



Bruna Alexandra dos Santos Trigo

# O ANONIMATO DO DADOR DE GÂMETAS E O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS NO ÂMBITO DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob orientação do Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Janeiro 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**BRUNA ALEXANDRA DOS SANTOS TRIGO**

**O ANONIMATO DO DADOR DE GAMÊTAS E O DIREITO AO  
CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS  
NO ÂMBITO DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA**

**The Anonymity of the Giver of Gametes and the Right to the Knowledge of Genetic  
Origins  
in the scope of Medically Assisted Rationing**

Dissertação apresentada à faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo  
de Estudos em Direito (conducente ao grau de  
mestre), na Área de Especialização em Ciências  
Jurídico-Forenses sob orientação do **Professor  
Doutor André Gonçalo Dias Pereira.**

**Coimbra**

2018

## **Agradecimentos**

A minha profunda gratidão a Deus, por cada possibilidade concedida ao longo do meu caminho.

À minha mãe, que é o sol de todos os dias, ao meu pai, pelo apoio incondicional, e ao meu irmão, pela compreensão e amizade. Devo-lhes todas as minhas conquistas.

Ao Carlos, de uma forma especial, pelo amor de todos os dias, companheirismo e dedicação.

A toda a minha família, pela confiança e motivação, especialmente à minha prima Rita pelo incansável amparo.

Aos meus amigos, pelo carinho, paciência e coragem.

Ao meu orientador, Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira, pelos conselhos, disponibilidade e dedicação.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo crescimento intelectual e pessoal proporcionado ao longo do meu percurso académico.

A todos, o meu eterno agradecimento!

## **Resumo**

Os progressos da engenharia genética e das práticas biomédicas têm gerado discussões no campo da ciência, da ética e do direito, em razão da complexidade que lhes é inerente e dos impactos sociais que têm provocado.

Em Portugal a PMA foi regulamentada em diploma próprio pela Lei 32/2006.

A utilização da PMA enquanto método subsidiário está em crise sendo que as técnicas de PMA são utilizadas como método complementar. O consentimento prestado pelos beneficiários tem efeitos ultra constitutivos no âmbito da filiação, sendo que a filiação é estabelecida de acordo com a prestação do consentimento, rompendo assim com o tradicional critério biológico de estabelecimento de filiação.

O direito ao conhecimento das origens genéticas é acolhido no ordenamento jurídico nacional, considerando a tutela que a constituição concede aos direitos da dignidade da pessoa humana, direito à identidade pessoal, direito ao livre desenvolvimento da personalidade e direito à integridade pessoal.

O anonimato viola o direito ao conhecimento das origens genéticas. Contudo está a enfraquecer e muitos têm sido os países que o têm abolido. Em Portugal, o legislador acolheu o anonimato no art. 15.º da Lei 32/2006, porém contemplou algumas exceções que podem levar ao conhecimento da identidade do dador.

O direito ao conhecimento das origens genéticas configura-se num direito fundamental, imprescindível para a construção plena do indivíduo, é essencial para a garantia da sua historicidade pessoal, para a sua integridade psíquica, para o pleno desenvolvimento da sua personalidade e em face dos seus direitos de personalidade, sem que isso corresponda à anulação do seu estado de filiação estabelecido pelos vínculos jurídicos.

**Palavras chave** — Anonimato do doador de gâmetas, filiação, PMA, direito à identidade pessoal, direito ao conhecimento das origens genéticas.

## **Abstract**

The advances in genetic engineering and biomedical practices have generated discussions in the field of science, ethics and law, due to the complexity inherent in them and the social impacts they have been causing.

In Portugal, MAR was regulated by the Law 32/2006.

The use of the MAR as a subsidiary method is in crisis, with MAR techniques being used as a complementary method. The consent given by the beneficiaries has ultra constitutive effects in the instinct of the filiation, and the filiation is established according to the provision of consent, thus breaking with the traditional biological criterion of establishment of filiation.

The right to the knowledge of genetic origins is accepted in the national legal system, considering the protection granted by the constitution to the right to dignity of the human person, the right to personal identity, the right to free development of personality and the right to personal integrity.

Anonymity violates the right to the knowledge of genetic origins. However, it is weakening and many countries have abolished it. In Portugal, the legislator accepted anonymity in art. number 15 of the Law 32/2006, but contemplated some exceptions that may lead to the knowledge of the identity of the donor.

The right to know the genetic origins is a fundamental right, necessary for the full construction of the individual, is essential for the guarantee of his personal historicity, for his psychic integrity, for the full development of his personality and respective rights, without this corresponding to the annulment of their state of filiation established by legal links.

**Keywords:** Anonymity of the donor of gametes; filiation; MAR; right to personal identity; right to the knowledge of genetic origins.

## **Siglas e Abreviaturas**

ac. - Acórdão

al. - alínea

AR - Assembleia da República

art. - artigo

arts. artigos

CC - Código Civil

Cf. - Confrontar

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNECV - Comissão 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

CRC - Código de Registo Civil

DL - Decreto-lei

LPMA - lei que regula as técnicas de procriação medicamente assistida

n.º - número

PMA - Procriação medicamente Assistida

PR- Presidente da República

Pr. - Processo

p. - página

pp. - páginas

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

séc. - século

ss. - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

## **Índice**

<b>Introdução.....</b>	<b>9</b>
<b>I. A Procriação Medicamente Assistida .....</b>	<b>12</b>
1. Contextualização histórica.....	12
2. Acesso à PMA.....	14
2.1) Técnicas de PMA.....	15
2.1.1) Centros Autorizados.....	16
2.1.2) PMA homóloga e PMA heteróloga.....	17
2.2) Recurso à PMA.....	18
2.3) Beneficiários.....	21
2.4) Consentimento.....	22
2.4.1) "Os efeitos ultra constitutivos do consentimento".....	23
3. A PMA e a filiação.....	25
<b>II. Direito ao conhecimento das origens genéticas.....</b>	<b>29</b>
1. Contextualização histórica.....	29
2. A construção enquanto direito fundamental.....	31
2.1) Dignidade da pessoa humana.....	32
2.2) Direito à identidade pessoal.....	33
2.3) Direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	34

2.4) Direito à integridade pessoal.....	35
3. PMA heteróloga e o direito ao conhecimento das origens genéticas - Posições jurisprudências e doutrinai.....	35
<b>III. O anonimato do dador de gâmetas.....</b>	<b>38</b>
1. Pluralidade de soluções.....	39
2. O anonimato em Portugal.....	42
2.1) Análise político-legislativa.....	42
2.2) O regime de confidencialidade nos termos da lei 32/2006.....	45
2.2.1) O sigilo.....	46
2.2.2) As informações de natureza genética do dador.....	48
2.2.3) O impedimento legal projectado no casamento.....	49
2.2.4) As "razões ponderosas" para invocar a revelação da identidade do dador.....	50
2.2.5) O assento do nascimento.....	52
3. O anonimato na gestação de Substituição.....	54
4. O anonimato na PMA destinado a mulheres "sós".....	55
5. Abolir ou não o anonimato. Quid iuris?.....	57
5.1) A favor do acolhimento do anonimato.....	58
5.2) Soluções alternativas.....	60
5.2.1) Admissibilidade dos "double track" systems.....	60
5.2.2) Intervenção mediadora de uma entidade administrativa.....	61
5.3) O enfraquecimento do anonimato.....	61
5.4) Abolição do anonimato.....	63

6. Proposta de solução.....	66
<b>IV. Reflexões Conclusivas.....</b>	<b>68</b>
<b>V. Bibliografia.....</b>	<b>70</b>

## I. Introdução

Esta dissertação tem por objecto a análise do acolhimento do anonimato do dador de gâmetas em detrimento do direito ao conhecimento das origens genéticas, no âmbito da Procriação Medicamente Assistida.

A possibilidade de recurso a métodos terapêuticos para a concretização de um projeto parental, coloca difíceis questões a que o Direito é chamado a responder.

Ultrapassados os constrangimentos que se prendem com a utilização das técnicas de PMA, que há largas décadas são uma realidade, tanto nos trilhos internacionais como nacionais, a controvérsia das questões levantadas pelo tema não dá tréguas e o objecto desta dissertação é precisamente uma das mais controversas matérias, o anonimato do dador de gâmetas em detrimento do direito ao conhecimento das origens genéticas.

Tentaremos versar e analisar esta matéria "partindo do princípio ético do primado do ser humano, *“ser em si”*, *“com os outros”* e *“para com os outros”*, nunca objectivado ou subordinado aos outros nos seus valores essenciais” e nesta senda considerando que correspondem como os mais altos valores do Direito Civil as exigências essenciais da vida do ser humano em sociedade enquanto *“seres com os outros”* e *“para os outros”*.<sup>1</sup>

A PMA tem raízes longínquas, porém a sua génese tem sofrido profundas alterações ao longo dos tempos. Assim, dedicaremos a primeira parte desta dissertação à realização de uma abordagem sobre a procriação medicamente assistida: as técnicas utilizadas; o acesso, tendo em apreço as alterações estruturais relativamente ao alargamento de beneficiários e o recurso a mulheres *sós*, independente de diagnóstico de infertilidade; assim como a sua implementação no instituto da gestação de substituição. A utilização de gâmetas de terceiros, modalidade designada de PMA heteróloga e a adopção de embriões, são realidades que vieram a ser implementadas na utilização das técnicas de PMA de forma a suprir os problemas relacionados com a infertilidade. Todavia esta modalidade de PMA coloca alguns problemas jurídicos, que há muito são discutidos, desde

---

<sup>1</sup> Cf. CAMPOS, DIOGO LEITE, *“A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”*, ROA, vol. III, ano 66, 2006.

logo pelo estabelecimento da filiação, que é realizado de acordo com a prestação de consentimento por parte dos beneficiário nos termos do art. 14.º da LPMA ficando assim excluído o critério biológico fortemente acolhido pelo ordenamento jurídico nacional após a reforma do CC de 1977. Porquanto existe neste contexto uma filiação “sócio-afetiva” e uma completo esquecimento da importância do laço biológico de tal modo que parece inexistir material genético alheio aos beneficiários.

No segundo capítulo analisamos de forma detalhada o direito ao conhecimento das origens genéticas a sua complexidade e dimensão. Tendo por princípio o direito ao conhecimento da verdade biológica por parte do gerado com recurso a gâmetas de terceiro, sendo certo que diversificadas são as posições tomadas. Se por um lado alguns autores negam este direito em preservação da reserva da intimidade da vida privada e familiar do dador, por seu turno os defensores deste direito propugnam a sua tutela implicitamente consagrada na CRP e assente nos princípios da dignidade da pessoa humana, livre desenvolvimento da personalidade, identidade pessoal e integridade pessoal, sendo certo que o direito à verdade deve patentear toda a ordem jurídica.

Em momento posterior, correspondente ao terceiro patamar de estudo, apreciamos o regime de anonimato do dador de gâmetas e os problemas conexos no acolhimento desta solução que privilegia a intimidade do dador em detrimento do direito ao conhecimento da origem genética do gerado com recurso a gâmetas de terceiro, no conhecimento da sua historicidade pessoal. Percorremos as soluções dos diversos ordenamentos jurídicos e perspectivamos as razões invocadas na consagração desta solução atendendo aos contornos de abolição em alguns ordenamentos jurídicos e a alteração de paradigma, nomeadamente pela crescente tutela concedida ao direito das crianças.

Em Portugal a LPMA acolheu a solução do acolhimento do anonimato do dador de gâmetas, contemplado no artigo 15.º da LPMA, ainda que não de forma absoluta. Hoje o regime do anonimato alcança novas problemáticas tanto pela implementação da gestação de substituição que além de impor o anonimato relativamente aos dadores de gâmetas, pressupõem uma reflexão sobre o anonimato relativamente à gestante como pela questão do anonimato no âmbito da PMA destinada a mulheres sós, que potencia o nascimento de crianças sem pai.

Após uma interiorização no seio do anonimato exige-se a análise cuidada sobre a sua génese, sendo certo que a convergência entre o direito à reserva da vida privada e familiar do dador e o direito do gerado com recurso a gâmetas de terceiro em conhecer a sua ascendência genética é um tema delicado e que, como tal, requer uma harmonização entre os direitos patentes.

## I. Cap. A Procriação Medicamente Assistida (PMA)

### 1.1 Contextualização histórica

Procriar, conceber, dar origem, dar existência deixou de ser uma actuação proveniente, única e exclusivamente, de um acto natural entre duas pessoas. A procriação, através da aplicação de técnicas de PMA, permitiu a dissociação da sexualidade e fecundação e, inevitavelmente, a dissociação da fecundação e gestação. Desta forma *“querer a partilha genética com o seu filho, querer o seu próprio filho genético e biológico (‘minha carne, meu sangue’) em detrimento da adopção de uma criança tem sido uma constante razão de ser e opção fundamental da PMA”*<sup>2</sup>, todavia deste progresso notório nascem novas responsabilidades e novos problemas.

No séc. XX, aquando da ascensão da ciência médica no campo da genética e da reprodução humana, ainda que algumas técnicas tenham sido praticadas com êxito no séc. XIX<sup>3</sup>, emergia o *“admirável mundo novo”*<sup>4</sup>. As técnicas de PMA, constituídas por procedimentos técnicos e médicos no processo de auxílio em gerar vida, davam o mote para novos desafios do Direito.

Em 1978, com o nascimento de Louise Brown<sup>5</sup> através de fertilização in vitro, demarcava-se em todo o planeta uma nova *“Era”* de procriação, marcada pelo entusiasmo de solucionar o problema da infertilidade que a tantos casais impedia a concretização do sonho de deixar o seu legado no mundo.

Ao longo dos tempos a discussão em torno da regulação da PMA sempre foi uma constante: se por um lado vários ordenamentos jurídicos internacionais consagraram há

---

<sup>2</sup> Cf. SILVA, MIGUEL OLIVEIRA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer para um debate de cidadãos*, Editorial Caminho, 2017, p.110

<sup>3</sup> O primeiro relato de tentativa de inseminação artificial humana é de 1785, na Faculdade de Medicina de Paris, da autoria de Thouret. Este terá conseguido fecundar a própria esposa até então estéril através de injeção intra-vaginal com o seu sémen. Outro relato de tentativa de inseminação desta vez heteróloga ocorreu em 1884 pela mão do médico Pancoast, nos Estados Unidos da América.

<sup>4</sup> Livro escrito por Aldous Huxley, publicado em 1932, descreve os desenvolvimentos da tecnologia reprodutiva e retrata os impactos das mesmas no âmbito social.

<sup>5</sup> Este projecto foi desenvolvido por Robert Edwards e Patrick Steptoe. Em 2010 Robert Edwards foi condecorado com Prémio Nobel da Medicina pelo trabalho que realizou na área da PMA.

várias décadas a sua regulação<sup>6</sup>, outros, tais como o ordenamento jurídico italiano e o ordenamento jurídico português, só mais tarde regulamentaram esta temática, nomeadamente em 2004 e em 2006, respectivamente. Todavia, em Portugal, o caminho em torno da regulamentação da PMA inicia-se muito antes de 2006, tal como descortinaremos daqui em diante.

Em Portugal, o primeiro ciclo terapêutico de fertilização in vitro foi realizado em 1985 no Hospital de Santa Maria pela direcção do Prof. Doutor Pereira Coelho<sup>7</sup>. Nesta época, a PMA não detinha uma regulação específica, porém vários eram os autores que sufragavam a tese de implementação legislativa desta temática<sup>8</sup>.

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em 1986, emitiu a “Recomendação n.º 1046 sobre a utilização de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêuticos, científicos, industriais, comerciais”, de forma a impulsionar os Estados-Membros a regulamentar a PMA. Por impulso desta recomendação, assim como pela exigência emanada da própria CRP (art. n.º 62º, n.º2, al. e)), a qual incumbia o Estado de “regulamentar a procriação assistida”, ainda no referido ano, em Portugal, o Ministro da Justiça<sup>9</sup> constituiu a “Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias”<sup>10</sup> de forma a desenvolver um diploma que regulasse a PMA. A referida Comissão propôs ao Ministro um regime provisório referente à “procriação artificial humana” que veio a constar do DL n.º 319/86, de 25 de Setembro<sup>11</sup>. A Comissão propôs um regime provisório, com forte pendor restritivo, permitindo apenas a prática de

---

<sup>6</sup> Como é o caso da Lei Sueca, “Act on Insemination” datada de 1985, da Lei Espanhola, “Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida” datada de 1988, e das Leis bioéticas Francesas de 1994.

<sup>7</sup> Existem relatos de uma tentativa de inseminação artificial realizada à Rainha Joana de Portugal com sêmen do seu marido, Rei de Castela, Henrique IV, “O Impotente”, realizada em Portugal no séc. XV. Pese embora, este relato não seja aceite de forma unânime pelos historiadores.

<sup>8</sup> Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Legislar sobre procriação assistida”, in *Temas de direito da medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 76-77; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos familiares e sucessórios (P.M.A.)”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles*, Vol. I (direito privado e vária), Livraria Almedina, Coimbra, 2002, esp. p. 352.

<sup>9</sup> À data Mário Ferreira Bastos Raposo.

<sup>10</sup> Presidida por Pereira Coelho.

<sup>11</sup> In D.R., n.º 221, Série I, pp. 2726 ss.

inseminação artificial homóloga<sup>12</sup>, de fertilização in vitro e de fertilização intra-tubária com sémen fresco; já as práticas de PMA heteróloga ou inseminação com sémen congelado estavam sujeitas à prévia autorização do Ministro da Saúde.

Pese embora a utilização das técnicas de PMA seja prática utilizada em Portugal há mais de duas décadas, foi sob orientação do Decreto n.º 318/86 que as mesmas continuaram a ser empregues, não tendo a Comissão dado seguimento ao anteprojecto de regulação das técnicas de PMA. Todas as tentativas de regulação foram infrutíferas.

Em 1997, o Governo, presidido à data por António Guterres, apresentou uma proposta de Lei<sup>13</sup> que foi convertida no Decreto n.º 457VII, de 1999, todavia, o decreto foi vetado pelo Presidente da República, à data Jorge Sampaio<sup>14</sup>.

Somente em 2006, com a Lei 32/2006, de 26 de Julho, foram regulamentadas em diploma próprio as técnicas de PMA. Desde então, a referida lei foi alterada quatro vezes.<sup>15</sup>

## **2. Acesso à PMA**

Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, *“as capacidades médicas começaram a vencer o feroz determinismo das condições naturais. Em suma nada do que era “dado” pela cultura dominante ou pela natureza tem verdadeiramente de ser acolhido”*<sup>16</sup>, porquanto ninguém tem de se conformar nem com a infertilidade, nem hoje com qualquer outra impossibilidade de ter um filho.

Doravante estudaremos com enfoque a estruturação e regulamentação das técnicas de PMA realizada pela Lei n.º 32/2006 atendendo às alterações sofridas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, que alargou o âmbito de beneficiários e a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto que admitiu o acesso à gestação de substituição.

---

<sup>12</sup> Designam-se por técnicas de PMA homóloga uma vez os gâmetas utilizados são dos beneficiários que se vão submeter à inseminação artificial. *Vide*: ponto 2.2 do Cap. I.

<sup>13</sup> *Vide*: Proposta de Lei n.º135/VII, in D.R., n.º 69, II Série -A, de 1 de Agosto de 1997.

<sup>14</sup> *Vide*: ponto 1. do Capítulo III.

<sup>15</sup> *Vide*: Lei n.º 59/2007; Lei n.º 17/2016; Lei n.º 25/2016; Lei n.º 58/2017.

<sup>16</sup> *Cf.* OLIVEIRA, GUILHERME, *“Precisamos assim tanto do direito da família ? (Do panjurisme ilusionista ao “fragmentarich Charakter”*, p. 18.

## 2.1 Técnicas de PMA

Em Portugal, a LPMA prevê um conjunto taxativo de técnicas de PMA e, ainda que não seja nosso foco explicitar no âmbito médico as particularidades de cada técnica, faremos uma breve caracterização das mesmas.

A LPMA aplica-se às seguintes técnicas:

- **Inseminação artificial:** técnica que consiste na introdução artificial, através de carácter apropriado, de esperma no organismo feminino, designadamente no endocolo, no interior do útero ou na própria cavidade peritoneal. Neste tratamento tanto pode ser utilizado o esperma do cônjuge ou convivente como de um terceiro dador.

- **Fertilização in vitro:** nesta técnica procede-se ao tratamento do espermatozóide, todavia o processo de fertilização não ocorre dentro do corpo da mulher mas num tubo de ensaio. Também nesta técnica podem ser utilizados gâmetas de um terceiro.

- **Injeção intracitoplasmática de espermatozoides:** é uma técnica que se autonomizou da fertilização in vitro, ainda que seja uma modalidade desta. Nesta técnica o acto de fecundação é manipulado e o espermatozóide é directamente injectado no ovócito. Esta técnica permitiu menor utilização de gâmetas de um dador terceiro à relação, uma vez que os espermatozoides injectados no ovócito são previamente seleccionados.

- **Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos:** esta técnica tem por base a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos no corpo da mulher gestante e, após a transferência, a fecundação ocorre de forma natural.

- **Diagnóstico genético pré-implantação:** esta técnica permite detectar antes da transferência uterina as condições em que se encontram os embriões e, no caso destes não se desenvolverem com sucesso, os mesmos não são transplantados.

- **Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias:** este preceito, com carácter “aberto”, teve como finalidade proporcionar abertura evolutiva.

Contrariamente à generalidade das leis Europeias, o legislador nacional delimitou

as técnicas de PMA e permitiu o Diagnóstico Genético Pré-Implantação<sup>17</sup>, ainda que consagrando explicitamente que *“não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo”*<sup>18</sup>.

A gestação de substituição, entende-se como *“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.”*, esta, *per si*, não é uma técnica de PMA, porém vem contemplada na LPMA.<sup>19</sup>

A inovação é constante e actualmente a ciência médica possibilita que as mitocôndrias defeituosas herdadas apenas da mãe sejam substituídas por mitocôndrias saudáveis de outra mulher (por exemplo, retirando o núcleo ao ovócito doado e introduzindo o núcleo da futura mãe antes da fertilização). Neste caso, três pessoas contribuem assim para os genes do futuro bebé: os pais biológicos, dos quais ele herdará 99,9% do seu ADN, e a doadora do ovócito, cujo ADN mitocondrial (e não nuclear) representa 0,1% do genoma. Ainda que a esta técnica tenha sido desenvolvida no Reino Unido a sua utilização ainda não foi legalizada, porém foi empregue pela primeira vez no México.

### **2.1.1. Centros Autorizados**

Segundo o art. 5.º da LPMA, as técnicas de PMA podem ser ministradas quer em Centros públicos quer em privados, desde que os mesmo sejam devidamente autorizados pelo Ministério da Saúde.

Nos termos da LPMA, o CNPMA define os requisitos necessários de qualidade e segurança dos centros em que as técnicas de PMA são efectuadas. Estes, por sua vez, estão

---

<sup>17</sup> A utilização de DGPI é controversa A sua utilização é proibida na Itália. Na França e Espanha apenas pode ser utilizada em casos excepcionais. Esta opção prende-se com o risco de selecção genética e práticas eugénias.

<sup>18</sup> *Vide*: Art. 7.º n.º2 da LPMA.

<sup>19</sup> *Vide*: n.º1 do art. 8.º LPMA.

obrigados a prestar aconselhamento e tratamento adequado aos pacientes e a registar todos os dados relativos a esses mesmos tratamentos<sup>20</sup>.

### 2.1.2. PMA Homóloga e PMA heteróloga

A PMA apresenta várias modalidades no seu cariz técnico e são variados os contextos inerentes à utilização destas técnicas.

A proveniência das células reprodutoras tem importância máxima na utilização das técnicas de PMA, em variados aspectos jurídicos e intimamente na questão de fundo aqui em análise.

A doação<sup>21</sup> de gâmetas implica a transferência de material genético, o que reconduz à temática do conhecimento da origem genética e, iminentemente, ao direito que assiste ao indivíduo de conhecer a identidade do dador, razão pela qual *“a distinção entre inseminação homóloga e heteróloga, que nenhuma diferença acusa no aspecto técnico da intervenção médica, reveste uma importância capital, sob vários aspetos, no plano do direito (...)”*<sup>22</sup>. No caso dos gâmetas serem provenientes do próprio casal, estamos na presença de PMA homóloga, ao passo que se os gâmetas não forem provenientes do casal beneficiário, seja de um ou de ambos, existindo assim recurso a um dador, estamos perante PMA heteróloga.

Em Portugal, ainda que no parecer do CNECV de 2004 se assumisse a aplicação da PMA homóloga<sup>23</sup> como regra, tendo a PMA heteróloga carácter excepcional sujeita a

---

<sup>20</sup> Vide: *“Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de PMA”*, disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais\\_Requisitos\\_CentrosPMA.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_Requisitos_CentrosPMA.pdf), consultado a 8 de Dezembro de 2017.

<sup>21</sup> Utilizamos o termo dador e não doador, sufragando o entendimento de Reis, Rafael Vale e, op. cit. , p. 332, nota de rodapé n.º 760. Cf. REIS, RAFAEL VALE, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, 2009, p 333.

<sup>22</sup> Cf. ANTUNES VARELA, *“A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro”*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Coimbra Editora, 1994-1995, 127º, N.º 3838-3849, p 266.

<sup>23</sup> No Parecer n.º 44 do CNECV entendia-se que *“As técnicas de PMA deverão utilizar exclusivamente os gâmetas do casal, respeitando-se assim a regra da não instrumentalização da vida humana, decorrente do princípio da dignidade humana.”*, *“Excepcionalmente e por ponderadas razões estritamente médicas, quando esteja em causa a saúde reprodutiva do casal, poderá ser considerado o recurso a doação singular de gâmetas. Esta derrogação deverá ser autorizada por uma entidade independente”*. Disponível em: [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172\\_P044\\_ParecerPMA.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf)

prévia autorização por entidade independente, a Lei 32/2006 veio admitir a PMA heteróloga<sup>24</sup>, pese embora de forma subsidiária, como expressou o legislador em alguns preceitos<sup>25</sup>, contrariamente ao sistema Italiano que apenas admite a PMA homóloga<sup>26</sup>.

Nesta senda, ainda que seja possível o recurso a gâmetas de terceiro, o regime nacional privilegia a correspondência entre a filiação biológica e social.

## 2.2 Recurso à PMA

O legislador português seguiu a tendência Europeia<sup>27</sup> e, em 2006, consagrou na legislação nacional que as técnicas de PMA constituem um método “*subsidiário, e não alternativo, de procriação.*”<sup>28</sup>. Com efeito, num momento inicial, a utilização das técnicas de PMA estaria dependente de “*diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*”. Não obstante, com a alteração operada na LPMA em 2016, passou a constar deste leque a possibilidade da utilização de técnicas de PMA “*por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”<sup>29</sup>.

Assim, as recomendações no sentido da aplicação das técnicas de PMA, inicialmente, passavam unicamente pelos casos de infertilidade ou de esterilidade, tendo

---

<sup>24</sup> Nos termos do que ocorre em França e Espanha.

<sup>25</sup> Tal como consta do n.º1 do artigo 10.º “*Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas*” e n.º2 art. 19º “*A inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar.*”.

<sup>26</sup> A defesa da inconstitucionalidade da PMA heteróloga, assenta nos seguintes argumentos: leva à existência de filhos de pai e/ou mãe biológicos não identificados – violação dos arts. 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 4, da CRP, não salvaguarda o direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade, nem o direito à identidade, que abrange o direito à historicidade pessoal. Coloca em causa a dignidade da mulher, visto que permite imprimir um cunho mercantil à recolha de ovócitos; Obriga a uma técnica de recolha aliada à estimulação ovária por indução hormonal, originando o risco de vida por hiperestimulação ovária, afectando as mulheres que se encontram em situação de maior fragilidade.

<sup>27</sup> Cf. European Council, “*Medically assisted procreation and the protection of the human embryo - Comparative study on the situation in 39 States*” Strasbourg, 1998, pp.26 ss.

<sup>28</sup> Vide: Art. 4º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

<sup>29</sup> Este preceito foi aditado pela Lei n.º 17/2016, de 20/06.

essencialmente por base razões éticas. Todavia, diferentes rumos foram tomados pelos ordenamentos jurídicos internacionais: o Italiano direcionou a aplicação das técnicas de PMA ao solucionamento dos casos de infertilidade; o Francês acolheu também a possibilidade de recurso a técnicas de PMA “*para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*”; já o Espanhol foi mais longe e, além dos preceitos referidos anteriormente, consagrou também a possibilidade de aplicação de técnicas de PMA nos casos de prevenção e tratamento de doenças de origem genética.<sup>30</sup>

Entre nós, o Tribunal Constitucional<sup>31</sup>, em 2009, considerou que o art. 4º consagra um princípio de subsidiariedade em sentido amplo, “*permitindo que o recurso às técnicas de PMA possa ter lugar, fora das situações de infertilidade, quando tal seja necessário para tratamento de doença grave ou eliminação do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*”. No entendimento do referido Tribunal, o processo interpretativo deve ser realizado não só atendendo ao teor literal do preceito, mas também ao seu enquadramento sistemático na Lei.

Diogo Leite de Campos refere ainda que “*as técnicas de PMA não constituem procedimentos alternativos à reprodução natural, mas métodos terapêuticos subsidiários; devem ser utilizadas como auxiliares da concretização de um projeto parental, o que implica a consideração, não só do desejo dos candidatos a pais, mas sobretudo dos interesse do futuro ser humano que vier a ser concebido através da PMA.*”<sup>32</sup>.

Paula Martinho da Silva e Marta Costa advogam que a subsidiariedade inerente à utilização de técnicas de PMA fundamenta-se “*por um lado, no princípio da não instrumentalização do ser humano e dos seus órgãos reprodutivos, e por outro, no princípio da precaução.*”<sup>3334</sup>. O primeiro princípio assegura a não instrumentalização do

---

<sup>30</sup> Vide: Art. 6.º n.º1, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

<sup>31</sup> Cf. Ac. TC, Pr. n.º 101/2009, de 01/04/2009

<sup>32</sup> Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito. Coimbra: [s.n.], 2008. p. 74. (Separata de Estudos de Direito da Bioética).

<sup>33</sup> Cf. PAULA DA SILVA e MARTA COSTA, *A lei (...)*, op. cit., p. 21.

<sup>34</sup> Cf. ERIC HERGON, *Le principe de la précaution, un reflet de l'évolution sociétale in Éthique médicale, bioéthique et normativités*, Paris, Dalloz, 2003, pag.121 e segs.

aparelho reprodutivo, já o segundo princípio, salvaguarda o risco de utilização imprópria das técnicas de PMA que visam reduzir a transmissão de doenças hereditárias, nomeadamente para fins de selecção genética.

A subsidiariedade da aplicação das técnicas de PMA encontra-se patente em vários preceitos legais, desde logo, no que respeita à primazia concedida à PMA homóloga em relação à PMA heteróloga, nos termos dos arts. 10.º e 29.º da LPMA; por outro lado, o n.º1 do art. 19.º e, bem assim, os arts. 27.º e 47.º da LPMA constituem um afloramento de tal princípio.

Porém, em bom rigor, a ideia inerente a esta temática acabou por perder o seu sentido mais íntimo aquando do alargamento dos róis de beneficiários, possibilitando a todas as mulheres independentemente do diagnóstico de qualquer doença<sup>35</sup>, estado civil e orientação sexual, o recurso às técnicas de PMA, tal consubstanciou a perda de fidelidade ao desígnio originário das técnicas de PMA, em consonância com o princípio da beneficência, onde as técnicas de PMA eram utilizadas por razões médicas, “*em situações de infertilidade e/ou esterilidade, percebidas como doença pelo casal, sendo sua finalidade a de tentar obter a concepção de um ser humano quando alterações aos mecanismos fisiológicos da reprodução o não permitem pelos meios naturais.*”<sup>36</sup>.

Neste conspecto, entendemos que actualmente o recurso às técnicas de PMA é mais do que nunca um “*método complementar de procriação*”<sup>3738</sup> e não subsidiário para casos de infertilidade. Não obstante atender às finalidades proibidas que a LPMA comporta no art. 7.º

---

<sup>35</sup> Sublinhado por nós.

<sup>36</sup> *Vide*: Parecer n.º 44, do CNECV, de 26 de Julho de 2004.

<sup>37</sup> O Projecto de Lei 137/XII, apresentado pelo Partido Socialista em 2012 propunha o acesso a todas as mulheres independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade ou esterilidade.

<sup>38</sup> Posição esta criticada no parecer emitido pela OA, que defendeu que esta consagração “*ferre a dignidade da pessoa humana.*”. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36675>

### 2.3. Beneficiários

Nos termos do art. 6º da LPMA, podem, desde 2016, 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”, exigindo-se para o efeito que os mesmos tenham idade superior a 18 anos e não se encontrem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica<sup>39</sup>, à semelhança do regime espanhol e contrariamente ao regime Italiano e Francês que primam pela versão inicial, que veremos *infra*.

O leque inicial de beneficiários era bem diferente, com carácter restritivo e profundamente conservador. O acesso era somente concedido a “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 (...)”.

A Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, foi um marco crucial para a alteração que viria a operar em 2016, possibilitando que os casais pudessem recorrer às técnicas de PMA independentemente da sua orientação sexual<sup>40</sup>. Ademais, a alteração foi mais longe, permitindo a utilização destas técnicas por mulheres “sós”<sup>41</sup>, diferentemente da impossibilidade anteriormente consagrada de recurso às técnicas de PMA por parte de “pessoas singulares”<sup>42</sup>, ainda que o mesmo fosse possível no instituto da adoção.

---

<sup>39</sup> Neste preceito algumas críticas foram apontadas pelo estabelecimento de idade máxima semelhante ao que acontece no Instituto da Adoção, chegando mesmo a ser apontada inconstitucionalidade desta norma por violação dos arts. 67.º, n.º1, al) e), da CRP, 25.º, 26.º, 64.º 68.º e 69.º da CRP. O legislador apenas estabeleceu um requisito etário em relação a idade mínima, porém não foi feita qualquer referência ao facto dos beneficiários padecerem de anomalia notória mas não se encontrarem interditos ou inabilitados.

<sup>40</sup> Em Portugal, anteriormente à alteração legislativa de 2016, que alargou o leque de beneficiários, os casais Portugueses que não se encontravam abrangidos pela possibilidade de recurso a técnicas de PMA (casais homossexuais e mulheres desacompanhadas), recorriam a países estrangeiros para realizar o sonho de procriar, veja-se o notícia da TSF a 04/02/2015 a dar conta que 92 mulheres Portuguesas, recorram a uma clínica especializada em técnicas de PMA na cidade de Vigo para procriar, <https://www.tsf.pt/portugal/saude/interior/clinica-de-vigo-recebeu-92-portuguesas-impedidas-de-aceder-a-procriacao-medicamente-assistida-em-portugal-4380361.html>, acesso a 11 de Janeiro de 2018.

<sup>41</sup> À semelhança do que ocorre em Espanha desde a Lei.º35/1988 e após revogada permaneceu no art. 6.º da Lei n.º 14/2006.

<sup>42</sup> PAULA DA SILVA e MARTA COSTA, *A lei (...), op. cit.*, p. 27.

## 2.4. Consentimento

O legislador plasmou no art. 14.º da LPMA o direito ao consentimento informado<sup>43</sup>. Este reveste importância máxima no âmbito de aplicação médica, pese embora a análise que aqui faremos seja direccionada para a PMA.

A LPMA requer um consentimento expresso e por escrito, de forma livre<sup>44</sup> e informada, através de um documento aprovado pela CNPMA perante o médico responsável, assegurando a certeza jurídica e reflexão por parte dos beneficiários das técnicas de PMA. O consentimento deve ser prestado pelos ou pela beneficiária, no caso de a beneficiária não ter parceiro ou parceira, podendo ser revogado a qualquer momento antes do início do processo terapêutico<sup>45</sup>, isto é, deve ter como característica a atualidade<sup>46</sup>.

Nos termos do art. 157.º do CP, deve o paciente ser “*devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*”. Para tal é esperado que o médico utilize “*linguagem acessível ao entendimento do paciente, sob pena de a informação que lhe transmite não poder ser avaliada pelo seu destinatário e, assim, o consentimento não poder ser considerado como uma autorização consciente*”<sup>47</sup>. Como tal, deve ter um carácter “*pessoalíssimo*”<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> “*O consentimento informado deve compreender esclarecimento sobre diagnóstico e estado de saúde, meios e fins do tratamento, prognóstico, natureza do tratamento proposto, consequências secundárias do tratamento proposto, riscos e benefícios do tratamento proposto, em especial riscos frequentes e riscos graves, alternativas ao tratamento proposto, seus riscos e consequências secundárias, aspetos económicos do tratamento*”, Cf. Ac. STJ, Pr. n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, de 9-10-2014.

<sup>44</sup> Segundo Dias Pereira, o consentimento é livre quando não existe “coacção ou vícios de vontade. “A validade de qualquer declaração deve ser isenta de vícios (erro, dolo ou coacção), pois o regime dos vícios da vontade visa proteger a liberdade de vinculação das partes. Se estes regimes estão previstos para o negócio jurídico, devem também valer para os actos jurídicos, mais a mais quando «um acto jurídico comunicativo esteja envolvido».” (Cf. DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015, p. 411.

<sup>45</sup> Sufragando a tese de Sandra Magalhães o “*início dos procedimentos*” ocorre com a transferência do embrião para o útero materno.

<sup>46</sup> Pronunciou-se o TEDH no caso “*Evans vs Reino Unido*” sobre a actualidade como característica que deve patentear a consentimento. Processo n.º 6339/05, decidido a 10 de Abril de 2007 ( disponível no endereço electrónico: <http://echr.coe.int/echr>,

<sup>47</sup> Cf. MARIA ESTORNINHO ETIAGO MACIEIRINHA, *Direito da saúde*, Universidade Católica Editora, 2014, p. 274.

<sup>48</sup> Cf. SANDRA MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010, p. 109.

O consentimento prestado pelos dadores e dadoras deve ser esclarecedor quanto à do “*desejo das crianças nascidas destas técnicas e respectivos problemas e vontade em poder querer conhecer os meios irmão.*”<sup>49</sup>. Porquanto o consentimento informado deve fazer constar todos os ditames do ponto de vista ético que deve passar nomeadamente pelo “*aconselhamento e avaliação psicológica obrigatória de dadores e dadoras, algo que entre nós as políticas publicas ignoram*”<sup>50</sup>.

#### **2.4.1) “Os efeitos ultra constitutivos do consentimento”**

No âmbito da PMA heteróloga o consentimento assume profunda importância, uma vez que o estabelecimento da filiação é realizado de acordo com a prestação do consentimento.

Nesta senda, “*o consentimento que os beneficiários, nos termos do artigo 14.º devem prestar (necessariamente livre, esclarecido, expresso por escrito perante o médico responsável, e livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos) para as intervenções no âmbito da PMA não assume singelas vestes de um estrito consentimento para acto médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultra-constitutivos, com reflexos importantes e directos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais*”<sup>51</sup>.

Ora, o consentimento prestado nos termos do art. 14.º da LPMA, pelo marido da mulher que foi inseminada com esperma de um terceiro, constitui a construção de um vínculo de paternidade biológica com o indivíduo gerado e, como tal, não pode o mesmo após prestar o consentimento, por incompatibilidade genética, evitar o estabelecimento do vínculo ou impugná-lo. No mesmo sentido, a beneficiária que tenha sido submetida a tratamento com um gâmeta de um terceiro dador não pode alegar que não é mãe biológica da criança para não ser considerada mãe jurídica. Assim como ocorre nos casos de doação de embriões, o consentimento constitui estabelecimento do vínculo de filiação e, como tal,

---

<sup>49</sup> Cf. SILVA, MIGUEL OLIVEIRA, *Eutanásia*, (...) op. cit., p. 127

<sup>50</sup> Cf. SILVA, MIGUEL OLIVEIRA, *Eutanásia*, (...) op. cit., p. 127

<sup>51</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE, *O Direito* (...), op. cit. pp. 444-445.

os beneficiários são havidos como progenitoras do gerado ainda que não seja biologicamente verdade.

Na maternidade de substituição, os beneficiários, assim como a gestante, devem ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos e de todas as implicações éticas, sociais e jurídicas, já que o disposto no art. 14.º se aplica também à gestante de substituição, por força do previsto no n.º 5 do referido preceito.

Nas palavras de Rafael Vale e Reis, *“prestado o consentimento, gera-se ope legis um escudo excludente da responsabilidade do dador perante as obrigações que o ordenamento jurídico reserva, em princípio, aos progenitores biológicos”*.

Destarte, é inegável que o consentimento é imprescindível para a formação da nova filiação. Como tal, *“Impugnar a paternidade estabelecida devido a uma inseminação artificial heteróloga consentida, mais do que voltar com a palavra atrás era “voltar com a paternidade atrás”, ora essa é uma situação que a lei não pode tolerar”*<sup>52</sup>.

A problemática coloca-se no caso de o consentimento não ser prestado ou, por outro lado, não ser prestado nos termos devidos. Há quem defenda que no caso de inexistência de *“consentimento para a inseminação artificial [deve existir] a possibilidade ulterior deste impugnar a paternidade que lhe é imputada, provando não ser ele o pai biológico”*<sup>53</sup>; por outro lado, há quem defenda que provada a falta de consentimento, *“[deve manter-se] a verdade biológica como o critério do estabelecimento da paternidade”*<sup>54</sup>.

Tendemos a acolher a tese de Carla Oliveira, segundo a qual *“na procriação assistida heteróloga, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternais a alguém que é, apenas, dador de material genético.”*<sup>55</sup>, contrariamente ao que sufragou anteriormente. Neste conspecto, ainda que na decorrência das alterações que operam relativamente à PMA o legislador esteja familiarizado com a

---

<sup>52</sup> Cf. DUARTE, TIAGO, *In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 59-61.

<sup>53</sup> Cf. DUARTE, TIAGO, *In (...) ob. cit.*; p.62 e ss.

<sup>54</sup> Cf. OLIVEIRA, CARLA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra Editora, 2010, p.83.

<sup>55</sup> Cf. OLIVEIRA, CARLA, *Entre (...) ob. cit.* p.84.

mono-parentalidade, o suprimento do consentimento deverá ser realizado pelo lesado, provando a sua falta de consentimento ou o seu consentimento defeituoso.

### 3- A PMA e a Filiação

Filiação vem do latim “*filiatio*” e significa liame entre um indivíduo e o seu pai ou a sua mãe, com carácter de dependência, de parentesco, sendo que, no mundo jurídico, filiação abrange mais do que a simples relação entre pais e/ou mães biológicos, uma vez que os filhos não biológicos também se enquadram na caracterização de filiação, nomeadamente os filhos provenientes de adopção e os filhos provenientes da PMA heteróloga.

As relações jurídicas familiares no direito português estão previstas no artigo 1576.º do CC: o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção.

A definição de parentesco está plasmada no artigo 1578.º do Código Civil e entende-se como sendo “*o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas descenderem de um progenitor comum*”, o parentesco é em suma a ligação biológica entre os indivíduos. A adopção, com previsão no n.º 7 do artigo 36.º da CRP e o consentimento previsto na Lei n.º 32/2006 são os mais recentes institutos jurídicos constitutivos de relações familiares.

Ao longo dos anos, muitas alterações ocorreram no âmbito do direito da filiação, principalmente a partir do Código Civil, em 1966, e sobretudo a partir da Reforma de 1977. Os laços afectivos passaram a ser quase exclusivamente orientados pelo princípio da verdade biológica, o que despontou o direito ao conhecimento das origens genéticas.

O regime português assumiu a “*verdade biológica*”, ou o designado biologismo, como a “*verdade verdadeira*”<sup>56</sup>, ainda que o instituto da adopção continuasse a não fazer parte do quadro biologista, dado que o vínculo biológico continuou a não ter “*mérito*” para impugnar a relação jurídico-parental. Porém, o biologismo, “*que nunca foi critério absoluto*”, hoje, mais do que nunca, revela-se frágil.

---

<sup>56</sup> Cf. CARBONNIER Droit Civil, 11 pml id, t2, Paris, PUF, 1979, p.317 *apud* LOUREIRO, JOÃO, “*O nosso pai é o dador n.o xxx: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida*”, in Lex Medicinæ, Ano 7 – n.º13, 2010.

Numa breve análise aos princípios inerentes ao Direito da filiação são descortináveis o *direito a constituir família*, atendendo a que a todos é reconhecido o direito de estabelecer juridicamente os vínculos de parentesco, consagrado no art. 36.º da CRP; a *não discriminação dos filhos nascidos do casamento ou fora do mesmo*, não colocando barreiras ao estabelecimento da filiação fora do casamento; o *princípio da proteção da família*, permitindo a realização pessoal dos membros da família, impondo por esta via a regulamentação da PMA, uma vez que a mesma implica o estabelecimento de vínculos de parentesco. Relativamente aos princípios de ordem pública, ressaltam o direito da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios para estabelecimento da filiação.<sup>57</sup>

A Reforma de 1977 alterou em grande medida as linhas orientadoras da filiação. Ainda que a velha máxima “*Pater is est quem justae nuptiae demonstrante*” continuasse patente, a impugnação da paternidade do marido passou a bastar-se com a demonstração de que o mesmo era alheio à concepção, e os filhos nascidos fora do casamento passaram a ter liberdade para investigar a paternidade. Ora, “*O vínculo jurídico da paternidade passou a assentar no vínculo prévio da progenitura e, desde então, a paternidade jurídica coincide com a paternidade biológica – cada um tem o pai que a biologia lhe deu.*”<sup>58</sup>. Já a maternidade passou a resultar do acto do nascimento estabelecido por simples indicação, tal como consagrada no art. 1796º do CC, imposta *open legis*, ainda que o legislador tenha previsto a possibilidade de impugnação caso não corresponda à verdade, no art. 1807º.

O estabelecimento da filiação nos casos de PMA homóloga é simples, uma vez que a verdade biológica, partindo do critério biológico, coincide com a verdade jurídica. Porém, a discórdia é imensa nos casos de PMA heteróloga, pois na relação existirá sempre mais um sujeito além da relação conjugal, ou no caso de mulheres desacompanhas, existirá sempre material genético alheio aos beneficiários.

A PMA faz cair por terra o tradicional critério do biologismo, critério este preterido em função do critério de consentir a “*prática da inseminação artificial e de assumir o*

---

<sup>57</sup> Cf. DIAS PEREIRA, “*Filhos de Pai Anónimo no século XXI*”, In *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, 2017, p.54.

<sup>58</sup> Cf. OLIVEIRA GUILHERME, “*Critérios Jurídicos da Parentalidade*”, in *Textos de Direito da Família, Para Francisco Pereira Coelho*”, 2016. p. 273.

*estatuto de pai*”<sup>59</sup>, pois, tal como referido *supra*, o consentimento prestado nos termos do art. 14.º da LPMA constrói o vínculo parental e a criança que nasce é “(...) *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 acto de registo.*”<sup>60</sup>. Por seu turno, nos termos do art. 21.º, “*o dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela*”. Na maternidade de substituição, “*a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários*”<sup>61</sup>, o que parece lógico pois não pode em caso algum a gestante de substituição ser dadora de qualquer ovócito usado no procedimento em que é participante, conforme consta do n.º 3 do art. 8º da LPMA.

A partir do momento em que começaram a nascer crianças através do uso de técnicas de PMA, foi posto em causa o preceituado no art. 1796.º n.º1 do CC, nos termos do qual “*relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento*”. Foi colocada em crise a velha máxima de que “*para o Direito, a mãe é a mulher que tem o parto – a mulher que gera, que dá o sangue*”<sup>62</sup> e, bem assim, o princípio *mater sempre certa est, etiam si vulgo conceperit*, que significa que se sabe sempre quem é a mãe, pois é quem leva a cabo a gravidez.

A procriação medicamente assistida substituiu o critério biológico pelo “*critério do amor sob a forma da vontade de cuidar e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado.*”<sup>63</sup>. No Brasil, esta corrente designada por paternidade sócio-afectiva<sup>64</sup> contempla que “*ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na capacidade de amar e*

---

<sup>59</sup> Cf. OLIVEIRA GUILHERME *Critério Jurídico da Paternidade*, Almedina, 2003

<sup>60</sup> *Vide*: Art. 20.º n.º1 da LPMA

<sup>61</sup> *Vide*: n.º 7 do art. 8º da LPMA.

<sup>62</sup> Cf. OLIVEIRA GUILHERME,, *O sangue, os afectos e a imitação da natureza*, in *Lex Familiae*, ano 5, n.º 10, 2008, p. 5.

<sup>63</sup> Cf. OLIVEIRA GUILHERME, “*Critérios Jurídicos da Parentalidade*”, in *Textos de Direito da Família*, Para Francisco Pereira Coelho”, 2016, p. 278.

<sup>64</sup> Cf. VILELA J.B. *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 21, p. 401- 419, 1979.

*servir*”<sup>65</sup>.

O critério no estabelecimento da filiação nos casos de PMA heteróloga “empurra” por completo a verdade biológica para o precipício e coloca em crise a ideia de que as relações de parentesco são relações de família que se estabelecem entre pessoas com o mesmo sangue, com a mesma carga genética, porque descendem umas das outras ou porque têm um progenitor comum<sup>66</sup>.

Entendemos que o desvio ao critério biológico no estabelecimento da filiação nos casos de PMA heteróloga é legítimo, porquanto não se compreenderia que o estabelecimento da filiação se realizasse com o dador de material biológico, em detrimento dos beneficiários que consentiram a inseminação artificial. Pese embora este tenha uma marca indiscutível no quadro biológico da criança nascida com recurso ao seu material biológico, não o terá na esfera sócio-afectiva e familiar, não obstante o direito ao conhecimento das origens genéticas que trataremos *infra* e o seu reconhecimento. Nesta esteira, citamos Eduardo Sá, “(...) é-se filho de alguém por causa do código genético, ou apesar disso? Obviamente, apesar disso. Daí que, num plano psicológico, falar-se duma filiação genética representa uma falsidade porque apelando ao rigor ético, filiação é uma experiência relacional e afectiva e, em circunstância alguma exclusivamente biológica (...) é ter uma visão reducionista da relação e desprezar a função que ela desempenha no modo como um ser humano a utiliza para se reconhecer nos seus ascendentes.”<sup>67</sup>.

A relação familiar entre pais e filhos, na sua génese, é constituída por um complexo ninho de laços afectivos, de solidariedade, reciprocidade e protecção. Ainda que o afecto não origine qualquer vínculo biológico, não se entenderia que a filiação de um indivíduo nascido a partir de PMA heteróloga fosse estabelecida de acordo com o critério biológico, não obstante a possibilidade de conhecer a sua raiz biológica, tal como veremos adiante.

---

<sup>65</sup>Cf. OLIVEIRA GUILHERME, “*Critérios Jurídicos da Parentalidade*”, in *Textos de Direito da Família, Para Francisco Pereira Coelho*, 2016, p. 278.

<sup>66</sup> Cf. OLIVEIRA GUILHERME, “*Critérios Jurídicos da Parentalidade*”, in *Textos de Direito da Família, Para Francisco Pereira Coelho*, 2016, p. 34

<sup>67</sup> Cf. SÁ, EDUARDO, “*Problemas psicológicos da fecundação com esperma do dador*”, Colóquio interdisciplinar (12 - 13 de Dezembro de 1991) , Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993, p.46.

## II. Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas

O direito ao conhecimento das origens genéticas é aqui apreciado atendendo à aplicação de técnicas de PMA heteróloga. Nesta esteira, veremos o caminho trilhado por este direito ao longo dos tempos e a sua construção no ordenamento jurídico nacional, assente em posições diversificadas.

Poderá o direito ao conhecimento das origens genéticas impor-se à reserva da vida privada e familiar do dador?

### 1. Contextualização Histórica

Ao longo dos tempos muito se tem discutido, tanto ao nível da jurisprudência como da doutrina, acerca do reconhecimento enquanto direito fundamental do direito ao conhecimento das origens genéticas, continuando ainda no presente e estando longe de colher unanimidade de entendimentos.

Coube ao ordenamento jurídico Alemão o impulso da construção teórica do direito ao conhecimento das origens genéticas<sup>68</sup>. No séc. XX nascia a discussão sobre se “*Recht auf Kenntnis der eignsen Abstammung*” (direito ao conhecimento das próprias origens) deveria sobrepor-se à “*pater semper incertus es*”.

Na versão inicial do BGB não era permitido o estabelecimento da filiação entre pai e filho nascido fora do casamento<sup>69</sup>. Porém, o interesse Nazi no conhecimento das origens genéticas, com finalidade de alcançar a pureza da raça ariana, levou a que o tribunal supremo de REICH, em 1939, decidisse aplicar analogicamente as regras dos processos de estado de determinação da paternidade. No pós-guerra, com a CEDH, passou a olhar-se para o direito ao conhecimento das origens genéticas como uma forma de desenvolvimento da personalidade, como uma forma de saber ou de conhecer a proveniência. Com o fim do Nazismo, a construção do direito ao conhecimento das origens genéticas teve como base o

---

<sup>68</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE, *O Direito (...)*, cit., pp.37 a 47.

<sup>69</sup> Não era permitido intentar uma acção de investigação da paternidade, apenas podia ser declarada incidentalmente num processo de alimentos, Cf. REIS, RAFAEL VALE, *O Direito (...)*, ob. cit., p.38.

interesse do filho nascido fora do casamento em ver reconhecida a paternidade, logrando desta forma uma estreita relação do direito ao conhecimento das origens genéticas e da tutela da personalidade e dignidade humana, nas palavras de Vale e Reis *“atitude que acabaria por marcar definitivamente o código genético desse direito”*.

Em 1976, Kleineke considerou que o direito ao conhecimento das origens genéticas deveria considera-se uma subespécie do direito geral de personalidade, além de ter por base a dignidade da pessoa humana, entendimento veio a ser acolhido pelo Bundesverfassungsgericht<sup>70</sup> na década de 80.

O marco histórico ocorreu em 1989 por decisão do Bundesverfassungsgericht, o qual reconheceu a possibilidade do filho gerado com recurso a técnica de PMA heteróloga conhecer a sua ascendência biológica, decisão essa que assentou na tutela constitucional do direito geral de personalidade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Na Holanda o acórdão Valkenhorst, de 15 de Abril de 1994, reconheceu o direito geral da criança à sua personalidade, determinando o direito desta conhecer a identidade dos pais biológicos e, portanto, a possibilidade de requerer o acesso à informação sobre a ascendência genética.

O acórdão do Bundesverfassungsgericht, de 13 de Fevereiro de 2007, abriu portas em definitivo à implementação do direito ao conhecimento das origens genéticas. O mesmo determinou que até ao final de Março de 2008 o legislador deveria criar um procedimento legal de forma a que o pai, legalmente considerado como tal, realizasse testes genéticos no sentido de clarificar o vínculo biológico com a respectiva descendência. Na decorrência desta decisão foi publicada a lei sobre a clarificação da paternidade fora de um processo de impugnação. Introduzido pela citada lei, o 1598a do Bürgerlich Gesetzbuch (BGB), veio permitir que o filho, o pai ou a mãe pudessem requerer reciprocamente uma investigação genética com a finalidade de esclarecer a ascendência biológica do filho. O regime Alemão não impõe a harmonização entre a verdade biológica e a verdade jurídica e, por isso, nos casos em que a investigação genética realizada tem como sentenciamento a desarmonização entre estes dois institutos, o legislador deixou a cargo do filho dispor sobre a paternidade, ou seja, ficar a cargo deste decidir se continua

---

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemão.

com a paternidade legal falsa, no sentido biológico, não obstante o pai ou outras pessoas com legitimidade poderem legalmente impugnar o vínculo. A solução legal Alemã permite o acesso à verdade biológica, traduzindo-se projectando assim a eficácia do direito do conhecimento das origens genéticas.

Em Portugal, a primeira aparição desta temática surge em 1998, aquando da apresentação da proposta de lei, que viria a ser vetada pelo PR.

Ainda hoje, tal como discurremos, é mote para discussão, tanto mais pela solução da LPMA relativamente aos dadores de gâmetas que privilegia a reserva da privacidade do dador em detrimento do direito do nascido com recurso a técnicas de PMA heteróloga conhecer a sua descendência genética. Contudo, em 2009, o Tribunal Constitucional concluiu que o prazo de 20 anos para a impugnação da paternidade era uma violação clara do direito ao conhecimento das origens genéticas. Em 2009, a lei mudou, pese embora ainda exista sujeição ao prazo de investigação da paternidade, diferentemente do que ocorre em Espanha ou no Brasil.

## 2. A Construção enquanto Direito Fundamental

O direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas tem um conteúdo complexo.<sup>71</sup> Entende-se como faculdade de “*aceder à identidade dos respetivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente*”<sup>72</sup>.

Em Portugal, não existe reconhecimento legal explícito do direito ao conhecimento das origens genéticas. No entanto, ainda que este direito não esteja consagrado explicitamente na CRP, diferentemente do que sucede noutros ordenamentos constitucionais europeus, considerando o carácter não taxativo de direitos fundamentais, consideramos que este direito cabe perfeitamente no nosso ordenamento jurídico pelo nº1 do art. 16.<sup>73</sup> da CRP, designada “*cláusula aberta*”, figurando o direito ao conhecimento

---

<sup>71</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE, “*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*”, in Revista do Ministério Público, n.º 116, Ano 29, Outubro-Dezembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 197.

<sup>72</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE, *O direito (...)*, ob. cit., Coimbra, 2008, p. 13.

<sup>73</sup> Tese sufragada por: Andrade, J.C. Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.º edição, remir., Coimbra, Livraria Almeida, 2006, pp.75 e ss.

das origens genéticas como um “*autónomo direito fundamental*”. Considera-se, portanto, que este direito é inferido constitucionalmente de outros direitos fundamentais expressamente consagrados.

A construção ou ascensão deste direito realiza-se considerando a tutela que a CRP concede aos direitos que iremos elencar:

## **2.1. Dignidade da Pessoa Humana**

A noção de dignidade humana, que varia consoante as épocas e os locais, é a base dos textos fundamentais sobre Direitos Humanos.

A Dignidade da Pessoa Humana, consagrada no art.1.º da CRP, é o ponto de partida para a estruturação de todos os direitos fundamentais e, por isso, tem uma função “*unificadora de todos os direitos fundamentais*”<sup>74</sup>.

Nesta senda, face à inovação proveniente do “desenvolvimento e utilização das tecnologias e de experimentação científica no domínio da genética, e, por outro lado à exigência doutrinal do reconhecimento de novos direitos fundamentais no âmbito da engenharia genética aplicada a seres humanos, a revisão constitucional de 1997 introduziu uma expressa referência à garantia da dignidade pessoal e à da identidade genética do ser humano.”<sup>75</sup>.

A dignidade é um princípio fundamental que deve nortear todo o sistema jurídico, inclusivamente no âmbito do direito biomédico, sendo a base de garantia no fundamento do direito ao conhecimento das origens genéticas, que deve ser concedido aos indivíduos gerados a partir de técnicas de PMA. Assim, sufragando a tese de Vale e Reis, “será sempre por referência, em última análise, à ideia de dignidade humana que deve falar-se em direito ao conhecimento das origens genéticas.”<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. GOMES/ MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 58 e 59.

<sup>75</sup> Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 83.

<sup>76</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito (...)*, ob. Cit. p.58.

## 2.2 Direito à Identidade Pessoal

O Direito à Identidade Pessoal está consagrado no n.º1 do art. 26.º da CRP, assumindo uma veste importantíssima, *“na medida em que dele se retira um direito de acesso à auto e hetero-referenciação pessoal”*<sup>77</sup>, conforme a célebre referenciação feita por Gomes Canotilho e Vital Moreira à *“historicidade pessoal”*<sup>78</sup> que naturalmente é o que identifica cada indivíduo *“singular e irreduzível”*.

Segundo Paulo Otero, refletir sobre a dimensão da identidade pessoal pressupõem analisar a dimensão absoluta ou individual, que *“corresponde à originalidade da pessoa humana na sua forma singular própria e individualizada de ser”* com caráter único e irrepetível, e, por outro lado, a dimensão relacional, em que *“cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função da memória familiar recebida pelos seus antepassados, com especial destaque para os respetivos progenitores, configurando -se num “direito à historicidade pessoal”*<sup>79</sup>.

Nesta senda, o direito à identidade pessoal não se esgota no direito ao nome de cada indivíduo, pois *“entre os elementos que necessariamente crescem ao nome, não podem deixar de figurar a maternidade e a paternidade, como raízes definidoras, por excelência, da sua identificação”*<sup>80</sup>, pelo que deste íntimo sentido emerge o *“direito geral ao conhecimento das origens biológicas”*<sup>81</sup>.

Seguindo o entendimento de Capelo de Sousa, a tutela da identidade provém de tudo quanto individualize a pessoa, desde a configuração psico-somática de cada indivíduo, à imagem física, aos gestos, à voz, à escrita e ao seu retrato moral. Todavia, a identidade incide sobre a forma de inserção sócio-ambiental do indivíduo, à sua imagem de vida, à sua história pessoal, à sua identidade sexual, familiar, racial, linguística, religiosa,

---

<sup>77</sup> Cf. RAFAEL VALE E REIS, *“Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão (...)”*, ob. cit. p.194.

<sup>78</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. GOMES/ MOREIRA VITAL, *Constituição da República Anotada*, 4.º ed. rev., Coimbra, 2007, pp. 58 e 59.

<sup>79</sup> Cf. OTERO, Paulo. op. cit., p. 64.

<sup>80</sup> Cf. VARELA, J.M. ANTUNES, *A inseminação artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 128, 1996, Coimbra, Coimbra Editora, p.100

<sup>81</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito (...)*, ob. Cit; pp.59-60

política e cultural<sup>82</sup>.

As técnicas de PMA heteróloga levantam problemas intrínsecos à identidade do indivíduo gerado com recurso às mesmas, pois aquele é desde logo condicionado na sua personalidade pelo factor genético, sendo a identidade genética uma componente essencial do direito à identidade pessoal e, como tal, tornando inseparável desta dimensão o *“amor à própria verdade, para 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 dos nascimentos”*<sup>83</sup>.

Não obstante, *“a imagem da pessoa que a Constituição supõe não é apenas a de um indivíduo vivendo isoladamente possuidor de um determinado código genético; a Constituição supõe uma imagem mais ampla da pessoa, supõe a pessoa integrada na realidade efectiva das suas relações familiares e humano-sociais.”* Assim sendo, o direito à identidade pessoal contém *“até certo ponto um conteúdo heterogéneo: ele abrange diferentes tipos de faculdades, e o seu domínio de protecção não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa”*<sup>84</sup>.

### **2.3 Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no n.º1 do art. 26.º da CRP, foi introduzido no catálogo de direitos fundamentais aquando da revisão de 1997.

Deste direito emergem *“duas dimensões – a protecção geral da personalidade (e, em especial, um direito geral de personalidade) e o reconhecimento da liberdade geral de acção (um direito geral de liberdade) – afirmando, aliás, uma raiz comum nessas dimensões, que consiste na garantia das condições de surgimento de uma individualidade*

---

<sup>82</sup> Cf. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 352-355

<sup>83</sup> Cf. VARELA, J.M. ANTUNES, A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro, Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, 1993, n.o15; p.35.

<sup>84</sup> Cf. Acórdão do Trinunal Constitucional, n.o 101/2009, p. 12463.

*autônoma e livre*”<sup>85</sup>, sendo o direito ao conhecimento das origens genéticas parte integrante do desenvolvimento completo de cada sujeito. No fundo, pode definir-se este direito como a “*salvaguarda do poder de auto-determinação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual*”<sup>86</sup>.

Destarte, sufragando a tese de Vale e Reis, “*Se um indivíduo quer conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos e isso lhe é vedado de forma desproporcionada pelo ordenamento jurídico, não será difícil reconhecer a lesão profunda naquela autonomia e liberdade individuais que tal impedimento provoca.*”<sup>87</sup>.

Nenhum Homem se pode construir e desenvolver de forma livre e autónoma se desconhecer a sua proveniência.

## **2.4 Direito à integridade pessoal**

Vale e Reis assume que não poderá ser descurada a ligação do direito à integridade pessoal, consagrado no art. 25.º da CRP, ao direito ao conhecimento das origens genéticas, uma vez que, tal como defendeu Guilherme de Oliveira, e sob posterior concordância do Tribunal Constitucional<sup>88</sup>, nas duas dimensões que o direito à integridade conhece, física e moral, negar o conhecimento ao passado genético afecta a saúde psíquica e, conseqüentemente, a saúde física do indivíduo.

## **3. Conhecimento das Origens Genéticas - Posições Jurisprudências e Doutriniais**

Tal como discorrido no primeiro ponto deste capítulo, muita tinta já correu em torno do direito ao conhecimento das origens genéticas. Actualmente, há uma “*crecente*

---

<sup>85</sup> Cf. MOTA PINTO, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, in Portugal-Brasil – ano 2000, *Studia Iuridica*, n.º 40, Coimbra Editora, 2000, p. 164.

<sup>86</sup> Cf. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito (...)* ob cit., p. 353

<sup>87</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito (...)*, ob. cit; p.67

<sup>88</sup> Cf. Ac. TC n.º 99/88, de 28 de Abril, pub. Diário da República, II Série, de 22 de Agosto de 22 de Agosto de 1988.

*valorização do direito a cada um saber das suas origens genéticas e raízes familiares e culturais”<sup>89</sup>.*

No instituto da adopção, a alteração operada pela Lei n.º 143/2015 de 8 de Setembro, clarifica a crescente tutela concedida ao conhecimento das origens genéticas. O adoptado pode aceder ao conhecimento das suas origens ao completar 16 anos, mediante solicitação expressa aos organismos da Segurança Social, que têm o dever de prestar informação, aconselhamento e apoio técnico no acesso ao conhecimento das suas origens.<sup>90</sup>

Num Acórdão do TRL foi considerado que *“Direito ao conhecimento da ascendência biológica, deve ser considerado um direito de personalidade e, como tal, possível de ser exercido em vida do pretense progenitor e continuado se durante a acção morrer; correndo a acção contra os seus herdeiros, por se tratar de um direito personalíssimo, imprescritível, do filho investigante. Esse direito a conhecer a paternidade, valor social e moral da maior relevância, que se inscreve no direito de personalidade é um direito inviolável e imprescritível. III) – Em nome da verdade, da justiça e de valores que merecem diferente tutela, deve prevalecer o direito à identidade pessoal sobre a “paz social” daquele a quem o mero decurso do tempo poderia assegurar impunidade, em detrimento de interesses dignos da maior protecção, como seja o de um filho poder investigar a sua paternidade”<sup>91</sup>.*

Paulo Otero sufraga que a referência imposta no art. 26º n.º1 da CRP *“se trata de uma inovação constitucional tendente a reforçar o alcance, se não mesmo a esclarecer possíveis dúvidas, (...) o património genético de cada indivíduo, (...) passou a ser objecto de uma tutela constitucional autónoma, configurando-se a identidade genética humana como um bem jurídico-constitucional”<sup>92</sup>.*

Rafael Vale e Reis concluiu que *“não obstante a inexistência de previsão expressa nesse sentido, é possível encontrar um fundamento constitucional adequado para um*

---

<sup>89</sup> Cf. Ac. STJ, Pr. n.º 4/07.2TBEP.S.G1.S1, de 21-9-2010.

<sup>90</sup> Cf. n.º1 art. 6.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro

<sup>91</sup> Cf. Ac. TRL, Pr. n.º 6797-12.8TBALM.L1-8, de 26-10-2017.

<sup>92</sup> Cf. OTERO, PAULO, *Personalidade e identidade (...)*, ob. cit., pp.84-85.

*direito ao conhecimento das origens genéticas, (...). O direito ao conhecimento da ascendência genética deve, assim, integrar a categoria constitucional dos direitos fundamentais, mais concretamente a subcategoria dos direitos, liberdades e garantias, erigido a partir da tutela que a nossa Lei Fundamental oferece à dignidade da pessoa humana, aos direitos à identidade e à integridade pessoal e ao direito ao desenvolvimento da personalidade*”<sup>93</sup>. Não obstante, o autor admite condicionalismos ou limitações, pois nenhum direito é absoluto, fazendo referência às regras constitucionais que regulam uma eventual colisão de direitos<sup>94</sup>.

Para Antunes Varela *“O direito ao conhecimento da filiação biológica (ou natural) é pessoalíssimo, incluindo o direito à identidade genética, sendo irrepetível e com dimensão permissiva alcançar a “história” e identidade próprias, já que aquele factor genético condiciona a personalidade.*”<sup>95</sup>.

Ora, entendemos que o direito ao conhecimento das origens genéticas comporta uma dimensão que se consubstancia em permitir, em casos raros, descobrir a identidade do dador, e outra que respeita à investigação da maternidade e da paternidade e, se efectiva com o estabelecimento do vínculo de maternidade e de paternidade. Advoga VALE E REIS que deveria existir, no nosso ordenamento jurídico uma acção que possibilitasse apenas conhecer a identidade, sem que tal se prendesse com a obrigatoriedade de estabelecimento de vínculo jurídico de maternidade e/ou paternidade. Todavia no nosso ordenamento jurídico não existe a possibilidade de dispor dos vínculos de maternidade e de paternidade. Neste sentido o Ac. do TC n.º 179/10 sufragou *“existir diferença entre a investigação da paternidade, em que «o que está em causa é o direito à identidade pessoal do investigador (e relativamente à qual a imposição de um limite temporal pode implicar violação do direito ao conhecimento da identidade dos progenitores )» e a impugnação em que o que importa é «a definição do estatuto jurídico do impugnante em relação a um vínculo de filiação que lhe é atribuído por presunção legal».*”<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento (...)*, ob. cit., p.68.

<sup>94</sup> *Vide*: Art. 18.º CRP.

<sup>95</sup> Cf. Ac. STJ, Pr. n.º 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1, de 21-9-2010.

<sup>96</sup> Cf. STJ, Pr. n.º 3460/11 de 20-06-2013.

Neste conspecto Guilherme de Oliveira refere o seguinte, “*Saber quem sou, exige saber de onde venho, quais são os meus antecedentes genéticos, onde estão as minhas raízes familiares, geográficas e culturais.*”<sup>97</sup>.

### **III. Anonimato do Dador de Gâmetas**

A primeira inseminação registada com recurso a esperma de um dador foi realizada no Jefferson Medical Center, em Filadélfia, em 1884 (Brewaeys et al., 2005), por Pancoast, e a primeira inseminação com recurso a ovócito de uma dadora ocorreu quase 100 anos depois, em 1983, no Monash IVF Center, na Austrália. Desde então, milhares de pessoas em todo o mundo nasceram através de utilização de PMA heteróloga, embora seja impossível quantificar o número exato.<sup>98</sup>

A dádiva de gâmetas é um dos mais complexos temas que paira em torno da PMA. Globalmente há muita variabilidade nas soluções adoptadas, não só a respeito do conhecimento ou não da identidade do dador como também no que respeita à sua compensação<sup>99</sup> e aos limites impostos quanto ao nascimento de indivíduos gerados com recurso a gametas de um dador.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Caducidade da acção de investigação, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil*”, p.49 e ss.

<sup>98</sup>Ao longo do séc. XX o recurso a PMA heteróloga tornou-se de tal modo frequente que por exemplo em França, um recém-nascido em cada trezentos foi concebido através de PMA heteróloga. cfr. Article Navigation “The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business Joyce C. Harper Debbie Kennett Dan Reisel, Human Reproduction, Volume 31, Issue 6, 1 June 2016, Pages 1135–1140.

<sup>99</sup> Vide: [http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS\\_Deliberacao06\\_II.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Deliberacao06_II.pdf)

<sup>100</sup> As limitações visam primordialmente salvaguardar o risco de relacionamentos consanguíneos. Em Portugal por deliberação médica foi estabelecido que apenas podem ser concebidas 8 crianças com recurso a gâmetas de um dador. Em França a Lei n.º 2004-800, de 6 de Agosto relativa à bioética prevê que “o recurso aos gâmetas de um mesmo dador não pode deliberadamente conduzir ao nascimento de mais de dez crianças”.No entanto, em países como os EUA, onde há menos restrições legais, existem vários casos registados de doadores de esperma que geram grande número de crianças.

## 1. Pluralidade de Soluções

As soluções que encontramos nos ordenamentos jurídicos internacionais são variadas e com diferentes mutações temporais. Os critérios da identificação<sup>101</sup> variam entre o segredo absoluto, o anonimato com excepções e o anonimato sem excepções, como veremos *infra*.

A Lei Sueca<sup>102</sup> foi pioneira na solução do conhecimento da ascendência genética, consagrando no art. 4.º da Lei 1140/1984 a possibilidade da criança concebida mediante inseminação heteróloga, assim que atinja maturidade suficiente, conhecer os dados relativos ao dador.

Em 1988, o Conselho da Europa através do seu comité ad hoc de peritos em ciências biomédicas defendeu a solução do anonimato do dador de gâmetas, com ressalva dos Estados poderem legislar no sentido de permitir o levantamento do anonimato, permitindo deste modo às pessoas nascidas com recurso à PMA heteróloga “conhecer o rosto”<sup>103</sup> do seu ascendente biológico. Porém os Estados, tendo margem de conformação, optaram por diferentes soluções legislativas.

O anonimato do dador foi também preconizado pelo artigo 14.º da Directiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, relativa ao estabelecimento de normas de qualidade e segurança em relação à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana, que ainda não foi objecto de transposição no nosso país.

No Reino Unido, a opção tomada inicialmente no *Human Fertilisation and Embryology Act* foi o anonimato do dador de gâmetas, tendo por base a tese sufragada por Mary Warnock, aquando da elaboração do relatório “*Report of the Committee of Enquiry*

---

<sup>101</sup> Cfr. REIS, VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento (...)*, ob. cit., pp. 475 e 478.

<sup>102</sup> *Vide*: Lei n.º 1140/1984;

<sup>103</sup> LOUREIRO, JOÃO, *O nosso pai...*, ob. cit., p.198

into *Human Fertilisation and Embryology*"<sup>104</sup>. A defesa do anonimato era vista como a solução que maior garantia concedia às partes envolvidas. Todavia, em 2004, após consulta pública, foi determinada a abolição do anonimato.

Na Holanda, o anonimato foi abolido em 2004<sup>105</sup>, pelo que desde então a pessoa gerada por técnicas de PMA heteróloga pode conhecer a identidade do dador de gâmetas após atingir os 16 anos.<sup>106</sup>

Na Alemanha, ainda que o anonimato não seja abordado pela lei que regula a PMA (Embryenschutzgesetz), a ordem federal dos médicos impôs que todas as informações fossem documentadas de forma a que em momento posterior, a criança pudesse aceder à sua ascendência genética. A problemática central prendeu-se sobretudo com a posição jurídica do dador. Neste tempo de incerteza, a consequência acabou por ser a diminuição de dádivas, sobretudo depois de uma decisão do Tribunal Federal de Justiça de 1983 que reconheceu ao marido da mãe a possibilidade de impugnar a paternidade de uma criança concebida através de PMA heteróloga, ainda que existindo consentimento prévio. Apenas em 1995, uma decisão do Tribunal de Justiça Federal veio clarificar e ponderar as condições de impugnação de paternidade, consolidando que a revogação unilateral do consentimento pelo marido da mulher apenas poderia ocorrer até ao momento de execução da técnica. Nos casos em que não fosse prestado qualquer consentimento, nenhuma responsabilidade poderia ser atribuída e, por fim, após a data de realização da intervenção médica, o marido que consentiu na execução fica vinculado a assumir o estatuto de pai perante a mãe e perante a criança. A Kinderrechteverbesserungsgesetz, em 2002, alterou esta matéria e, segundo o § 1600 (4) do BGB, o pai ou a mãe que consentiram na técnica de PMA não podem impugnar o vínculo. Em 2017 o parlamento alemão aprovou uma lei

---

<sup>104</sup> *Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology*, de Julho 1984, consagrava o princípio do anonimato mas permitia que o indivíduo maior de 18 anos pudesse aceder às informações genéticas ainda que não fosse possível a identificação do dador... emergiu também a imposição da HFEA realizar a construção de um registo com informações relativas às pessoas beneficiárias de tratamentos, aos dadores, devendo constar pelo menos o nome e data de nascimento e aos indivíduos gerados a partir de técnicas de PMA heteróloga.

<sup>105</sup> *Vide*: Artificial insimination (danor information) act.

<sup>106</sup> *Cf.* BLAUWHOF, RICHARD, *A determinação e a impugnação da paternidade na Holanda*, in *Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família FDUC, ano 3, n.º5, Coimbra, 2006, pp. 19-30

sobre o registo do dador de esperma e a partir de 2018 qualquer pessoa oriunda de doação de esperma pode, após atingir 16 anos aceder à informação da identidade do dador<sup>107</sup>.

Na Suíça, a *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, du 18 décembre 1998, consagra no art. 27.º o direito da criança concebida com recurso a técnicas de PMA heteróloga<sup>108</sup>, depois de atingir 18 anos, poder solicitar ao *Office fédéral de l'état Civil* o pedido de conhecimento da identidade do dador, pese embora tenha que existir prévio contacto da entidade com o dador a fim de verificar a sua disponibilidade. No caso de recusa, o interessado pode recorrer à Comissão Federal de protecção de dados e aos Tribunais administrativos. Esta solução “aparentemente harmonizadora” do direito suíço não prevê que a criança possa impugnar a paternidade pré-estabelecida, nem intentar uma acção de paternidade contra o dador. O marido que tenha consentido na utilização de PMA heteróloga não pode, nos termos do art. 256.º do Código Civil Suíço, impugnar a paternidade. Vale e Reis reconhece o esforço da Lei Suíça na tentativa de harmonizar a resolução desta problemática, porém admite que “o regime revela-se bastante comprometido com a efectivação do direito ao conhecimento das origens genéticas, como determina a respectiva Constituição”<sup>109</sup>.

Além dos países particularizados supra, também a Áustria, a Finlândia, a Islândia, a Nova Zelândia e Victoria - Austrália<sup>110</sup> possibilitam o conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas.

Após apreciação de alguns dos modelos que possibilitam o conhecimento da identidade do dador, vejamos agora alguns ordenamentos jurídicos que acolhem o anonimato.

---

<sup>107</sup> Cf. SILVA, MIGUEL OLIVEIRA, *Eutanásia (...) ob. Cit.* p. 132

<sup>108</sup> Apenas permite utilização de PMA heteróloga com gâmetas masculinos.

<sup>109</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento (...)*, ob. cit., p. 435.

<sup>110</sup> Em Victória-Austrália o legislador aboliu o anonimato em 1998, todavia com a recente alteração legislativa veio possibilitar que as pessoas concebidas antes de 1988 possam conhecer a identidade do dador de gâmeta. Guido Pennings criticou fortemente esta medida que considera *imoral e desrespeitosa* para os dadores de gâmetas. Recentemente o professor Eric Blyth e Dr. Marilyn Crawshaw vieram a criticar a posição tomada por Guido Pennings. Disponível em <http://www.bionews.org.uk/home>, Artigos 843 e 844, respectivamente.

O modelo defendido na França obedece ao “estrito respeito pelo anonimato”<sup>111</sup>, pese embora *“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”*<sup>112</sup>.

Na Itália, não é admitida a PMA heteróloga e, por conseguinte a questão do anonimato só se coloca no caso de doação de embriões.

Na Espanha, é respeitado o anonimato nos termos do n.º 5. Do art. 5.º da Lei 14/2006 de 26 de Maio, pese embora se preveja a descoberta da identidade dos dadores em situações excepcionais, nomeadamente no caso que *“comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”*. Todavia, *“La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.”*<sup>113</sup>.

Além dos referidos países, também os EUA, a Eslovénia, a Dinamarca, o Canadá, o Japão e a China acolhem o anonimato.

## **2. O Anonimato em Portugal**

### **2.1 Análise Politico-Legislativa**

A Lei 32/2006, tal como *supra* referido, veio consagrar a solução do anonimato. Contudo, o caminho percorrido até à sua implementação foi conduzido sobretudo por diferentes posições políticas.

Em Portugal desde 1987, aquando da criação da *Comissão para o Enquadramento*

---

<sup>111</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento (...)*, ob. cit., p.428.

<sup>112</sup> *Vide*: Art. L 1244-6 do Code de la santé publique (na redação da Loi n.º 2004-800 du 6 août 2004)

<sup>113</sup> *Vide*: n.º 3. do art. 8.º Ley 14/2006 de 26 de Mayo.

*Legislativo das Novas Tecnologias*, que se discutem soluções e sucedem propostas no que respeita ao enquadramento da confidencialidade do dador de gâmetas e ao seu confronto com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Em 1987, a solução apresentada pela *Comissão* ia de encontro à possibilidade de levantamento do anonimato nos casos em que a pessoa nascida a partir de PMA heteróloga, por razões médicas, necessitasse imperativamente de conhecer o dador.

Em 1997 a Proposta n.º 135/VII, de 18 de Junho de 1997, trilhou um caminho diferente, prevendo como regra o anonimato mas possibilitando que as pessoas nascidas de PMA heteróloga obtivessem informações sobre o dador por razões médicas devidamente comprovadas, ainda que isso não significasse necessariamente a revelação da identidade do dador. Todavia, o conhecimento da identidade do dador era admitido por recurso oficioso com fundamento em razões ponderosas. Esta “*cláusula de salvaguarda*” assegurava o conhecimento da identidade do dador de gâmetas nos casos em que se revelasse essencial no “*quadro individual da construção da própria personalidade*”, levantando a “*cortina do segredo*” pelo tribunal competente em matéria de família na área de residência do interessado.<sup>114</sup>

Num prisma claramente oposto, o decreto n.º 415/VII de 1999 consagrava a possibilidade das pessoas nascidas a partir da PMA heteróloga, após a maioridade, requererem a uma comissão de orientação e acompanhamento todas as informações, incluindo a identidade dos dadores, independentemente do consentimento destes. Porém o decreto foi vetado pelo PR, considerando que as soluções apresentadas “*nos domínios da fecundação in vitro, da utilização das técnicas de diagnóstico genético pré-implatório, da utilização para fins de investigação científica de embriões não deliberadamente criados para esse fim, da protecção do direito à privacidade.*”<sup>115</sup>.

Em 2002 o projeto de lei do Partido Socialista, sob nova investidura de regulamentar as técnicas de PMA, estabelecia como regra o anonimato, pese embora pudesse ser quebrado por razões de ordem médica devidamente fundamentadas ou outras

---

<sup>114</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito (...)*, ob. cit p. 436.

<sup>115</sup> “Mensagem do Sr. Presidente da República fundamentando o veto por razões de inconstitucionalidade que exerceu e devolvendo o decreto para apreciação”; Disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/082/1999-08-03/2316>

razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial. Relativamente à filiação o dador de sémen, este nunca poderia ser havido como pai da criança não podendo ser estabelecido por consequência qualquer vínculo com a mesma.

O Bloco de Esquerda acolheu um regime semelhante ao do PS, ainda que com contornos mais rígidos. As técnicas de PMA deveriam decorrer “*sob estritas condições de confidencialidade e, no caso de recurso a dadores de gâmetas embriões, com anonimato dos dadores*”.

Também no projeto do PCP as pessoas nascidas em consequência do processo de PMA só poderiam conhecer informações por razões médicas devidamente comprovadas. Os interessados podiam requerer ao CNRMA as informações que lhe dissessem respeito incluindo a identidade do dador se razões ponderosas se verificassem.

O projecto do PSD, com carácter restritivo, proibia a PMA heteróloga. A questão do anonimato só se colocava relativamente à adopção de embriões, admitindo a possibilidade de que as pessoas geradas com recurso aos mesmos pudessem requerer à CNRMA (Conselho Nacional de Reprodução Medicamente Assistida) informações objectivas sobre as características genéticas dos progenitores biológicos se se revelasse imprescindível a respectiva identificação do dador.

Em 2004, ainda antes da tomada de posição por parte do legislador pela solução do anonimato na LPMA, o parecer do CNECV seguiu um trilha distinto, prevendo que nos casos de utilização de PMA heteróloga deveria ser “*salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica. A informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador deverá manter-se permanentemente disponível, podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste.*” abrindo as portas ao conhecimento da ascendência genética acautelava que o “*O conhecimento da identidade do dador de gâmetas não poderá implicar, por parte do filho biológico, a reivindicação de quaisquer direitos em relação àquele ou de deveres daquele para com o próprio.*”<sup>116</sup>. Este

---

<sup>116</sup> Vide: Parecer n.º 44 do CNECV, 2004, disponível em: <[http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172\\_P044\\_ParecerPMA.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf)>.

parecer foi aprovado por unanimidade e sem controvérsia, com a emergência do direito do novo ser ao conhecimento da sua origem biológica. Todavia, sem que nada o fizesse prever o legislador inverteu a posição que havia sido tomada pela CNECV, contemplado o sigilo sobre a identidade dos participantes, bem como sobre o próprio acto de PMA. Perfazendo o que foi dito por Oliveira Ascensão tudo leva a crer que “*ponderosos interesses empresarias*” concorreram para a esta tomada a de posição, e porquanto foram estes mesmos interesses que falaram mais alto na Assembleia da República, levando à impressionante inversão da posição unânime do tomada pelo CNECV.<sup>117</sup>

## **2.2. O Regime de Confidencialidade nos termos da Lei 32/2006**

Em Portugal a LPMA contemplou como regra o anonimato do dador de gâmetas, ainda que, não de forma absoluta.

A identidade do dador de ovócitos ou espermatozoides é, por regra anónima. Todavia o legislador contemplou 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, excluindo a identificação do dador” bem como a possibilidade de obter “*informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do CNPMA, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir*”.<sup>118</sup> Nas palavras de Oliveira Ascensão, este sistema é “ *muito pesado e rígido, apenas abrindo excepções contadas*”, que em bom rigor não se podem considerar verdadeiras excepções uma vez que “*não chegam nunca à revelação da identidade do dador*”.

Sucede que, o legislador, ainda que acolhendo a máxima da protecção da identidade do dador no consagrou no nº4 do art. 15.º da LPMA que “*podem ser obtidas informações sobre a identidade do dador identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por*

---

<sup>117</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASSUNÇÃO - A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida, ROA; Ano 2007, ano 67 - Volume III; Dez 2007;

<sup>118</sup> Cf. art. 15º, n.º3 e n.º4 LPMA.

*sentença judicial.*”<sup>119</sup>. Ora, obviamente que o legislador aquando da redação deste preceito deixa entreaberta a porta para o conhecimento real e efectivo da identidade do dador de gâmetas.

Qualquer violação das disposições que constam do art. 15.º é punida nos termos do disposto no art. 43.º da LPMA, com moldura penal de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias.

Entendemos que o direito de obter informações não é recíproco pois o dador é unicamente um “fornecedor de material”<sup>120</sup>, não um participante num projecto parental e o conhecimento que pudesse obter dos seres gerados seria perigoso, desde logo pela possibilidade de se imiscuir na vida familiar com finalidades turvas. Quem tem razões pessoais a invocar é o ser gerado por PMA heteróloga, e somente ele<sup>121</sup>.

### **2.2.1 O Sigilo**

O legislador entendeu que *“Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto de PMA”*<sup>122</sup>. Como tal, está aqui patente o dever de confidencialidade em sentido geral, uma vez que a preocupação de confidencialidade não se dirige apenas aos intervenientes do processo de PMA mas também ao próprio acto de PMA.

O Direito à privacidade individual, que deve ser garantido a todas as pessoas envolvidas no processo de procriação assistida implica a confidencialidade dos dados pessoais e de saúde e o escrupuloso cumprimento do segredo profissional por parte de todos os agentes envolvidos nas técnicas de procriação medicamente assistida, sendo certo

---

<sup>119</sup> Cf. 15º nº4

<sup>120</sup> Cf. LEITE DE CAMPOS, “A PMA (...), op. cit., p. 986.

<sup>121</sup> Vide. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A Lei N.º 32/06 b. cit.*

<sup>122</sup> Vide: n.º1 do art. 15º da LPMA

que pessoa goza, portanto, do direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde reprodutiva. Este direito constitui uma concretização do seu direito à privacidade reconhecido quer em textos de Direito Interno<sup>123</sup> quer de Direito Internacional<sup>124</sup>.

A confidencialidade é um dos aspectos mais frágeis da PMA, por conseguinte é complexo efectivar a sua garantia, uma vez que muitos são os intervenientes no processo de inseminação. Com efeito, desde os actos preliminares que pressupõem a realização de testes psicológicos até ao acto final, existem muitos intervenientes, existe a obrigação de uma organização cuidadosa e cautelosa dos centros autorizados a praticar essas técnicas<sup>125</sup>. Sendo certo que o dever geral de sigilo resultante quer de normas legais<sup>126</sup> quer deontológicas<sup>127</sup>.

Nesta esteira, a doutrina distingue a confidencialidade externa, em que apenas os que participam no processo têm acesso à informação, estando a mesma vedada a todos os que não participam no processo, e por outro lado, confidencialidade interna, a qual se prende com a informação prestada aos intervenientes no processo, sendo que a questão do anonimato se situa nesta última temática.<sup>128</sup>

Sucedendo ainda que, a aplicação do dever de confidencialidade ao próprio acto de PMA só pode ser compreendida se existir exclusão dos beneficiários e futuros progenitores, pois não se compreenderia que assim não fosse, até porque não seria legítimo

---

<sup>123</sup> Cf. o art. 26.º da CRP, o art. 80.º do CC.

<sup>124</sup> *Vide*: o art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; o art. 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aberto à assinatura dos Estados membros das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966, e aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho; o art. 9.º da Declaração sobre Normas Universais em Bioética; o art. 8.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aberta à assinatura em Roma, em 4 de Novembro de 1950, e o art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Cf.*, ainda, o art. 1.º da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e o art. 1.º da Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal.

<sup>125</sup> *Vide*: OLIVEIRA, Guilherme de, “Legislar sobre a Procriação Assistida”, Publicação de Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, No 2, Coimbra, 1993, pp. 36 e 37

<sup>126</sup> Cf. o art. 4.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro.

<sup>127</sup> Cf. o art. 85.º do Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril; o art. 101.º do Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de Novembro, e os arts 67.º a 70.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

<sup>128</sup> Cf. COBACHO GÓMEZ, José António (dir.) Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Cizur Menor: Aranzadi, 2007, p. 143.

vedar aos progenitores a revelação ao filho do modo como foi concebido e, principalmente, se existiu recurso a gâmetas de um terceiro<sup>129</sup>. Aliás, neste preceito é bem visível a tendência do legislador na intensa defesa da confidencialidade tanto para com dadores como para com os beneficiários.

### **2.2.2 As informações de natureza genética do dador**

A constituição genética do indivíduo é parte da sua identidade pessoal<sup>130</sup>, e sua protecção decorre em primeira linha do n.º 3 do art. 26.º CRP.

A informação genética, enquanto *“informação sobre características hereditárias de um (ou mais) indivíduos obtida por análise de ácidos nucleicos ou por qualquer outro método científico”*<sup>131</sup> é regulada pela Lei n.º 11/2005 de 26 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 26/2016, de 22/08. Nos termos da lei o acesso à base de dados genéticos, tal como *supra* referido, pode ser solicitado por *“qualquer pessoa”* de forma a ter *“acesso à informação sobre si própria, contida em ficheiros com dados pessoais, nos termos da lei.”*

O legislador nacional consagrou a possibilidade dos indivíduos gerados com recurso a PMA heteróloga e também no caso de doação de embriões, conhecerem as *“informações de natureza genética”*, traduzindo-se tal no acesso à história clínica do dador de forma a conhecer os factores de risco e possibilitar o diagnóstico e terapêutica de doenças hereditárias, ainda que os dadores sejam seleccionados de acordo com a *“qualidade genética”* à partida *“garantida”*<sup>132</sup>, ainda que tal não implique a revelação da identidade do dador. Tutelando assim uma camada superficial do direito ao conhecimento das origens genéticas.

Na concepção de Vale e Reis, o direito ao conhecimento das origens genéticas integra uma dimensão que garante a todo o indivíduo a obtenção da sua informação

---

<sup>129</sup> Esta é uma questão que trataremos no ponto 3.5 Cap. III.

<sup>130</sup> Cf. neste sentido, o art. 2.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem

<sup>131</sup> Cf. Parecer n.º 43 do CNECV, 2004, disponível em: [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057219\\_P043\\_ProjLei28IX\\_InfoGeneticaPessoala.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057219_P043_ProjLei28IX_InfoGeneticaPessoala.pdf)

<sup>132</sup> Vide: MELO, HELENA PEREIRA, *NASCER E CRESCER - “A Selecção de Dadores de Gâmetas e o Eugénismo”*, in revista do hospital de crianças Maria Pia, Vo.I XVIII, n.º 2, ano 2009.

genética<sup>133</sup>. Não obstante, o direito ao acesso às informações de saúde, nomeadamente do foro genético, decorrerem em primeira linha do direito à protecção da saúde, nos termos do art. 64.º da CRP.

Nos processos de PMA, o registo e conservação dos dados pessoais são regulados nos termos do art. 16.º da LPMA, e a solicitação das informações de natureza genética, segundo a lei, deve ser dirigida aos “*competentes serviços de saúde*”, pressupondo assim que seria competente o centro onde foi ministrada a técnica de PMA. Porém, o art. 30.º da LPMA atribuí ao CNPMA competência para “*centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente, registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas*”<sup>134</sup>, pelo que parece para o legislador esta entidade é a única com competência para analisar e dar resposta aos pedidos de informação.

### **2.2.3 O impedimento legal relacionado com o casamento**

Uma das críticas apresentada à utilização de PMA heteróloga prende-se com a problemática da consanguinidade. Desta forma, ainda que acolhendo como regra o anonimato que enormes entraves coloca ao conhecimento de laços biológicos, o legislador consagrou no n.º 3. do art. 15.º a possibilidade do indivíduo gerado com recurso a gâmetas de um terceiro solicitar ao CNPMA informações sobre eventual existência de impedimento legal projectado no casamento. Após contacto pelo CNPMA, o dador pode autorizar a revelação da sua identidade e o indivíduo gerado a partir de PMA heteróloga pode assim ter acesso a essa informação.

Primeiramente, diga-se que a disposição deste preceito não acautela efectivamente a conexão entre duas pessoas com parentesco biológico, nomeadamente situações de incesto, pois o casamento têm-se como efectivação de uma realização familiar e amorosa pré-existente e, como tal, a descoberta de qualquer impedimento ocorrerá a posteriori de um estabelecimento amoroso e até sexual. Seguidamente, o legislador parte do princípio

---

<sup>133</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento (...)*, ob. cit., p. 485.

<sup>134</sup> Vide: n.º2, al p). do art. 30.º,

que a pessoa gerada com recurso a PMA conhece a sua proveniência<sup>135</sup>. Ora, só saberá se os pais/beneficiários, ou alguém que teve conhecimento particular, lhe revelarem. Se nada lhe disserem, não adianta dar-lhe o direito de se informar sobre impedimento legal projectado no casamento, porque, não se apercebendo dessa eventualidade, tal direito não terá qualquer efeito útil <sup>136</sup>.

Este preceito é um quanto ou quanto dúbio, pois o legislador parte do princípio de que há um conhecimento prévio do modo de concepção.

Se o Estado não providencia mecanismos para que a pessoa gerada com recurso a gâmetas de um dador tenha conhecimento da forma como foi concebida, como poderá a mesma conhecer o eventual impedimento legal projectado no casamento?

Neste conspecto, em absoluta concordância com Guilherme de Oliveira, cremos que diversas são as dificuldades desta problemática no contexto cultural Português. Partindo da ideia de privacidade, *“o Estado vem apenas colocar barreiras longínquas da legalidade, deixando à mera consciência dos particulares o poder de achar o que é licito e bom”*<sup>137</sup>.

#### **2.2.4 As razões ponderosas que poderão levar ao conhecimento da identidade do dador de gâmetas**

Segundo Oliveira Ascensão, *“Agora muda-se bruscamente de flanco de jogo. Onde havia previsões extremamente restritivas enxerta-se uma cláusula aberta que pode dar para tudo. É um puro apelo ao arbítrio judicial, uma carta em branco. Quando o importante seria fixar os critérios que deveriam pautar a intervenção do juiz.”*<sup>138</sup>, o que consubstancia um puro apelo ao arbítrio judicial. Vale e Reis entende que esta solução não

---

<sup>135</sup> A Lei Sueca na documentação relativa ao consentimento informado, prestado pelos beneficiários contempla algumas cláusulas que recomendam a revelação à criança da sua proveniência, contudo não existe qualquer controlo estadual o seu cumprimento, porém é um compromisso imposto aos pais. Também no Reino Unido o organismo regulador estabelece que é um dever dos beneficiários informarem os filhos sobre o modo como foram concebidos.

<sup>136</sup> Cf. ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA - “A Lei N.º 32/06, (...) ob. cit..

<sup>137</sup> Cf. OLIVEIRA, GUILHERME, *“Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”*, in Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editores, 1999, p. 7.

<sup>138</sup> Cf. ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA - “A Lei N.º 32/06, (...) ob. cit..

é “a desejável, ou mesmo aceitável, à luz da tutela que merece o direito ao conhecimento das origens genéticas”<sup>139</sup>. O n.º4 do art. 15º da LPMA “*é a porta para o conhecimento*” da identidade dos dadores de gâmetas “*que só se abre quando há uma ‘boa causa’*”<sup>140</sup>.

Os antecedentes da actual LPMA, nomeadamente a Proposta n.º 135/VII, de 18 de Junho de 1997, já previa a invocação de razões ponderosas, de forma a relevar as origens genéticas do gerado com recurso a gâmetas de terceiro. Ainda que a tutela da individualidade do gerado com recurso a PMA heteróloga nunca tenha sido a opção escolhida pelo legislador nacional, que sempre inclinou a sua posição para a protecção do anonimato, será que estabeleceu esta cláusula dirigida aos casos em que o indivíduo tenha “*um desejo inexpugnável de conhecer as suas origens genéticas, e termos tais que o seu entorpecimento lhe afecte o desenvolvimento da própria personalidade, justifica a revelação da identidade do dador de gâmetas.*”<sup>141</sup>? Para alguns autores<sup>142</sup>, esta “*válvula de escape*”<sup>143</sup>, “*que permitirá quebrar o manto da confidencialidade*”, não foi construída com a finalidade de invocação do direito à identidade pessoal.

Procedimentalmente, o pedido de conhecimento da identidade do dador deve ser realizado oficiosamente, demonstrando para tal a necessidade de, no caso em concreto, ser reconhecido o direito de conhecimento da origem genética, não tendo o autor que demonstrar a superioridade dos valores que invoca em detrimento dos interesses do dador, e cabendo a este último nos termos gerais último nos termos gerais do ónus da prova realizá-lo nos termos do CPC.

---

<sup>139</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE, “*Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na PMA?*” Disponível em: [https://www.academia.edu/29645469/Deve\\_abolir-se\\_o\\_anonimato\\_do\\_dador\\_de\\_gâmetas\\_na\\_Procriação\\_Medicamente\\_Assistida](https://www.academia.edu/29645469/Deve_abolir-se_o_anonimato_do_dador_de_gâmetas_na_Procriação_Medicamente_Assistida) (acesso a 12 de Dezembro de 2017).

<sup>140</sup> Cf. Cahn, Naomi. Test tube families: why the fertility market needs legal regulation. New York: New York University press, 2009, p. 115 e p. 224, que indica o Uniform Parentage Act (UPA) *apud* LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “*O nosso Pai é o dador (...)*” *ob. cit.* p. 206.

<sup>141</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE, “*Deve abolir-se (...)*” *ob. cit.* p. 169.

<sup>142</sup> *Vide*: REIS, RAFAEL VALE, “*Deve abolir-se (...)*” *ob. cit.* p. 169; e LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “*Filho(s) de um gamela 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, p. 28

<sup>143</sup> Cf. LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “*O nosso Pai é o dador (...)*” *ob. cit.* p. 249.

Similarmente à cláusula consagrada no ordenamento jurídico nacional, a opção plasmada no ordenamento jurídico espanhol é no sentido de a identidade do dador ser revelada quando exista *“peligro cierto para la vida o la salud del hijo”*. Em Portugal, no que diz respeito a esta temática, a revelação de informação relativamente ao dador por razões de saúde do filho biológico é autónoma, não requer o conhecimento da identidade do dador. Todavia, aludindo ao sufragado por João Loureiro, existindo essa necessidade deverá essa ser considerada uma razão ponderosa para a revelação da identidade do dador.

Nas palavras de Vale e Reis, *“a expressão ‘razões ponderosas’ está, sobretudo, pensada para os casos em que o filho sente uma inelutável necessidade de conhecer as suas origens”*<sup>144</sup>, portanto não se prenderá esta questão com obtenção de informação genética para efeitos de cuidados de saúde, sendo certo que para tal não há necessidade de intervenção judicial como *supra* referimos. De todo o modo, no que concerne a motivos que se prendem com a necessidade psicológica do filho em conhecer o seu progenitor biológico, em ambos os ordenamentos, é necessária intervenção judicial.

Segundo Diogo Leite de Campos, parece considerar-se razão ponderosa para o descobrimento da identidade do dador *“a circunstância do filho estar afetado psicologicamente pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos”*<sup>145</sup>.

Não obstante, *“só a jurisprudência nos permitirá daqui a alguns anos aperceber qual é o entendimento que os tribunais terão de razões ponderosas”*<sup>146</sup>.

### **2.2.5. O assento de nascimento**

Em Portugal, o legislador, face ao acolhimento do anonimato em relação ao dador de gâmetas, proibiu expressamente que do assento de nascimento conste qualquer *“indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA”*<sup>147</sup>, sendo que “é

---

<sup>144</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento (...)*, ob. cit., p. 472.

<sup>145</sup> Cf. CAMPOS, DIOGO LEITE, *“A procriação(...)* ob. cit..

<sup>146</sup> Cf. CAMPOS, DIOGO LEITEA PMA (...), *op. cit.*, p. 1028.

<sup>147</sup> Vide: n.º 5 do art. 15.º da LPMA

*proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA”<sup>148</sup>.*

Nos registos a lavrar de acordo com a LPMA, a criança nascida com recurso às técnicas de PMA, é havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica referida, nomeadamente da pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, independentemente do género.

Nos termos do artigo 20º da LPMA, deve ser exibido documento comprovativo de que foi prestado o consentimento. Se no acto do registo não estiver presente a pessoa a quem respeita esse consentimento a parentalidade só fica estabelecida se for exibido o documento comprovativo de que foi prestado o consentimento, nos termos do artigo 14º da Lei n.º 32/2006.

Nos termos do n.º 2 art. 69.º do CRC “*A perfilhação dependente de assentimento só é averbada quando este for prestado.*”.

Tais preceitos são consequência do acolhimento do anonimato, porém os problemas que daqui emergem são sérios – se a pessoa não conhecer a forma como foi concebida no caso de pretender contrair matrimónio, vai ser informada pelo Conservador do Registo Civil que existe averbamento de perfilhação consentida e que porquanto o seu pai jurídico não corresponde com o biológico? Sendo certo que, tal como referido *supra*, a questão do desconhecimento de eventuais impedimentos legais projectados no casamento, não são do conhecimento do Conservador do Registo Civil pois este tem não tem dados que permitam conhecer a identidade do dador.

Será que é um dever do Conservador do Registo Civil informar o indivíduo que pretende celebrar matrimónio da sua proveniência? Não nos parece que este seja um dever do Conservador.

No seguimento do exposto, esta matéria remete-nos para uma outra questão: existirá um dever de comunicação ao indivíduo nascido com recurso a técnica de PMA sobre o modo de concepção? Em caso afirmativo, sobre quem recai a responsabilidade de dar conhecimento de tal facto? De facto, a certidão de nascimento não é, nem deve ser, o mecanismo certo para que alguém descobrir de que forma foi concebido. Caberá ao Estado

---

<sup>148</sup> *Vide*: n.º 2 art. 3º da LPMA

o dever de comunicação? Atendendo à importância desta matéria, sobretudo se estivermos perante um caso de PMA heteróloga, sufragando a tese de João Loureiro, entendemos que é obrigação do Estado “assegurar mecanismos que permitam a quem resulte de uma concepção assistida com dador ou dador, a possibilidade de saber quanto ao seu modo de concepção.”<sup>149</sup>. Tal aceção merece especial destaque no caso de PMA heteróloga, pois, na nossa óptica, esta problemática é ainda mais grave, uma vez que além de se omitir o modo como os indivíduos foram concebidos, a historicidade pessoal do indivíduo é construída sob uma mentira<sup>150</sup>.

Quer no acolhimento do modelo do anonimato, quer na solução de revelação da identidade do dador, deve o Estado garantir o controlo efectivo desta problemática através de mecanismos organizacionais e procedimentais que permitam a garantia dos bens jurídico-constitucionais intrínsecos a esta realidade.

### **3 . O Anonimato na Gestação de Substituição**

O primeiro relato de gestação de substituição remonta a 1985, sendo certo que desde a antiguidade algumas alusões tem sido realizadas a esta modalidade de propiçãõ, “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.”<sup>151</sup>, ainda com contornos diferentes esta modalidade de procriação cabe na perfeição no conceito de gestação de substituição.

A gestação de substituição foi permitida em Portugal em 2016, e a 15 de Dezembro de 2017 foi autorizado pelo CNPMA o primeiro contrato de gestação de substituição<sup>152</sup>.

No ordenamento jurídico nacional, a gestação de substituição ocorre nos termos do

---

<sup>149</sup> Cf. LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “O nosso Pai é o dador (...)” ob. cit. p. 223.

<sup>150</sup> Kate Litwinczuk, é Inglesa e foi concebida com recurso a PMA heteróloga, referiu numa entrevista que os pais confidenciaram-lhe o modo como foi concebida ainda em criança e, como tal, nunca sentiu a necessidade de conhecer seu doador (neste caso, nem poderia conhecer pois nasceu antes da abolição do anonimato na Inglaterra.) <http://www.bionews.org.uk/home> art. n.º 874.

<sup>151</sup> In Genesis, 30,3;

<sup>152</sup> Disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA\\_Comunicado15DEZ2017.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_Comunicado15DEZ2017.pdf)

art. 8.º da LPMA, quando uma mulher se dispõe contratualmente a suportar uma gravidez por conta de outrem, a título gratuito, comprometendo-se a entregar a criança após o parto, renunciando assim a todos os deveres da maternidade. Sendo certo que é considerada mãe da criança a beneficiária que prestou consentimento e não a mulher que deu à luz a criança, ou a dadora do ovócito, caso se verifique, em plena derrogação da regra “*mater sempre certa est , etiam si vulgo conceperit*”. O recurso à gestação de substituição só pode ser realizada em casos particulares nomeadamente “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”<sup>153</sup>.

A gestação de substituição só pode ser autorizada a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas de pelo mesmo um beneficiário, não podendo a gestante ser dadora de qualquer ovócito, porquanto a questão relativa ao recurso a gâmetas de terceiro em nada difere do que se tem vindo a discutir até então. Todavia o problema prende-se com a questão do conhecimento da identidade da gestante, uma vez que ainda que não tenha contribuído com o seu material biológico, permitiu a utilização do seu corpo com a finalidade única de gerar um filho alheio.

Advoga Paula Martinho da Silva que é “ *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.*”<sup>154</sup>. Porquanto, entendemos que deve ser permitido ao gerado com recurso a gestação de substituição conhecer a identidade da pessoa que o germinou sendo pois ainda que não partilhe a mesma carga genética partilha uma passagem única da vivência gestacional com importante papel na construção da sua identidade.

#### **4. O anonimato na PMA destinada a mulheres “sós”**

Se há algumas dezenas de anos era indiscutivelmente negado o acesso de mulheres sós às técnicas de PMA, sobretudo pelo quadro da biparentalidade tradicional, onde a família assentava necessariamente na presença masculina e feminina, a vulgarização do

---

<sup>153</sup> Vide: n.º 2. art.8.º LPMA.

<sup>154</sup> PAULA DA SILVA e MARTA COSTA, *A lei (...), op. cit.*, p. 27. 76

divórcio transformou a monoparentalidade numa realidade cada vez mais presente e por conseguinte deixou de se entender que o “interesse” da criança passaria pela construção de um lar biparental.

O alargamento do rol de beneficiários de acesso as técnicas de PMA, operada em 2016, garante hoje o acesso a *todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade* à procriação<sup>155</sup>.

Tal como referido *supra*<sup>156</sup> relativamente ao processo de filiação no casos de estabelecimento de maternidade com omissão de paternidade, aquando da lavra do registo de nascimento da criança nascida com recurso a técnicas de PMA, o funcionário deve imediatamente encaminhar o processo para o tribunal de forma a averiguar oficiosamente a paternidade<sup>157</sup>. Já nos casos de utilização de técnicas de PMA por mulher sós, “*Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.*”, (sublinhado por nós). No entendimento de André Dias Pereira o legislador promove com esta alteração “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 não gozam desses direitos de filiação. Sendo certo que em determinado contexto o aparelho burocrático do Estado exerce pressão sobre os indivíduos, através do Ministério Público, no sentido de diminuir o número de crianças sem pai, “*em ordem à luta contra o flagelo da filiação anónima*”<sup>158</sup>, por outro lado leva ao renascimento da problemática de “*filhos sem pai*” ou “*filhos de pai anónimo*”. Ainda por outro lado contradiz estas considerações ao permitir o nascimento com “pai anónimo” nos casos de recurso a PMA heteróloga por mulheres sós.

A ausência da figura do pai é um dos argumentos aludidos por quem se opõe ao

---

<sup>155</sup> Esta possibilidade é reconhecida na Estónia desde 1997 e na Espanha *vide*: o art. 6.º da Lei espanhola n.º 35/1988, de 22 de Novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida.

<sup>156</sup> *Vide*: Cap. I ponto 4.

<sup>157</sup> *Vide*: Art. 1864º CC

<sup>158</sup> *Cf.* PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “*Filhos de pai anónimo (...) ob cit* p.53

acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres *sós*. Pois consideram essencial para o desenvolvimento da criança a figura paternal de que a criança é privada, “*Não apenas não têm nem poderão ter um pai, como não têm nem podem ter uma família paterna (avós, tios, meios-irmãos, primos)*.”<sup>159</sup>.

No entanto, tal como aludido *supra* o “*interesse da criança*” é hoje entendido de forma diferente. Desta forma, começa a aceitar-se que a monoparentalidade, nas suas variações, tais como a adopção singular e o recurso à inseminação com esperma de dador por parte de mulheres *sós*, não prejudica a criança.

Nesta senda, entendemos em Portugal o legislador discrimina as pessoas nascidas em consequência de PMA, pois se por um lado as pessoas concebidas por meios naturais gozam de um alargado direito<sup>160</sup> de investigação da paternidade e que beneficiam até de uma averiguação oficiosa da paternidade, as pessoas nascidas por meio de técnicas de PMA, não gozam de qualquer direito de conhecer a identidade do ascendente biológico.

## **5. Abolir ou não o anonimato, Quid iuris?**

A questão do anonimato é dos mais sensíveis paradigmas que paira sobre a utilização de técnicas de PMA, pois envolve um confronto entre duas importantes realidades, o respeito pelo direito à intimidade do dador de gâmetas, sendo esta uma realidade de profunda intimidade da vida do indivíduo com “direito de decidir aquilo que vai tornar conhecido do público e em que condições o fará”<sup>161</sup>, e por outro lado, o direito do indivíduo nascido a partir de gâmetas de um terceiro conhecer a sua “*historicidade pessoal*”, sendo certo que “*sem sabermos de onde vimos não podemos descobrir para*

---

<sup>159</sup> Cf. PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “*Filhos de pai anónimo (...) ob cit* p.53

<sup>160</sup> Portugal até 2009 uma das leis mais restritivas em termos de prazos de prescrição das acções de investigação da paternidade e maternidade, permitia que a investigação fosse realizada até aos 20 anos. Após larga controvérsia doutrinal e jurisprudência a lei foi alterada e actualmente a acção pode ser proposta “durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação.” Cf. n.º1 do art. 1817.º CC.

<sup>161</sup> Cf. ALMEIDA, Teodoro Bastos de. O Direito à privacidade e a protecção de dados genéticos: uma perspectiva de direito comparado. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. vol. LXXIX, 2003, p. 372.

*onde vamos ou por onde queremos ir. (...) precisamos de ter a certeza absoluta de quem somos filhos para podermos ter dúvidas acerca de nós próprios”*<sup>162</sup>.

### **5.1.A Favor do Acolhimento do Anonimato**

No anonimato do dador há como que uma “*espécie de pacto de silêncio quanto à natureza da concepção, cujo objectivo é mitigar os indeléveis estigmas da infertilidade*”<sup>163</sup>. Citando João Loureiro, “*na sua gênese estava o modelo ideal que era fingir*”, “*tão completamente*” que se apaga-se o parentesco genético.

O anonimato garante a imunidade jurídico familiar social do pai biológico, uma vez que não são assumidos quaisquer direitos e deveres familiares relativos à criança gerada<sup>164</sup>, o que promove um “*eventual*” bem-estar à criança e permite ao casal beneficiário ocultar a infertilidade<sup>165</sup>. Deste modo, o anonimato é invocado em defesa da manutenção da paz familiar. A estes argumentos junta-se a “suposta” diminuição de disponibilidade de gâmetas<sup>166</sup><sup>167</sup>, uma vez a quebra do anonimato levaria à diminuição de doações<sup>168</sup>. Todavia

---

<sup>162</sup> Cf. SÁ, EDUARDO, *Problemas psicológicos da fecundação com esperma de dador*, Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993, p.45

<sup>163</sup> Cf. DIAS, João Álvaro, “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*”, *Studia Iuridica*, 21, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 308.

<sup>164</sup> Cf. BALLESTEROS, Jesús e FERNÁNDEZ, Encarnación, “*Biotecnología y Posthumanismo*” ed. Aranzadi, 2007, p.502.

<sup>165</sup> Cf. QUESADA GONZÁLEZ, Corona “*El derecho (?constitucional?) a conocer el pro- prio origen*”, in *Anuário de Derecho Civil*, 1994-II, pp. 286 a 287.

<sup>166</sup> Estranhamente em Portugal ainda que tenha sido acolhido o anonimato não existe dádiva suficiente para suprir as necessidades e como tal grande parte dos gâmetas utilizados são provenientes de outros países, nomeadamente Espanha. *Vide*: notícia do Jornal Público em 2016 onde relata a necessidade de dádiva, inclusivamente a inexistência de dádiva por parte de negros <https://www.publico.pt/2016/01/23/sociedade/noticia/unico-banco-publico-de-gametas-nao-tem-semen-de-dadores-negros-1721183>. e <https://www.dn.pt/sociedade/interior/banco-publico-precisa-de-350-dadores-de-ovulos-e-esperma-5749825.html>;

<sup>167</sup> O MS, em 2017, de forma a colmatar a escassa dádiva de gâmetas em Portugal tomou algumas medidas, tais como, a isenção de taxas moderadoras aos dadores e o aumento da compensação pela dádiva, veja-se [http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/11/Circular\\_Normativa\\_3\\_2017.pdf](http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/11/Circular_Normativa_3_2017.pdf) . <http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2017-01-18-Dadores-de-gametas-podem-comecar-a-usufruir-de-isencao-de-taxas-moderadoras> e <http://observador.pt/2017/04/15/mulheres-vaopassar-a-receber-mais-por-cada-doacao-de-ovulos/>.

<sup>168</sup> Este argumento é perigoso pois a base de apoio ao anonimato não deve ser a imposição da vontade do dador em permanecer secreto, dessa forma estaremos a entrar numa área de cedências à vontade do dador que nada tem a ver com o anonimato, e que terá com certeza consequências trágicas na vida das pessoas.

Guido Pennings defende que a diminuição das dádivas é circunstancial, existindo um tempo e uma habituação às novas regras, a este autor chama de “período de janela”<sup>169</sup>. A propósito de tal, em Portugal, um estudo realizado em 2016 revelou que 55% das dadoras de óvulos aceitariam fazer a dádiva anonimamente se lhes fosse possibilitada a oportunidade de fazer um “check-up” em condições de privacidade e sem lista de espera, gratuitamente<sup>170</sup>.

Na doutrina Guilherme de Oliveira defende, estabelecendo conexão com o instituto da adopção, que deve quebrar-se o anonimato do progenitor relativamente ao adoptado que tenha atingido uma determinada idade. Todavia, o mesmo não deve valer quanto ao conhecimento da identidade do dador de sémen, a menos que estejam em causa fins de ordem social e clínica que o justifiquem, pois “os filhos aceitarão a ausência do pai quando, para a gravidez da mãe, não tenha havido alternativa melhor do que o fornecimento da substância adequada pela instituição competente”<sup>171</sup>. Pereira Coelho defendeu o anonimato tendo como argumento o facto o dador não ter participado no projecto parental e por isso a paternidade é estabelecida quanto ao marido/unido de facto da mãe.<sup>172</sup>

Contudo, a emergência da corrente de defesa dos direitos das crianças geradas a partir de PMA heteróloga com a conseqüente emergência do direito ao conhecimento das origens genéticas, veio enfraquecer a construção do anonimato do dador de gâmetas e como tal algumas propostas foram surgindo na tentativa de harmonizar esta problemática.

---

<sup>169</sup> PENNING, Guido, “The Reduction of Sperm Donor Candidates Due to the Abolition of the Anonymity Rule: Analysis of the Argument”, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Vol. 18, no 11, 2001, pp. 617 a 622.

<sup>170</sup> Cf. PEREIRA, ANA, *Dadoras de óvulos - motivações para a doação e decisão sobre a revelação da sua identidade*, 6º Congresso Português de Medicina da Reprodução. Ílhavo, 14-04-2016.

<sup>171</sup> Cf. Guilherme de Oliveira, *Critério (...)*, op. cit., p. 501.

<sup>172</sup> in “*Relatório da “comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias”*”, Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, utilização das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (Projectos), Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, p.23.

## 5.2. Soluções Alternativas

A emergência da corrente de defesa dos direitos da crianças geradas a partir de PMA heteróloga com a conseqüente emergência do direito ao conhecimento das origens genéticas, veio enfraquecer a construção do anonimato do dador de gâmetas e como tal algumas propostas foram surgindo na tentativa de harmonizar esta problemática.

Ora, vejamos:

### 5.2.1 Admissibilidade dos “*double track systems*”

**Guido Pennings**<sup>173</sup> defendeu a implementação da *double track systems*, ou sistemas de dupla via. Esta proposta prevê que o sistema aceite dadores que queiram ser anónimos e outro que permitam a revelação da sua identidade e como tal os beneficiários podem escolher entre o dador anónimo ou o dador que autoriza a revelação da sua identidade. Segundo o autor esta é uma medida temporária entre a transição do anonimato para até à abolição total e como tal seria a melhor forma de perceber o impacto da solução da abolição do anonimato. Esta proposta comporta alguns problemas, desde logo em nada beneficia os interesses dos sujeitos nascidos com recurso a PMA heteróloga pois restringe o conhecimento aos que foram brindados pela sorte. Desta forma esta solução comporta clara violação do principio da igualdade e não discriminação, sendo que concede a alguns o direito ao conhecimento da historicidade pessoal e veda a outros esse mesmo direito.

---

<sup>173</sup> Cf. PENNINGS, GUIDO, *The ‘Double track’ policy for donor anonymity, in Human Reproduction*, Vol. 12, n.º 12, 1997, pp. 2834 a 2839.

### 5.2.2. Intervenção mediadora de uma entidade administrativa

Foi defendida<sup>174</sup> como solução harmonizadora a intervenção de uma entidade administrativa, com competência para determinar que direito deveria prevalecer em cada caso concreto, respeitado um adequado procedimento legal de forma a tutelar o interesse das partes envolvidas. Esta posição surgiu na decorrência da posição do TEDH relativamente ao sistema francês do “parto anónimo”<sup>175</sup>. Todavia, “o problema do acesso à informação relativa à identidade do dador de gâmetas excede o simples problema da regulação do acesso a dados de natureza pessoal, envolvendo conflito de pretensões (...) que reclama o «desempenho da iurisdictio»”<sup>176</sup>. De tal modo, em conformidade com o art. 202.º n.º 1 da CRP, só aos tribunais, enquanto órgãos de soberania, é conferida esta função, pelo que, “sempre que um conflito de interesses pressuponha a ponderação das condições do caso concreto, nos termos que constam, por exemplo, da nova Lei da Procriação Medicamente Assistida (...) a única solução aceitável passa pela intervenção de uma instância jurisdicional”<sup>177</sup>

### 5.3. O enfraquecimento da regra do Anonimato

O anonimato, no decurso do séc. XX, expressava a única forma de tutela dos direitos do dador. Nesta senda Salvador PATTY defendia com apoio no projecto SANTOSUOSSO o “interesse do dador em permanecer anónimo e a não estabelecer qualquer tipo de relações com a pessoa nascida” evitando-ser assim “o desejo de conhecer a verdade”<sup>178</sup>. Entendia-se que esta solução protegia o dador, mas também

---

<sup>174</sup> Núria Magaldi defendia com base no instituto do “parto anónimo” a possibilidade de ocultação da paternidade, sendo certo que de nada serve impor a filiação aos progenitores se estes não a pretendem assumir Cf. MAGALDI, NURIA, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Marcial Pois Librero, 2004, p.125 e ss.

<sup>175</sup> Esta modalidade designada de “parto anónimo” possibilita que a mãe biológica possa excluir a maternidade jurídica. Na França o legislador em decorrência deste instituto criou o Conselho Nacional para o acesso às origens pessoais.

<sup>176</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.470

<sup>177</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.471

<sup>178</sup> Cf. PATTI, Salvatore, “Sulla Con gurabilita di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche”, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milão, ano 16, nº 3-4, 1987, pp.1315 a 1323.

criança que desconhecia o modo como foi concebida e conseqüentemente a sua origem genéticas, não obstante estudos recentes revelam a importância de informar as crianças e adolescentes da forma como foram gerados, considerando ser extremamente importante na construção da sua identidade.<sup>179</sup>.

Todavia com a emergência da tutela dos direitos concedida às crianças nascidas a partir de gâmetas de terceiro em conheceram a sua origem genética, o anonimato acabou por enfraquecer. E a partir do momento em muitos países romperam com o anonimato, vários estudos<sup>180</sup> demonstraram que o há dadores dispostos a sê-lo ainda que a sua identidade possa ser revelada, o que rompe com a teoria da diminuição de dádiva em consequência da abolição do anonimato. Existem vários estudos a relatar que a abolição do anonimato de gâmetas não levaria a uma diminuição de dádiva mas antes a uma mudança na demografia do doador pois historicamente, a maioria dos doadores de espermia eram jovens, especialmente estudantes, porém os dados demográficos mudaram e as dádivas são agora realizadas por homens mais velhos<sup>181</sup>.

O enfraquecimento do anonimato é nos dias de hoje uma certeza, o TEDH apesar de sustentar a soberania nacional, realçando que o sistema europeu de protecção de direitos e liberdades fundamentais é subsidiário relativamente aos sistemas nacionais de garantia de direitos humanos, na sua essência defende que a quebra do anonimato é uma necessidade premente na realização do interesse superior da criança

---

<sup>179</sup> *Vide*: Freeman T., Golombok S. Donor insemination: a follow-up study of disclosure decisions, family relationships and child adjustment at adolescence. *Reproductive Biomedicine Online* 2012; 25 193-203. Freeman T. et al. Disclosure of sperm donation: a comparison between solo mothers and two-parent families with identifiable donor. *Reproductive Biomedicine Online* 2011; 33: 592-600; *apud Cf. Silva, Miguel Pliera da, "Eutanásia Suidicio Ajudado, barrifgas de Aluguer, p.126.*

<sup>180</sup> *Vide*: DANIELS conclui no seu estudo que 86% dos dadores gostariam de ser identificados. Na Dinamarca apenas 20% dos dadores continuariam a sê-lo caso a identificação fosse possível. Nos E.U.A. 71% optariam pelo anonimato. Na Finlândia apenas 17% dos dadores concordariam com o registo de informação identificadora. Na Bélgica 74% dos dadores deixariam de o ser se o anonimato fosse removido. *Cf. DANIELS K. R., "Semen donors: their motivations and attitudes to their offspring", 1989, pp. 121 a 127.*

<sup>181</sup> *Cf. Van Den Broeck U, Vandermeeren M, Vanderschueren D, Enzlin P, Demyttenaere K, d'Hooghe T. A systematic review of sperm donors: demographic characteristics, attitudes, motives and experiences of the process of sperm donation. Hum Reprod Update 2012;19:37-51.*

## 5.4 Abolição do anonimato

No capítulo II debruçamos a nossa análise pelo direito ao conhecimento das origens genéticas e, após trilhar caminho pela solução do anonimato e a sua fragilidade apercebemos que o “denso silêncio imposto quanto ao dador acaba por se virar contra o próprio indivíduo gerado por PMA heteróloga”<sup>182</sup>, pois inviabiliza o reconhecimento da ascendência genética que é “*um direito pessoalíssimo de inegável interesse pessoal e público*”<sup>183</sup>.

Todo o indivíduo tem direito, se assim o pretender, conhecer a sua identidade biológica e mais concretamente, identidade genética, saber como foi concebido e quem lhe transmitiu os gametas, respeitando assim os direitos e interesses das pessoas nascidas com recurso a gametas de terceiros, tal como supra analisado ocorre nos países anglo-saxónicos e escandinavos, sendo certo que o bem exigido por uns não pode provocar mal nos outros. Nos termos do direito à identidade pessoal concedido pela CRP decorre o direito à historicidade pessoal e como tal a legislação tem que acautelar estes direitos’

Nesta esteira Stela Barbas sufraga que o “segredo em relação ao dador está em manifesta contradição com o disposto na primeira parte do art. 26.º da CRP, que reconhece a todos o direito à identidade pessoal”. As pessoas concebidas com recurso a gametas de um doador têm direito a conhecer a sua ascendência genética, e ainda que “*Conflituando o direito ao reconhecimento da filiação biológica com a privacidade e a tranquilidade do pretense progenitor ou com a segurança material dos herdeiros deve prevalecer o direito do investigando e também o direito do Estado e da sociedade na defesa de valores éticos e eugénicos.*”<sup>184</sup>

Partindo de algumas considerações científicas, segundo Rutter<sup>185</sup> “qualquer leitura desapassionada da evidência leva à conclusão inescapável de que os factores genéticos

---

<sup>182</sup> Cf. ASSUNÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “A Lei N.º 32/06, sobre procriação (...) ob. cit..

<sup>183</sup> Cf. MELO, HELENA, “O direito ao conhecimento da origem genética”, in RMP, 142, 2015, p. 36.

<sup>184</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo: 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1, relator SEBASTIÃO PÓVOAS.

<sup>185</sup> Cf. RUTTER, M. (2002). Nature, nurture, and development: From evangelism through science toward policy and practice. Child Development, 73, 1–21.

desempenham um papel substancial nas origens das diferenças individuais em relação a todos os traços psicológicos, tanto normais quanto anormais.” Sendo assim, verifica-se que influência genética na formação de um indivíduo é um dado fundamental. Associados a fatores adquiridos, os códigos genéticos são responsáveis pelo desenvolvimento de áreas desde a personalidade, habilidade mental, interesses psicossociais, atitudes sociais e até mesmo patologias do foro psiquiátrico, como é relatado por Thomas J. Bouchard, Jr.<sup>186</sup>, neste sentido nenhum indivíduo pode ser privado de conhecer o rosto que lhe cedeu parte da pessoa que carrega. A ciência médica comprova e o direito não pode desprender-se de tal para sustentar a tutela que deve ser dada ao conhecimento da ascendência genética.

O Acórdão do STJ referiu “O direito ao conhecimento da filiação biológica (ou natural) é pessoalíssimo, incluindo o direito à identidade genética, sendo irrepetível e com dimensão permissiva alcançar a “história” e identidade próprias, já que aquele factor genético condiciona a personalidade.” como tal “Trata-se de um direito fundamental constitucionalmente consagrado como de identidade pessoal (artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa) que adquire a dimensão de desenvolvimento da personalidade e um relevante valor social e moral.”<sup>187</sup>

Para Diogo Leite de Campos “o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse de pessoa a proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho. (...) parece claro que este tem o direito de conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua identidade como ser humano. (...) o sigilo sobre o dador viola o disposto nos artigos 2º; 12.º, 1; 13.º, 1 e 3 da Constituição da República.”<sup>188</sup>

Guilherme de Oliveira advoga que o direito ao conhecimento das origens genéticas não assume um carácter absoluto, preconizando uma solução de equilíbrio em que se tenha em linha de conta outros interesses ou valores conflitantes, como a defesa da paz da família.

---

<sup>186</sup> Cf. BOUCHARD, Thomas, (2014) Genetic Influence on Human Psychological Traits *A Survey*. *Sage Journals* 13, 148-151.”

<sup>187</sup> Ac. STJ, Pr. n.º 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1 de 21-09-2010

<sup>188</sup> CAMPOS, DIOGO LEITE, “*A procriação medicamente assistida (...)*” ob cit. p.83

O Tribunal Constitucional pronunciou-se, no acórdão 101/2009 de 3 de Março, sobre os temas supra analisados e entendeu que *“A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador; mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como excepção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade. (...) O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal. (...) Além disso, as razões ponderosas a que se refere o art. 15.º, n.º 4, da Lei 32/2006, não poderão deixar de ser 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. (...) [a] limitação ao conhecimento da progenitura (ainda que de carácter não absoluto) mostra-se justificada, (...), pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderá ser entendida como uma discriminação arbitrária susceptível de pôr em causa o princípio da igualdade entre cidadãos. Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato de dadores, não merece censura constitucional”*.

Entendemos que deve ser reconhecido a todo o indivíduo o direito ao conhecimento da ascendência genética, no sentido de conhecer o seus progenitores biológicos. De acordo com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, no art. 2.º, reconhece-se o direito à identidade genética. Assim, não pode ser negado a ninguém o direito a saber a forma como foi gerado ou o direito a conhecer-se a si próprio ou a definição integral da sua identidade genética

Posto isto, *“É imperioso que as novas gerações não venham um dia a considerar-se vítimas do nosso tecnologismo. E nós, teremos de assumir a grave responsabilidade de decidir que tipo de humanidade e de sociedade queremos preparar para o próximo milénio.”*<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> Cf. Luís Archer *“O progresso da genética e o espírito eugénico”*, in Cadernos de bioética, 10 (1995), p. 81.

## 6. Proposta de Solução

Atendendo ao que foi defendido *supra*, entendemos que a solução legislativa deve tributar o direito ao conhecimento das origens genéticas, porquanto defendemos a alteração do art. 15.º nos seguintes termos:

“Artigo 15.º

*Confidencialidade e Revelação da Identidade do Dador*<sup>190</sup>

- 1.....
- ‘2-Sem prejuízo disposto nos n.ºs 4 a 7, 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, excluindo a identificação do dador.’<sup>191</sup>
- 3.....
- 2- As pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamente assistida podem, após atingir a maioridade, obter informações sobre todas as circunstâncias do seu nascimento incluindo a identificação dos dadores de gâmetas ou embrião, mediante requerimento dirigido ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que notificará o dador desta pretensão.<sup>192</sup>
- ‘3- No prazo de 15 dias contados da data da notificação a que se refere o número anterior, o dador de gâmetas ou embrião pode requerer ao tribunal o reconhecimento da existência de razões ponderosas para a não revelação da sua identidade; nesse caso, o requerente será representado pelo Ministério Público que assegurará o respeito pelo princípio do contraditório e o direito de recurso.

---

<sup>190</sup> Sufragamos a proposta de Vale e Reis, Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.479.

<sup>191</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.479.

<sup>192</sup> Entendemos que deve existir coadunação do direito ao conhecimento das origens genéticas com o direito à privacidade do dador e porquanto o mesmo deverá ser informado da pretensão do gerado com recurso a PMA heteróloga e se assim entender requer ao tribunal o reconhecimento de razões ponderosas que justifique am o seu anonimato. Nesta esteira, o juiz deverá realizar uma ponderação de interesses atendendo aos direitos atinentes. Cumpre ainda clarificar que ainda que a identidade seja revelada, não há lugar ao estabelecimento de qualquer vínculo jurídico com o progenitor biológico.

6-Até ao transito em julgado da decisão proferida no processo a que se referem os números anteriores, todas as entidades aí intervenientes devem assegurar a não revelação da identidade do dador.

7-Caso o dador não utilize, no prazo aí previsto, a faculdade consagrada no n.º 3, o Conselho Nacional de procriação Medicamente Assistida facultará ao requerente a informação relativa à identidade do dador e, caso sejam requeridos e estejam disponíveis, os dados relativos à residência por este indicada ao tempo da dação.

8- O assento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que o indivíduo a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.”<sup>193</sup>

Salvo melhor opinião, defendemos que só através desta alteração à Lei da PMA é que a tutela do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas atingirá a sua plenitude.

---

<sup>193</sup> Cf. REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., pp. 479 e 480.

#### **IV. Reflexões Conclusivas**

A presente dissertação tinha por escopo o descortínio da utilização das técnicas de PMA, com particular enfoque para a dualidade entre o acolhimento do anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas.

As técnicas de PMA foram inicialmente utilizadas com a finalidade de combater a infertilidade humana. Contudo, o recurso a estas técnicas tem, na actualidade, um espectro mais abrangente. Em 2016, entre nós, após profunda alteração da LPMA, foi regulamentada a gestação de substituição, passando a admitir-se o recurso às técnicas de PMA por mulheres sós e por casais homossexuais. Entendemos que, actualmente, atribuir a qualidade de método subsidiário às técnicas de PMA não é adequado à luz das transformações ocorridas, sendo certo que, em bom rigor, as técnicas de PMA são hoje um método “complementar” à procriação.

No ordenamento jurídico nacional, a Lei n.º32/2016 de 26 de Julho, destinada a regular técnicas de PMA, acolheu a solução do anonimato do dador de gâmetas, ainda que possibilitando o conhecimento de informações de natureza genética e informações relativamente a impedimento legal projectado no casamento. Todavia, pode a revelação da identidade do dador ser realizada officiosamente com base em “razões ponderosas”, pese embora o legislador não tenha concretizado quaisquer critérios relativamente a este conceito. O anonimato na doação de gâmetas é eticamente inaceitável e o modelo nacional não acautela situações de consanguinidade. Assim sendo, entendemos que é obrigação do Estado tutelar mecanismos que permitam às pessoas geradas a partir de PMA heteróloga ou doação de embrião conhecer a sua proveniência e, por conseguinte, devem os beneficiários assumir o compromisso de dar conhecimento aos filhos da sua origem aquando da prestação do consentimento informado.

O direito ao conhecimento das origens genéticas no âmbito da PMA prende-se, sobretudo, com a possibilidade da pessoa gerada com recurso a gâmetas (espermatozoides ou óvulos) ou embriões de dadores aceder à informação que lhe permite conhecer a sua identidade. A tutela deste direito não se compatibiliza com o anonimato do dador.

Entendemos que a solução legal deveria passar pela revelação da identidade do dador, sem prejuízo do direito à reserva da vida privada e familiar, pelo que o dador poderá optar pelo anonimato se valores superiores de protecção familiar ou razões médicas, nomeadamente do foro psíquico, estiverem em causa, tendo estes, porém, de ser reconhecidos oficiosamente.

O direito ao conhecimento da identidade genética do indivíduo gerado com recurso a gâmetas de terceiro é essencial para a garantia da sua historicidade pessoal, para a sua integridade psíquica, para o pleno desenvolvimento da sua personalidade e em face dos seus direitos de personalidade, sem que isso corresponda à anulação do seu estado de filiação estabelecido pelos competentes vínculos jurídicos.

O anonimato na doação de gâmetas é eticamente inaceitável, pois subalterniza a dimensão social da escolha pessoal, negando direitos individuais elementares às pessoas.

## **Bibliografia**

**ALMEIDA**, Teodoro Bastos de.,

- *O Direito à privacidade e a protecção de dados genéticos: uma perspectiva de direito comparado*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. vol. LXXIX, p. 355-436, 2003.

**ALVES**, SANDRINA LOPES, e **OLIVEIRA**, CLARA COSTA,

- *Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas*, disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/883/975%20\(consultado%20a%2019/12/2014\)](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975%20(consultado%20a%2019/12/2014))

**ANDRADE**, José Carlos Vieira de,

- *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 4.<sup>a</sup> Edição, 2009.

**ARCHER**, Luís

- “*O progresso da genética e o espírito eugénico*”, in *Cadernos de bioética*, 10 (1995).

**ASCENSÃO**, José de Oliveira,

- *A Lei n.º 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida*, in *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Lisboa, 2007*;

**BALLESTEROS**, Jesús e **FERNÁNDEZ**,

Encarnación, “*Biotecnología y Posthumanismo*” ed. Aranzadi, 2007,

**BARBAS**, Stela Marcos de Almeida Neves,

- *Direito ao Património Genético*, Almedina, 1998.

**BLAUWHOF**, Richard,

- *A determinação e a impugnação da paternidade na Holanda*, in *Revista Lex Familiae*,

Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família FDUC, ano 3, n.º5, Coimbra, 2006

**BOUCHARD, Thomas.**

-(2004) Genetic Influence on Human Psychological Traits *A Survey*. Sage Journals, 13, (4).

**CABRAL, Rita Amaral/RENAUD, Michel/SANTOS, Agostinho de Almeida,**

- *Relatório – Procriação Medicamente Assistida*, 2004, disponível em: <[http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205\\_P044\\_RelatorioPMA.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf)>.

**CAMPOS, Diogo Leite de,**

- *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*, in *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 56, Lisboa, 2006*;

**CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital.**

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2007.

**COBACHO GÓMEZ, José António (dir.)** Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Cizur Menor: Aranzadi, 2007

**CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA,**

- *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I*

**DUARTE, Tiago,**

- *In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei Coimbra*, Almedina, 2003, pp. 59-61.

**ESTORNINHO, Maria João/MACIEIRINHA, Tiago,**

- *Direito da saúde*, Universidade Católica Editora, 2014.

**HERGON**, Eric,

- *“Le principe de la précaution, un reflet de l’ évolution sociétale”*, in *Ethique médicale, bioéthique et normativités*, 2003.

**LOUREIRO**, João Carlos,

- *Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *“Lex Medicinae”*, Coimbra; Coimbra Editora, 2007

- *O nosso pai é o dador n.º XXX: A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *“Lex Medicinae”*, ano 7 – n.º 13, 2010.

**MAGALHÃES**, Sandra Marques,

- *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010.

**MALTA**, João,

- *Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, 2009.*

**MELO**, Helena Gomes de,

- *O direito ao conhecimento da origem genética*, in *Revista do Ministério Público, n.º 142, 2015.*

- *“A Selecção de Dadores de Gâmetas e o Eugénismo”*, *NASCER E CRESCER, revista do hospital de crianças Maria Pia, ano 2009, vol XVIII, n.º 2 “*

**NEVES**, M. Patrão,

- *Mudam-se os tempos, manda a vontade o desejo e o direito a ter um filho*, in *Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, 2009.*

**NUNES**, Rui,

- *A identidade genética*, in *Cadernos de Bioética, n.º 22, 2000.*

**OLIVEIRA**, Carla;

- *“Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas”*; Coimbra; Coimbra Editora; 2010;

**OLIVEIRA**, Guilherme de,

- *Aspectos jurídicos da procriação assistida*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 49, v. 3, 1989;

- *Critério Jurídico da Paternidade*, Almedina, 2003;

- *Legislar sobre Procriação Assistida*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 127, n.º 3840, 1994;

- *Precisamos assim tanto do direito da família? (do “panjurisme” iluminista ao “fragmentarische charakter”)*, in *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10 n.º 19, Coimbra Editora, 2013;

- *O sangue, os afectos e a imitação da natureza*, in *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º10, Coimbra Editora, 2008.

**OTERO**, Paulo,

- *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Almedina, 1999.

**PENNINGS**, Guido,

- *The Reduction os 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

-*The ‘Double track’ policy for donor anonymity*, in *Human Reproduction*, Vol. 12, n.o12, 1997, pp. 2834 a 2839

**PEREIRA**, ANA,

- *Dadoras de óvulos - motivações para a doação e decisão sobre a revelação da sua identidade*, 6º Congresso Português de Medicina da Reprodução. Ílhavo, 14-04-2016.

**PEREIRA**, André Gonçalo Dias,

- *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015.
- *Filhos de pai anónimo no século XXI!*, in “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, Porto, 2017
- *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004

**PINTO**, Paulo Mota,

- *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in Portugal-Brasil – ano 2000, *Studia Iuridica*, n.o 40, Coimbra Editora, 2000.

**QUESADA**, González,

- *El derecho (constitucional?) a conocer el próprio origen*, “Anuário de Derecho Civil”, 1994-II

**REIS**, Rafael Vale E,

- *Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, 2009;
- *Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida?*, disponível em: [https://www.academia.edu/29645469/Deve\\_abolir-se\\_o\\_anonimato\\_do\\_dador\\_de\\_gâmetas\\_na\\_Procriação\\_Medicamente\\_Assistida](https://www.academia.edu/29645469/Deve_abolir-se_o_anonimato_do_dador_de_gâmetas_na_Procriação_Medicamente_Assistida);
- *Direito ao conhecimento das origens genéticas desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional português*, 2008 disponível em: [https://www.academia.edu/29439970/Direito\\_ao\\_conhecimento\\_das\\_origens\\_genéticas\\_desenvolvimentos\\_no\\_direito\\_alemão\\_e\\_o\\_seu\\_cotejo\\_com\\_a\\_recente\\_jurisprudência\\_do\\_Tribunal\\_Constitucional\\_português](https://www.academia.edu/29439970/Direito_ao_conhecimento_das_origens_genéticas_desenvolvimentos_no_direito_alemão_e_o_seu_cotejo_com_a_recente_jurisprudência_do_Tribunal_Constitucional_português)
- *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, 2008;

**RUTTER**, M.,

- (2002) *Nature, nurture, and development: From evangelism through science toward policy and practice*. *Child Development*, 73, 1–21.

**SÁ, EDUARDO,**

- *Problemas psicológicos da fecundação com espermatozoides de dador*; Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993.

**SILVA , Miguel Oliveira,**

- *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer, Para um debate de cidadãos*, Editorial Caminho, 2017.

**SILVA, Paula Martinho da,**

- “Parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida”, disponível em: [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172\\_P044\\_ParecerPMA.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf) consultado a 18 de Novembro de 2017.

**/ COSTA, Marta,**

*A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011.

**SOUSA, Rabindranath Capelo de,**

*O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

**VARELA, J.M. Antunes,**

*A Inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, in “Revista de Legislação e Jurisprudência”, Ano 127, n. 3843, 1994

## **Jurisprudência**

### **Tribunal Constitucional**

- Ac. TC Pr. n.º 99/88, de 28 de Abril, pub. Diário da República, II Série, de 22 de Agosto de 22 de Agosto de 1988. (Acesso em 20 de Novembro de 2017).

- Ac. TC Pr. n.º 101/2009 de 3 de Março de 2009 (Disponível em: <<http://>

[www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao\\_AcordaoTC\\_101\\_2009.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf)>. Acesso em 14 de Novembro de 2017).

### **Supremo Tribunal de Justiça**

-Ac. STJ, Processo n.º 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1, de 21 de Setembro de 2010 (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a48afeb45847b928802577a5003dcf51?OpenDocument>. Acesso em 22 de Novembro de 2017).

- Ac. STJ, Processo n.º 1847/08.5TVLSB-A.L1.S1, de 8 de Junho de 2010 (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b32e46ade0311f538025773c00594732?OpenDocument>. Acesso em 30 de Novembro de 2017)

- Ac. STJ, Pr. n.º 06A4303, de 31 de Janeiro de 2007, (disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ed9c408697a4d9a3802572750039f563?OpenDocument> Acesso em 30 de Novembro de 2017)

- Ac. STJ, Pr. n.º 440/12.2TBBCL.G1.S1, de 31-01-2017 (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/24719b8c248e594e802580b9004dda46?OpenDocument> Acesso em 30 de Novembro de 2017)

- Ac. STJ, Pr. n.º 3460/11.0TBVFR.P1.S1 de 20-06-2013. (Disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2013:3460.11.0TBVFR.P1.S1>, acesso em 30 de Novembro de 2017)

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

- Ac. TRC, Processo n.º 651/06.0TBOBR.C1, de 6 de Julho de 2010 (Disponível em :<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c3c8fa1f4a7e00358025779a0033c527>, acesso em 14 de Dezembro de 2017)

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Ac. TRL, Processo n.º 541.09.4TCSNT.L1-7, de 9 de Fevereiro de 2010 (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/395513c5f3a0b75d802576e1005ec546?OpenDocument>. Acesso em 14 de Novembro de 2017).