloning”, in *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 26, Issue 2 (2002-2003), pp. 411-444;

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Aspectos juridicoprivados mas relevantes de la ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida”, in *Boletín de Información*, ano 43, n.º 1517, 1989, pp. 551-581;

-----“La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre)”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 1, 2004, pp. 105-134;

ROBERTSON, John A., “Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction”, in *American Journal of Law & Medicine*, vol. 30, 2004, pp. 7-40;

ROCHA, Maria Dulce, “Adopção: estado de abandono do menor: direito de visita dos pais biológicos: princípio do sigilo”, in *Revista do Ministério Público*, 1993, pp. 109-115;

-----“Adopção – consentimento - conceito de abandono”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 2002, pp. 93-112;

RODRIGUES, Almiro, “A adopção: um antes; e depois?”, in *Infância e Juventude*, Lisboa, 1997, pp. 31-70;

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Anotação ao artigo 168.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pp. 778-795;

ROMEO-CASABONA, Carlos M. “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionárias humanas com fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, Janeiro/Julho 2006, pp. 75 e ss.;

ROMEO-CASABONA, Carlos M. / BERIAIN, Iñigo de Miguel / SÁNCHEZ, Aliuska Duardo, “Gene Editing from the Perspective of Spanish Law”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn*, A Comparative Legal Study, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 389-411;

-----“La construcción del Derecho aplicable a la genética ya a la biotecnología humanas a lo largo de las dos últimas décadas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 27-52;

ROMO, María Raquel Belinchón, “Gestación subrogada: especial referencia a la situación y a la voluntad de la mujer para prestar el consentimiento en el contrato de gestar para outro”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 167-194;

ROSA, Conrado Paulino da, *Curso de Direito de Família Contemporâneo*, 5.º ed., Editora JusPodivm, 2019;

RUBEIS, Giovanni / STEGER, Florian, “Saving whom? The ethical challenges of harvesting tissue from savior siblings”, in *European Journal of Haematology*, 2019 Nov., 103(5), pp. 478-482;

RUBELLIN-DEVICHI, “La recherche des origines personnelles et le droit à l’accouchement sous x dans la loi du 22 janvier 2002”, in *Droit de la famille*, ano 7, n.º 5, Maio 2002, pp. 7-15;

RUIZ, Cristóbal Fábrega, *Biología y filiación – Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999;

RUIZ, Leonor, “Limites al secreto en la adopción”, in *Osservatorio sull’Europa – Famiglia – parte I*, 2005, pp. 819-860;

SÁ, Eduardo, “Problemas psicológicos da fecundação com esperma de dador”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 41-48;

-----“Adopção e o futuro”, in *Forum Iustitiae*, Lisboa, 1999, pp. 34-38;

SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997;

SALANITRO, U., “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G. Di Rosa (ed), *Della famiglia, IV, Leggi collegate, Commentario codice civile Gabrielli*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 1655-1824;

SALES, Lorena, “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, pp. 108-123;

SÁNCHEZ, Alicia Sánchez, “El informe de 11 de julio de 2014 de la dirección general de los registros y del notariado”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 321-346;

SÁNCHEZ, Emma Sánchez, “La instrucción de 5 de octubre de 2010”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 347-368;

SÁNCHEZ, Fernando Abellán-García, “La propuesta de bases regulatorias de la sociedad española de fertilidad”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 453-466;

SÁNCHEZ, Yolanda Gomes, *El derecho a la reproducción Humana*, Marcial Pons, 1994;

SANTOS, Agostinho Almeida, “Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores”, in *Genética e Pessoa Humana*, 1991, pp. 31-37;

SARGENT, Angela, “The Legal Framework of New Zealand Concerning Germline Interventions”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 175-205;

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva, “Controle do Material Genético Doador e Destino dos Embriões Excedentários na Reprodução Assistida: Reflexos no Direito de Família e das Sucessões”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 9-22;

SCHLESINGER, Tim, “Disputes Over Frozen Embryos in Family Law Cases – A Defense of Counsel or Contemporaneous Mutual Consent”, in *Family Court Review*, Volume 59, Issue1 January 2021, pp. 83-102;

SCHWAB, D., *Familienrechts*, 13. Auf., München, C.H. Beck, 2005;

SCHWAB, Dieter, “Abstammungsklärung – leicht gemacht. Oder: Neuer Dialog in der Familie”, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Nr. 1, 2008, S. 23–27;

SCLATER, Shelley / COOK, Rachel / KAGANAS, Felicity, (ed.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003;

SEGERS, Seppe / PENNINGS, Guido / MERTES, Heidi, “The ethics of ectogenesis-aided foetal treatment”, in *Bioethics*, 2020, 34, pp. 364–370;

-----*Étude de législation comparée n° 186 - septembre 2008 - L'anonymat du don de gamètes*, disponível em www.senat.fr;

SEGERS, Seppe / PENNINGS, Guido / MERTES, Heidi / DONDORP, Wybo / DE WERT, Guido, “Balancing Ethical Pros and Cons of Stem Cell Derived Gametes”, in *Annals of Biomedical Engineering*, volume 45, 2017, pp. 1620–1632;

-----“In vitro gametogenesis and reproductive cloning: Can we allow one while banning the other?”, in *Bioethics*, Jan2019, Vol. 33 Issue 1, pp. 68-75;

-----“In Vitro Gametogenesis and the Creation of ‘Designer Babies’”, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 28(3), pp. 499-508;

SERRÃO, Daniel, “Um protocolo anexo à Convenção de Bioética para a protecção do embrião e do feto”, in NUNES, Rui / MELO, Helena, (coord.), *A ética e o direito ao início da vida humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 189 a 196;

-----*Livro Branco – Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica*, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, Maio de 2003;

-----“O clone humano – perspectivas científica, ética e jurídica”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. II, Almedina, 2008, pp. 345-368;

SHAHVISI, Arianne, “Engendering Harm: A Critique of Sex Selection For “Family Balancing””, in *Journal of Bioethical Inquiry*, March, 2018, 15(1), pp. 123-137;

SHARMA, Hitika / SINGH, Drishtant / MAHANT, Ankush / SOHAL, Satwinder Kaur / KESAVAN, Anup Kumar / SAMIKSHA, “Development of mitochondrial replacement therapy: A review”, in *Heliyon*, Volume 6, Issue 9, 2020;

SILVA, Nuno Sousa e, “Inteligência artificial, robots e responsabilidade civil: o que é que é diferente?”, in *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a.4 n.4, 2019, pp. 691-711;

SILVA, Paula Martinho da, *A Procriação Artificial. Aspectos Jurídicos*, Moraes Editores, 1986;

-----*Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina anotada*, Edições Cosmos;

SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011;

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, *A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos*, Coimbra Editora, 2000;

SILVA, Miguel Oliveira, “Que Futuro Para a Gestaçao de Substituição em Portugal? Um Olhar Bioético”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 49-61;

SILVA, Nuno Ascensão / RIBEIRO, Geraldo Rocha, “A maternidade de substituição e o direito internacional privado português”, in *Cadernos do CENoR*, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 9-75;

SILVA, Paula Costa e, “A realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento da filiação”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. I, Almedina, 2005, pp. 165-186;

SILVESTRE, Margarida, *Embriões excedentários: entre a técnica, a lei e a ética*, Coimbra Editora, 2015;

-----“Embriões criopreservados: que destino?”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol IV, Almedina, 2016, pp. 143-157;

-----“Que Futuro Para a Gestaçao de Substituição em Portugal? Um Comentário”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 43-48;

SINDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989;

-----“Responsabilidade por informações face a terceiros”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 73, 1997, pp. 35-60;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológico”, in *Direito e Justiça*, volume XVI, tomo 1, 2002, pp. 191-241;

-----“A nova lei da adopção”, in *Direito e Justiça*, Lisboa, 2004, pp. 241-258;

-----“A adopção singular nas representações sociais e no Direito”, in *Revista LexFamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família da FDUC, ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pp. 41-50;

-----“Adopção ou o direito ao afecto, Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 30.11.2004”, in *Scientia Iuridica*, Jan./Mar. 2005, pp. 115-137;

SOUSA, Rabindranath A. Capelo de, *A adopção: constituição da relação adoptiva*, Coimbra Editora, 1973;

-----*A adopção no código civil português: propostas de alteração*, Sep. *Scientia Iuridica*, tomo 26, n.º 148-149, 1977, pp. 442-452;

-----*O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, reimpressão, 2011;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, O Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, 1995;

SOUTULLO, Daniel, “Curenta años de recolución biotecnológica”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número extraordinario 2014 / Jornadas del XX Aniversario, pp. 53-84;

SPIELMAN, Bethany J., *Bioethics in Law*, Humana Press, New Jersey, 2007;

SPRECHER, Franziska, “Der Keimbahneingriff im schweizerischen Recht”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 273-361;

STANZIONE, Maria Gabriella, “Nascimento Anónimo, Procriação Medicamente Assistida e Direito a Conhecer as Respetivas Origens Numa Perspectiva Comparada”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 93-106;

STANZIONE, Pasquale / SCIANCALEPORE, Giovanni, *Procreazione Assistita – commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Giuffrè Editore, 2004;

STEINBOCK, Bonnie, "Reproductive Cloning: Another Look", in University of Chicago Legal Forum 2006, pp. 87-112;

STRONG, Carson, "The ethics of human reproductive cloning", in *Reproductive BioMedicine Online*, Volume 10, Supplement 1, 2005, pp. 45-49;

SUTER, Sonia M, "In Vitro Gametogenesis: Just Another Way to Have a Baby?", in *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 3, no. 1, April 2016, pp. 87-119;

SZOKE, Helen, "Australia – A Federated Structure of Statutory Regulation Of ART", in *The Regulation of Assisted Reproductive Technology*, Ashgate, 2003, pp. 75-94;

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil – Direito de Família*, Editora Forense, 2015;

TAUPITZ, Jochen, *Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalem Vergeich*, Springer, 2003;

-----"The right to life of the unborn", in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 3, n.º 5, Coimbra, 2005, pp. 5-14;

TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia, "Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn – Deutschland", in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 99-124

TESÓN, Inmaculada Vivas, "El grupo de bioética de la conferencia de obispos de la Unión Europea: "el grupo". Comentarios sobre el dictamen sobre la subrogación gestacional", in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 467-490;

TOMÉ, Herminia Campuzano, "Noción Jurídica de la Información Genética a la Luz del Proyecto Genoma Humano", in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, pp. 381-407;

TRAPPE, Heike, "Assisted Reproductive Technologies in Germany: A Review of the Current Situation", in Kreyenfeld M., Konietzka D. (eds), *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences. Demographic Research Monographs (A series of the Max Planck Institute for Demographic Research)*, Springer, pp. 269-308;

TSAI, Daniel Fu-Chang, “The Regulation of Human Germline Intervention in Taiwan”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 429-437;

VANRELL, María Pilar Ferrer, “La gestación subrogada en la legislación española. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 25-28;

-----“La posición de los distintos grupos parlamentarios y la pl presentada por el gp ciudadanos sobre la gestación subrogada (bocg nº b-145-1)”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 105-118;

VARELA, João de Matos Antunes, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, n.ºs 3843, 3844, 3846, 3848, 3849, e ano 128, n.ºs 3852 e 3853, 1994;

-----*Das obrigações em geral*, 10.ª ed. revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2000;

-----“A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, 2000, pp. 619-634;

VARELA, João de Matos Antunes / BEZERRA, J. Miguel / SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1985;

VAUCHEZ, Stéphanie Hennette, “Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l’Union européenne”, in *La Revue des droits de l’homme*, 2014;

VEGA, Pablo Fernández de la, “La gestación subrogada y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 369-378;

VELOSO, Zeno, *Direito Civil – Temas*, Belém-PA, 2018;

VICENTE, Dário Moura, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 607-627;

VIDAL, Joana Marques, “Adopção: confiança administrativa e confiança judicial”, in *Revista do Ministério Público*, 1998, pp. 167-172;

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*, Editorial Civitas, 1988;

VILELA, Alexandra, “A interrupção da gravidez ao abrigo da alínea e) do nº 1 do artigo 142º do Código Penal, introduzida pela Lei nº 16/2007”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol V, Almedina, 2016, pp. 93-110;

VILLAVARDE, Vicente López, “Indicaciones médicas y sociales de la subrogación de útero”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 723-732;

WANG, R. / PAN, W. / JIN, L. / LI, Y. / GENG, Y. / GAO, C. / CHEN, G. / WANG, H. / MA, D. / LIAO, S., “Artificial intelligence in reproductive medicine”, in *Reproduction*, (Cambridge, England), 158(4), 2019, R139–R154;

WEI, Shu Qin / BILODEAU-BERTRAND, Marianne / LO, Ernest / AUGER, Nathalie, “Effect of publicly funded assisted reproductive technology on maternal and infant outcomes: a pre- and post-comparison study”, in *Human Reproduction*, Volume 36, Issue 1, January 2021, pp. 219–228;

WELLMAN, Carl, *Medical Law and Moral Rights*, 2005;

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT DER BUNDESÄRZTEKAMMER, *(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion - Novelle 2006*, Maio de 2006;

WHITTAKER, Andrea, *International Surrogacy As Disruptive Industry in Southeast Asia*, Rutgers University Press, 2018. *ProQuest Ebook Central*;

XAVIER, Elton Dias, “A identidade genética do ser humano como biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano”, in *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 41-69;

XAVIER, Rita Lobo, “O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português”, in *Do Início ao Fim da Vida*, Braga, 2005, pp. 139-162;

YAGÜE, Francisco Lledó, “La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 29-74;

YONEMURA, Shigeto / TAKAYAMA, Kanako / TATSUI Satoko, “Report on the Regulation of Genome Editing in Japan”, in *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn, A Comparative Legal Study*, TAUPITZ, Jochen / DEURING, Silvia (Ed.), Springer, 2020, pp. 157-173;

ZAFER, M. / HORVATH, H. / MMEJE, O. / VAN DER POEL, S. / Semprini, A. E. / RUTHERFORD, G. / BROWN, J., “Effectiveness of semen washing to prevent human immunodeficiency virus (HIV) transmission and assist pregnancy in HIV-discordant couples: a systematic review and meta-analysis”, in *Fertility and sterility*, 105(3), 2016, pp. 645–655

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- *Case of Gaskin v. The United Kingdom*, de 7 de Julho de 1989, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of M.B. v. The United Kingdom*, de 6 de Abril de 1994, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Bensaid v. The United Kingdom*, de 6 de Fevereiro de 2001, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Odièvre v. France*, de 13 de Fevereiro de 2003, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Evans v. The United Kingdom*, de 7 de Março de 2006, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Dickson v. The United Kingdom*, de 18 de Abril de 2006, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Jäggi v. Switzerland*, de 17 de Julho de 2006, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Phinikaridou v. Chipre*, de 20 de Dezembro de 2007, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Costa and Pavan v. Italy*, 28 de Agosto de 2012, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Mennesson v. France*, de 26 de Junho de 2014, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Labasse v. France*, de 26 de Junho de 2014, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*, de 27 de Janeiro de 2015, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Foulon and Bouvet v. France*, de 21 de Julho de 2016, disponível em www.echr.coe.int/echr;

- *Case of Silva and Mondim v. Portugal*, de 3 de Outubro de 2017, disponível em www.echr.coe.int/echr;

Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão de 18 de Março de 2014, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>;

Portuguesa:

- Tribunal Constitucional português

- Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, publicado no Diário da República n.º 64/2009, Série II, de 01/04/2009;

- Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 87, de 7 de Maio de 2018;

- Acórdão n.º 465/2019, de 18 de Outubro, publicado no Diário da República n.º 201/2019, Série I, de 18 de Outubro de 2019;

- Supremo Tribunal de Justiça português

- Acórdão de 06/11/2018 (proferido no Proc. 2790/16.0T8VFX.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt;

- Acórdão de 18/02/2015, disponível em www.dgsi.pt;

- Tribunal Central Administrativo Norte

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015 (Proc. 1262/08.0BEPRT), disponível em www.dgsi.pt

Alemã:

- Tribunal Constitucional Federal alemão

- *Acórdão do Bundesverfassungsgericht de 18.1.1988, FamRZ, 1989, p. 147.*

- *Acórdão do Bundesverfassungsgericht de 31.1.1989, FamRZ, 1989, pp. 255 e ss.*

- *Acórdão do Bundesverfassungsgericht de 26.4.1994, FamRZ 1994, pp. 881 e ss.*

- *Acórdão do Bundesverfassungsgericht de 6.5.1997, FamRZ 1997, pp. 869 e ss.*

- *Acórdão do Bundesverfassungsgericht de 13 de Fevereiro de 2007, disponível em www.bverfg.de;*

- Tribunal Federal de Justiça alemão

- Acórdão de 10 de Dezembro de 2014 (*BGH, Beschluss des XII. Zivilsenats vom 10.12.2014 - XII ZB 463/13*), disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de>;

- Acórdão de 28 de Janeiro de 2015 (*BGH, Urteil vom 28 Januar 2015 - XII ZR 201/13*), disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

Austríaca:

- Tribunal Constitucional Austríaco

Acórdão do *Verfassungsgerichtshof* de 14 de Dezembro de 2011, (*VfGH 14.12.2011, B 13/11*), disponível em www.vfgh.gv.at;

Espanhola:

- Tribunal Constitucional Espanhol

- *Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio*, disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es>;

- *Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo*, disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es>;

- Supremo Tribunal espanhol

- *Sentencia n.º 835/2013*, de 6 de Fevereiro de 2014, disponível em www.poderjudicial.es;

- Outra jurisprudência espanhola

- *Sentencia* do Tribunal de Valência (*Audiencia Provincial de Valencia*), de 30 de março de 2016 (recurso n.º 764/2015), disponível em www.poderjudicial.es;

- *Sentencia* do Tribunal de Las Palmas (*Audiencia Provincial de Las Palmas*), numa decisão de 16 de Maio de 2016 (Recurso 461/2013), disponível em www.poderjudicial.es;

Francesa:

- *Cour de cassation*

- *Acórdão da Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105*, disponível em www.legifrance.gouv.fr;

Irlandesa:

- *Acórdão do Supremo Tribunal Irlandês, de 03/05/2013, caso “MR & Anor v An tArd Chlaraitheoir”*, disponível em <http://www.courts.ie/Judgments.nsf>;

Italiana:

- Tribunal Constitucional italiano

- Acórdão do Tribunal Constitucional italiano n.º 96/2015, de 14 de Maio de 2015, disponível em www.cortecostituzionale.it