



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Alexandra Abrantes Balau

**VENHA A MIM O TEU NOME
A PROcriação Medicamente Assistida e o
Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

ALEXANDRA ABRANTES BALAU

**VENHA A MIM O TEU NOME
A PROcriação Medicamente Assistida e o Direito
ao Conhecimento das Origens Genéticas**

**HALLOWED BE THY NAME
MEDICALLY ASSITED REPRODUCTION AND THE RIGHT
TO KNOW ONE'S GENETIC ORIGINS**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, orientada pelo Professor Doutor Francisco Pereira Coelho e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2020

1 2 9 0



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

ALEXANDRA ABRANTES BALAU

VENHA A MIM O TEU NOME

**A PROcriação medicamente assistida e o direito ao
conhecimento das origens genéticas**

HALLOWED BE THY NAME

**MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION AND THE RIGHT TO
KNOW ONE'S GENETIC ORIGINS.**

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-Civilistas/Menção em Direito Civil. sob a orientação do Professor Doutor Francisco Pereira Coelho.

COIMBRA, 2020

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor incondicional, por todo o apoio e motivação ao longo da minha vida e pelo seu esforço de quererem dar às suas filhas todas as oportunidades possíveis.

À minha irmã, Sofia, que ao longo do curso me ajudou a relativizar todos os obstáculos e que durante a fase de escrita desta dissertação me ajudou a apurar o espírito crítico e a ser fiel a mim mesma.

Ao Diogo, por acreditar sempre em mim e me desafiar constantemente a ser melhor.

Aos meus amigos, pelos momentos que passámos ao longo destes anos. Levo-vos para a vida!

Ao Professor Doutor Francisco Pereira Coelho, pela disponibilidade, amabilidade e ajuda prestada na realização desta dissertação.

A mim. Por tudo.

RESUMO

Com o constante desenvolvimento da tecnologia e os avanços na área da biomédica, a infertilidade já não se revela mais como uma condição inultrapassável sinónimo de impossibilidade na obtenção da prole. Não obstante, tal como em qualquer campo da ciência que intervenha diretamente no ser humano, muitas são as questões éticas e morais que se levantam no campo da Procriação Medicamente Assistida. Assim, será necessária uma intervenção do Direito para que, tendo em conta tais questões, se regule esta temática através de normas que procurem garantir os direitos basilares dos indivíduos, mas que permitam o contínuo desenvolvimento da ciência.

O presente trabalho versa sobre um dos vários temas que as técnicas de procriação medicamente assistidas comportam, tendo-nos focado na questão do direito ao conhecimento das origens genéticas, na possibilidade de se aceder à identidade do dador de gâmetas e do seu confronto com o direito do mesmo à reserva da sua vida íntima e privada.

Assim, passando pelo espectro do modo de estabelecimento da filiação no nosso ordenamento jurídico e da força que os afetos têm alcançado para a constituição de laços familiares, este estudo pretende analisar, com base na doutrina e jurisprudência portuguesas, o substrato do direito ao conhecimento das origens genéticas, por que princípios se norteia e de que modo a genética volta a ser protagonista para justificar a queda de outro direito constitucionalmente tutelado.

Tomando em consideração os regimes vigentes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros para uma melhor compreensão do tema e das posições adotadas, comprometemo-nos, com o espírito crítico que a um jurista é pedido, a analisar o conflito de interesses em questão, indagando qual a melhor solução no sentido de perceber efetivamente o alcance do direito ao conhecimento das origens e de concluir com uma possível harmonização deste jogo de direitos fundamentais em confronto.

Palavras Chave: Procriação Medicamente Assistida, Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Consentimento, Estabelecimento da Filiação, Direito ao conhecimento das origens, Dignidade da Pessoa Humana, Direito à Identidade, à Historicidade Pessoal e Identidade Genética, Direito ao Desenvolvimento da Personalidade e à Integridade Pessoal, Anonimato do Dador

ABSTRACT

With the constant development of technology and the advances in the biomedical field, infertility is no longer revealed as an insurmountable condition synonymous with the impossibility of obtaining progeny. However, as in any field of science that directly intervenes in the human being, the ethical and moral questions that arise in the field of Medically Assisted Reproduction are broad. Therefore, it will be necessary an intervention of the Law, so that, taking into account these issues, this theme will be regulated through norms that seek to guarantee the fundamental rights of individuals, but that allow the continuous development of science.

The present study aims to approach to one of the several themes that medically assisted reproduction techniques involve, focusing on the issue of the right to know one's genetic origins, the possibility of accessing the identity of the gamete donor and his confrontation with the right to reserve his private and intimate life.

Thus, passing through the spectrum of the way in which parenthood is established in our legal system and the strength that affections have reached for the constitution of family ties, this study intends to analyse, based on Portuguese doctrine and jurisprudence, the substrate of the right to know one's genetic origins, why principles are guided and how genetics becomes the protagonist again to justify the fall of another constitutionally protected right.

Considering the incumbent regimes in foreign legal systems for a better understanding of the theme and the positions adopted, we commit ourselves, with the critical spirit that a jurist is asked to, to analyse the conflict of interest in question, asking what is the best solution in order to effectively understand the scope of the right to know one's genetic origins and to conclude with a possible harmonization of this fundamental rights in confrontation game.

Keywords: Medically Assisted Reproduction, Medically Assisted Reproduction Techniques, Consent, Establishment of Parenthood, Right to Knowledge One's Genetic Origins, Dignity of the Human Person, Right to Personal Identity, Personal Historicity and Genetic Identity, Right to Personality Development and Personal Integrity, Donor Anonymity

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. → Acórdão

Art. → Artigo

Arts. → Artigos

CC → Código Civil

Cit. → Citação

Cfr. → Conforme

CNPMA → Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP → Constituição da República Portuguesa

DL → Decreto-Lei

LPMA → Lei da Procriação Medicamente Assistida

N.º → número

P. → Página

Pp. → Páginas

PMA → Procriação Medicamente Assistida

Ss. → Seguintes

STJ → Supremo do Tribunal de Justiça

TC → Tribunal Constitucional

TEDH → Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Vol. → Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - DA PROcriação Medicamente Assistida Como Meio de Obter a Prole.....	10
1. Infertilidade.....	10
2. Procriação Medicamente Assistida – Conceito	14
3. Breve Resenha Histórica do Surgimento destas Técnicas	15
CAPÍTULO II – A PMA HETERÓLOGA.....	21
1. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho	21
2. Técnicas de PMA.....	21
a) Inseminação Artificial (IUU)	23
b) Fertilização “ <i>in vitro</i> ” (FIV)	24
c) Injeção Intracitoplasmática (ICSI)	25
d) Transferência Tubar de Gâmetas (GIFT), de Zigotos (ZIFT) ou de Embriões (TET).	26
e) Diagnóstico Genético Pré-Implantação (PGT).....	27
f) Gestação de Substituição	29
3. O Princípio da Subsidiariedade e os Beneficiários das Técnicas de PMA	30
a) O Alargamento Subjetivo e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade	31
4. Consentimento	40
CAPÍTULO III - ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NA PMA	44
1. Da Verdade Biológica à Verdade Afetiva.	44
2. Ascensão dos Afetos	48
3. Vitória/Hegemonia dos Afetos?.....	52
CAPÍTULO IV - O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS.....	57
1. O Direito ao Conhecimento das Origens e a sua Ligação a Princípios Fundamentais	57
a) Dignidade da Pessoa Humana	57
b) Direito à Identidade Pessoal, à Historicidade Pessoal e à Identidade Genética	61
c) Direito ao Desenvolvimento da Personalidade e à Integridade pessoal	65
2. O Anonimato do Dador e o Direito ao Conhecimento das Origens no Direito Comparado e em Portugal	69
2.1 O Anonimato do Dador de Material Genético no Direito Comparado	70

a) Razões Invocadas Para a Defesa do Anonimato	73
2.2 Direito ao Conhecimento da Identidade do Dador no Direito Comparado	77
b) Razões Invocadas Para o Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas	80
3. Direito ao Conhecimento das Origens em Portugal. Evolução da Discussão	84
4. A solução do Tribunal Constitucional – Ac. nº 225/2018	90
4.1 Posição Adotada	95
4.2 A Produção e Limites dos Efeitos Estabelecidos pelo TC	106
5. A solução de 2019 – A Lei nº 49/2018, de 8 de julho	108
a) A Absolutização do Direito ao Conhecimento da Identidade do Dador	109
b) O Alcance da Nova Lei Quanto à Maternidade de Substituição	111
c) Idade Para o Exercício do Direito ao Conhecimento das Origens	111
CONCLUSÃO	114
BIBLIOGRAFIA	119

INTRODUÇÃO

A evolução constante a nível científico e tecnológico tem proporcionado uma visível melhoria na qualidade de vida das pessoas, ajudando-as na satisfação de interesses e anseios que, sozinhas e de modo natural, não conseguem alcançar. Uma das maiores conquistas da humanidade talvez tenha sido o controlo sob a procriação humana, permitindo-se que se conseguisse conceber onde antes não era possível, e possibilitando a constituição de novas famílias alterando-se, do mesmo modo, a sua tradicional configuração.

Tal foi conseguido através da evolução das Técnicas de Procriação Medicamente Assistidas onde, se no início se tinha como propósito ajudar casais a gerar a prole através da utilização do seu material genético, mantendo-se uma relação dual, passou-se a permitir que terceiros estranhos ao mesmo interviessem para ajudar em tal conceção, chegando-se ao ponto de ser possível que, com a ajuda desse terceiro, apenas uma pessoa pudesse estabelecer um projeto parental.

Esta dissertação tem como tema base a atuação do Direito na Procriação Medicamente Assistida tomando como ponto de partida a questão da infertilidade. Consciente do conjunto de temas que dentro dela se inserem optei por me focar na questão do direito ao conhecimento das origens genéticas uma vez que tal quesito tem sido alvo de acesos debates no nosso ordenamento jurídico fruto do seu confronto direto com o direito dos dadores a serem tutelada a sua identidade e a reserva da sua vida íntima e privada.

Defenderemos um direito ao conhecimento da ascendência biológica como um pilar que brota de direitos basilares fundamentais de qualquer ser humano, que o integram e completam, para que não seja posta em causa a sua identidade pessoal.

Contudo levantaremos questões quanto à sua compatibilidade com outros interesses em jogo, indagando se aí se enquadrará um direito a conhecer a identidade dos dadores de gâmetas e embriões, procurando chegar a uma solução justa e equilibrada para todos.

Para tal, o nosso estudo foi estruturado em 4 capítulos, necessários a uma compreensão histórica e social geral, para um aprofundamento legalmente específico do tema. Analisaremos a base legal primeira do ordenamento português neste âmbito, daí partindo para um confronto entre o peso da verdade biológica e da verdade afetiva no nosso ordenamento jurídico, servindo-nos dos direitos constitucionalmente consagrados para fundamentar a existência de um direito ao conhecimento das origens para, então, chegarmos ao cerne da questão e averiguarmos os possíveis interesses de outros sujeitos que possam

conflitar com o direito do ser gerado através da procriação medicamente assistida a conhecer a identidade do dador. Através de um exame aos ordenamentos jurídicos próximos, sempre tendo em consideração os nossos e estrangeiros ilustres doutrinadores e a jurisprudência portuguesa e internacional, procuraremos alcançar a solução mais justa e equilibrada para o fim a que nos propomos.

Por último, dado que recente foi a alteração legislativa que veio consagrar o direito da pessoa gerada com recurso a dadores de gâmetas ou embriões a conhecer a identidade do dador comprometemo-nos a estudar o antes e o depois das importantes alterações legislativas de 2019, e as consequências que a redação da nova lei comporta.

Consciente da densidade da questão pela invocação de vários direitos fundamentais em causa, consideramos que o tema não encerra, em si, uma posição doutrinal e social unânime, sendo necessário continuar-se a acompanhar as consequências que a alteração da Lei de 2019 trará em relação a todos os intervenientes deste processo, procurando o Direito, como sempre, uma harmonização e uma atualização aos constantes progressos médicos e sócio-culturais que procuram responder aos anseios do ser humano.

CAPÍTULO I - DA PROcriação Medicamente Assistida Como Meio de Obter a Prole

1. Infertilidade

“Porque é que as pessoas têm filhos?”¹ Esta é a pergunta causadora deste e de todos os trabalhos que tenham como foco a Procriação Medicamente Assistida². Paremos por um instante... Porque é que as pessoas têm filhos? O desejo a ter filhos é o ponto de partida para que se concretize a procriação com destino à prole. E nem sem argumento que numa sociedade de Estado de Direito Democrático há quem a tenha e não o deseje porque várias são as legislações (inclusive a portuguesa) onde o aborto já se abre como possibilidade para pôr término a uma gestação. De facto, no seio destes ordenamentos jurídicos, quem não o tem como uma motivação pessoal – e o peso da religião e/ou moralidade, no caso acima referido, são motivações suficientes-, dificilmente o terá perante uma exigência social fundamentada no instinto natural de sobrevivência da espécie humana³ – assegurar a espécie é, no nosso instinto mais primitivo, o escopo da procriação. Este é o bordão que encaminhará todo o nosso trabalho e o motivo principal, inconscientemente presente, que levou a que as técnicas de PMA se tenham desenvolvido ao longo dos últimos anos. É que, na verdade, este desenvolvimento é despoletado única e simplesmente para a satisfação de um desejo⁴ que, sendo dos elementos mais certos na natureza, se torna inalcançável a algumas pessoas.

Assim se verifica que não basta este desejo prévio. Porque se assim fosse, de modo natural veríamos mais crianças a correr à nossa volta. Não. Este desejo precisa que se intensifique e que nos seja vedado para que a ajuda médica especializada intervenha. Esta restrição implica um fenómeno que cada vez mais a sociedade se terá de confrontar com: a infertilidade. Este é o motivo objetivo que leva ao recurso às técnicas de PMA, motivo esse

¹ Cit. PATRÃO-NEVES, Maria, *A infertilidade e o desejo de procriar: perspectiva filosófica*, in NUNES, Rui, e MELO, Helena (Coord.), *“A ética e o direito no início da vida humana”*, Serviço de Bioética e Ética Médica, FMUC, Gráfica de Coimbra, outubro, 2001, p. 75

² Doravante referida por PMA

³ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 48, nota 16

⁴ PATRÃO-NEVES, Maria, *Idem.*, pp. 79-80, debruçando-se sobre este tema através de uma perspectiva filosófica que, ao contrário do direito, toca o mais íntimo do ser humano, expondo a sua verdadeira essência, destrinça argumentos que, no quotidiano, são lançados como flechas para ajuizar o recurso a estas técnicas. Assim, considera que é um verdadeiro desejo que fundamenta este recurso, ao contrário de um egoísmo ou necessidade, dado que estas, ao contrário daquela, se esgotam no próprio sujeito progenitor que inicia este projeto e que se sustentam em interesses que apenas se cingem à sua existência.

que tem de estar intrinsecamente ligado ao motivo subjetivo do desejo referido, porque a infertilidade “*só adquire realidade do ponto de vista existencial (...) se o “desejo de procriar” estiver presente. É o desejo que conduz à sua descoberta. Não há infertilidade sem o desejo de procriar*”⁵.

A Organização Mundial de Saúde define infertilidade como uma doença do sistema reprodutor que resulta da impossibilidade de atingir uma gravidez depois de um ano, ou mais, de contínuas relações sexuais desprotegidas⁶, distinguindo “infertilidade primária” de “infertilidade secundária”. Na primeira, estamos perante os casos em que o casal não consegue conceber uma criança ou não é possível gerá-la de modo a que chegue com vida ao parto⁷. A segunda, refere-se aos casos em que ocorre esta situação, mas em que o casal já tenha conseguido, anteriormente, gerar crianças que nasçam com vida⁸. Como causas para esta patologia encontram-se razões ligadas ao âmbito social, ambiental⁹ e médico¹⁰. Por um lado, a generalização da entrada das mulheres no mercado de trabalho e o investimento na sua educação implica, muitas vezes, uma protelação no projeto parental de modo a que consigam conciliar a sua carreira profissional com a maternidade. Por conseguinte, a tentativa de conceção em idade tardia diminui as chances de obter uma gravidez bem-sucedida¹¹. Um estilo de vida sedentário (tabagismo, álcool, obesidade ou anorexia¹²) e o

⁵ Cit. *Idem*, p. 79.

⁶ Traduzido da definição “*a disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse*”, Zegers-Hochschild et al., “*International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology*”, 2009, Vol. 92, Nº 5, November 2009, p. 1522, consultado online https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2.pdf?ua=1 (a 23/01/2020)

⁷ Cfr. World Health Organization, *Sexual and reproductive health – Infertility definitions and terminology*, consultado online <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> (a 23/01/20); REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008, p. 328

⁸ *Idem*.

⁹ Pensemos em poluição e desastres ambientais que levaram a diminuição da fertilidade, a abortos espontâneos, má formação dos órgãos reprodutores e do feto, como o caso de Chernobyl, em 1986.

¹⁰ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 6, 2006, p. 8; CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, p. 1, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf

¹¹ “*A partir dos 28 anos, observa-se uma perda progressiva da capacidade de resposta dos folículos primordiais aos níveis hormonais. Deste modo, o ovário tende a deixar de formar folículos maduros, dando origem, com uma frequência cada vez maior, a folículos contendo ovócitos imaturos ou a folículos com ovócitos anormais (em morfologia e em estrutura genética), podendo mesmo não ovular*”. Cit. Associação Portuguesa de Fertilidade, disponível online <https://www.apfertilidade.org/infertilidade.php>, (consultado a 23/01/20)

¹² Segundo a Associação Portuguesa de Fertilidade, a nicotina é suscetível de tornar os ovócitos deficitários, dificultando uma fecundação que origine um embrião saudável e, mesmo quando tal é alcançado, aumentam

stress¹³ podem também dificultar a formação de embriões saudáveis e suficientemente resistentes capazes de se aguentarem toda a gestação. A nível clínico várias podem ser as razões para que a infertilidade se revele num dos elementos do casal. No âmbito das patologias mais comuns encontramos, nas mulheres, o síndrome dos ovários poliquísticos, a endometriose, a obstrução tubar das trompas de Falópio, anomalias do cariótipo, malformações anatómicas congénitas, a prática de abortos clandestinos¹⁴, entre outros; no caso dos homens também anomalias do cariótipo ou malformações anatómicas, anomalias endócrinas, anejaculação, lesões do escroto, azoospermia secretora ou obstrutiva são fatores que aumentam a taxa de infertilidade no sexo masculino. E estes fatores podem implicar o recurso a técnicas de PMA ou terapêuticas tradicionais, dependendo se aqueles causam esterilidade (aqui, a capacidade para gerar filhos é inexistente devido a fatores absolutos) ou hipofertilidade (devido a fatores relativos)¹⁵. Mas mesmo fora de diagnósticos clínicos conclusivos (dado que é possível desconhecimento das causas que originam a infertilidade), não nos podemos olvidar que a probabilidade de conceber não é de 100%, mas apenas de 25% no primeiro mês, e de 70% nos seis meses¹⁶.

Perante o conhecimento de que a infertilidade pode afetar ambos os sexos, deixa de ser justificável a pressão e o estigma social de que a ausência de filhos será imputada à mulher reduzindo-a ao papel de mera reprodutora¹⁷. *“A investigação deve desenvolver-se de*

os riscos de complicações no crescimento e desenvolvimento do feto durante a gravidez, podendo até ocorrer partos prematuros; é potenciadora da *“diminuição da libido, défice da ereção, e perda da qualidade do sémen (oligozoospermia e astenozoospermia)”*. No caso do álcool, *“O etanol provoca lesões diretas no material genético dos ovócitos, tornando-os incompetentes para originar um embrião saudável. No homem, o alcoolismo provoca perda da libido e da ereção, bem como perda da qualidade do sémen (oligo-terato-astenozoospermia)”*. A obesidade, fruto das doenças a ela associadas, pode levar a *“(…) disfunção ovulatória, diminuição da qualidade genética e morfológica dos ovócitos, lesão do endométrio, perda da libido, dispareunia (dor nas relações sexuais) e infeções genitais de repetição (diabetes, excesso de humidade nas pregas). (...) No homem, são responsáveis pela perda da libido e da ereção”*; Já a anorexia pode levar a *“disfunção ovulatória e amenorreia”*.

¹³ Segundo o National Institute for Health and Care Excellence *“stress in the male and/or female partner can affect the couple's relationship and is likely to reduce libido and frequency of intercourse which can contribute to the fertility problems”*, disponível online <https://pathways.nice.org.uk/pathways/fertility>, (consultado a 23/01/20);

¹⁴ Sobre a explicação clínica de cada uma destas patologias veja-se o site da Associação Portuguesa de Fertilidade, disponível em <https://www.apfertilidade.org/infertilidade.php>

¹⁵ Cit. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, p. 1

¹⁶ Dados extraídos de MOUTINHO, Sandra, *Tudo por um filho – Viagem ao Mundo da Infertilidade em Portugal*, Dom Quixote, 1.º edição, janeiro de 2004, p. 31

¹⁷ *“The stigmatization can be extreme in some countries, where infertile people are viewed as a burden on the socioeconomic well-being of a community. Stigma extends to the wider family, including siblings, parents and in-laws, who are deeply disappointed for the loss of continuity of their family and contribution to their community. This amplifies the guilt and shame felt by the infertile individual”*, Cit. *Mother or nothing: the*

forma faseada e abranger simultaneamente os dois elementos do casal, uma vez que em cerca de 30% dos casos, ambos contribuem para o problema”¹⁸, e que a infertilidade masculina é causa de 50%¹⁹ da impossibilidade do casal conseguir “engravidar”, mostrando-se, deste modo, que a “taxa de infertilidade masculina é similar à taxa de infertilidade feminina”^{20 21}.

Considerada como a “falência [do] sistema reprodutor” que “condiciona alterações não apenas de natureza biológica, mas pode refletir-se também na vivência interpessoal do próprio casal, sendo passível ainda de arrastar consigo implicações de índole social”²², a infertilidade frustra este desejo à parentalidade sendo já considerada uma doença²³ que afeta a “saúde reprodutiva”^{24 25}. Perante esta recusa de aceitar os desígnios divinos, e com a

agony of infertility, in Bulletin of the World Health Organization, Vol. 88, N.º 12, dezembro 2010, p. 881, disponível online <https://www.who.int/bulletin/volumes/88/12/10.011210.pdf?ua=1> (consultado a 22/01/2020); Sobre o símbolo da fertilidade associado à mulher e a mudança deste paradigma ao longo dos tempos e sociedades, veja-se CARVALHO, João Luís e SANTOS, Ana, *AFRODITE – Caracterização da Infertilidade em Portugal*, estudo realizado em parceria entre a Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Sociedade Portuguesa da Medicina da Reprodução e KeyPoint, 2009, pp. 3-6, disponível online <http://static.publico.pt/docs/sociedade/AfroditeInfertilidade.pdf> (consultado a 24/01/20); OLIVEIRA, Guilherme de, *Legislar sobre a Procriação Assistida*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 127, N.º 3840 a 3842, p. 75, que se refere às “madrágoras” como recurso que as mulheres utilizavam para suprir a infertilidade.

¹⁸ GEORGE, Francisco Henrique, *Saúde Reprodutiva, Infertilidade, Cuidados de Saúde Primários – Normas Direção Geral da Saúde*, Direção-Geral da Saúde, Lisboa 2010, p. 6

¹⁹ Cfr. *Mother or nothing: the agony of infertility*, in Bulletin of the World Health Organization, Vol. 88, N.º 12, dezembro 2010, ps. 881-882

²⁰ Cit. Associação Portuguesa de Infertilidade, disponível em <https://www.apfertilidade.org/infertilidade.php>; Segundo REIS, Rafael Vale e, “O direito ao conhecimento...”, ob. cit., p. 328, “(...) apenas um terço dos casos está ligado a problemas no elemento feminino do casal, (...) e o último terço ligado a problemas no elemento masculino do casal”.

²¹ O primeiro estudo sobre a infertilidade realizado em Portugal, em 2009, revelou que a taxa de infertilidade nos casais portugueses está entre os 9 a 10%. Cfr. CARVALHO, João Luís e SANTOS, Ana, *AFRODITE – Caracterização da Infertilidade em Portugal* ob. cit., p. 57

²² SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório – Procriação Medicamente Assistida*, in Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Presidência do Conselho de Ministros. Julho 2004, p. 7, Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf (consultado a 17/01/2020)

²³ OSSWALD, Walter, *As técnicas de Procriação Medicamente Assistidas com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)*, in Cadernos de Bioética, Revista Portuguesa de Bioética, Ano XVII, n.º 40, abril, 2006, p. 7, entende que as técnicas de PMA seriam um tratamento para casais que sofriam desta condição “que, quando causa de sofrimento persistente, se configura como doença”; OLIVEIRA, Guilherme de, *Legislar...*, ob. cit., p. 75, associa, também, esta condição a um sofrimento asseverando que o objetivo da procriação assistida será “vencer a esterilidade, dar um filho a um casal que sofre por não o ter”. No mesmo sentido se inclina SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório – Procriação...*, ob. cit., p. 7, Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf

²⁴ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 50

²⁵ Quanto às consequências sociais, matrimoniais e pessoais da infertilidade, veja-se MOUTINHO, Sandra, *Tudo por um filho...*, ob. cit., ps. 37-50

chegada da aliança entre a ciência e a tecnologia, procuraram-se soluções para que se atingisse a prole tão desejada.

2. Procriação Medicamente Assistida – Conceito

As técnicas de PMA surgem, portanto, como uma solução para aqueles que, de forma natural, não conseguem estabelecer descendência, face a um restrito conjunto de opções quando surge o diagnóstico de infertilidade: ou se aceita esta condição natural, ou se opta pela adoção ou se recorre à PMA²⁶. Ao longo dos anos, apesar de a PMA continuar sem definição estabelecida em sede própria na lei, toma-se, por consenso, que ela consiste n’*“o conjunto das técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual, sendo ainda definida como “o método de causar gravidez sem ser através do coito”*²⁷. Na realidade, a relação sexual é dispensada. Com a evolução tecnológica e médica, a relação física não é mais um pressuposto para que se consiga alcançar o sonho da reprodução, ocorrendo-se a métodos médicos auxiliares²⁸ para gerar a prole. *“A dissociação entre a sexualidade permitiu um feito notável, que constituiu revolução científica e antropológica, traduzido pelo nascimento de centenas de milhares de seres humanos concebidos fora do organismo materno, ou seja, em ambiente laboratorial – “in vitro”*²⁹. E esses métodos correspondem a *“todas as técnicas biomédicas tendentes a substituir ou a alterar o modo natural da procriação”*³⁰.

²⁶ Cfr. MOUTINHO, Sandra, *Tudo por um filho...*, ob. cit., p. 55

²⁷ Cfr. MENDES, J. Castro, SOUSA, M. Teixeira de, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/1991, p. 235 e art. 1.º, secção 102, n.º 4, do Ato Uniforme de Filiação norte-americano, nota 274, *apud* Cit. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL Editora, 6.º edição, 2018, p. 161

²⁸ Apesar de procriação assistida ou artificial se referirem ao mesmo âmbito de questões éticas e legais, OLIVEIRA, Guilherme de, *Legislar...*, ob. cit., p. 74 considera *“depreciativo”* a utilização da expressão *“artificial”* uma vez que, apesar de fisicamente se poder suprir a relação causadora da procriação (o ato sexual), *“os momentos biológicos essenciais do processo de reprodução permanecem tão naturais como sempre – não há uma fusão de gâmetas «artificial» nem uma «gestação artificial»*”. No entanto, para RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 44, nota 11, *“Não nos satisfaz nem o designativo artificial (porque não há aqui artifício ou falsidade alguma) nem “medicamente assistida”* (porque, em boa verdade, algumas delas podem prescindir do auxílio médico). Contudo, na iminência de ter de optar por uma designação, optamos por esta última - até porque é a terminologia legal – ou, preferencialmente, apenas por *“técnicas reprodutivas”* e, neste sentido, seguimos o seu entendimento.

²⁹ SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório...*, ob. cit., p. 4.

³⁰ Cit. ANTUNES VARELA, João, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 127, 1994-1995, N.º3844, p. 194

Assim sendo, a PMA consiste no conjunto de técnicas médicas legalmente permitidas que têm como objetivo, através de acompanhamento médico, facilitar a procriação a casais, ou mulheres sós, que tenham o sonho de concretizar o projeto parental que, de forma natural, falhou.

Deste modo, estas técnicas vieram evidenciar, como veremos, a “*clara separação pontual entre a dimensão afetiva e a componente biológica do ato procriativo (...). E, nesse contexto, alteram-se os pressupostos fundamentais que ao longo dos milénios da História do Homem fizeram também a história inicial de todos e de cada um dos seres humanos*”³¹.

Esta facilidade em alcançar a próxima geração demonstra, por certo, a centralidade que o ser humano coloca em si, a necessidade em controlar tudo o que o rodeia e “*reflete a pressa do domínio do homem sobre o homem*”³². Evidencia-se, cada vez mais, uma passagem “*de animais a deuses*”³³ em que libertamos a nossa espécie de ser guiada pelas leis da natureza para começarmos a determinar o modo e o quando procriamos, uma vez que “*O homem já não se limita à descrição dos processos biológicos, ele tenta a manipulação da própria vida*”³⁴.

3. Breve Resenha Histórica do Surgimento destas Técnicas

Apesar de relatos sobre o desejo de aceder à maternidade/paternidade com o recurso a terceiro estarem presentes quase desde a génese da história humana, sendo até descritos num dos livros mais antigos e influenciadores da Humanidade – a Bíblia Sagrada³⁵ -, as

³¹ SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório – Procriação Medicamente Assistida*, ob. cit., p. 4.

³² Cit. BARBAS, Stela, *Clonagem, Alma e Direito*, in «*Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*», Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, Coimbra, p. 261

³³ Cit. HARARI, Yuval Noah, *Sapiens: História Breve da Humanidade*, 21.ª edição, Elsinore, setembro 2019; “*Toda a ontogenia do homem, desde os estados precoces da vida embrionária, se dirige para a formação de um animal cultural, que faz a sua história, decide a sua vida, constrói o seu mundo. O homem desenvolve-se para o mundo existente e para novos mundos que concebe e cria*”. Cit. DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 5

³⁴ Cit. BARBAS, Stela. *Clonagem...*, ob. cit., p. 264,

³⁵ Em Genesis 16, conta-se a história de Abraão e da sua mulher Sara que não conseguia gerar filhos e que assentiu a que aquele tivesse relações físicas com uma escrava para assim conceber. Parece uma tentativa, à época, de maternidade de substituição – como tal considera Guilherme de Oliveira, *Mãe há só (uma) duas!*, Coimbra Editora, 1992, p. 8, considerando, contudo, DUARTE, Tiago, “*In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*”, Almedina, Coimbra, fevereiro 2003, p. 18, apenas um “adultério consentido”; Também, no mesmo livro, se relata a história de Raquel e Lia para que Jacob tivesse descendência (Génesis 30, 1-8 e 30, 9-13). Cfr. Guilherme de Oliveira, *Legislar...*, ob. cit., p. 75;

técnicas de procriação medicamente assistida humana são mais recentes, fruto de um casamento entre o desenvolvimento técnico e científico³⁶.

Não obstante já terem sido realizados esforços, com sucesso, de domínio da procriação na natureza³⁷, e vários serem os relatos de eventuais tentativas de manipulação e controlo da procriação humana³⁸ numa época em que a ciência ainda não estava capaz de trazer sucesso a essas tentativas, desde cedo o tema manteve a atração desejada³⁹. Foi apenas no séc. XIX que as técnicas de PMA se começaram, de facto, a desenvolver através de experimentações e publicações dos seus resultados⁴⁰, iniciando-se as práticas de fertilização “*in vitro*”, inseminação com esperma de dador e congelação de esperma⁴¹, o que promoveu o desenvolvimento de obras científicas e doutrinárias⁴² importantes para estudos futuros nesta matéria.

O culminar de todos estes avanços deu-se, em 1978, no Reino Unido, quando através da técnica de fertilização “*in vitro*” nasce a primeira criança gerada com recurso a estas inovações e desenvolvimentos científico-tecnológicos, ficando conhecida por “bebé-proveta”⁴³. Em Portugal, tal fenómeno de sucesso só se viria a concretizar em 1986⁴⁴. Este marco foi o descolar do desenvolvimento profundo de vários métodos de PMA com o intuito de obliterar o obstáculo da infertilidade.

³⁶ “*De facto, a relação entre a ciência e a tecnologia é um fenómeno muito recente. Antes de 1500, a ciência e tecnologia eram campos completamente separados. (...) Durante os séculos XVII e XVIII, esta ligação intensificou-se, mas o nó só foi atado no século XIX*”. Cit. HARARI, Yuval Noah, *Sapiens...*, ob. cit., p. 306

³⁷ Os primeiros procedimentos de manipulação científica da reprodução não foram realizados com humanos, mas sim com plantas pelos povos babilónicos e árabes e, mais tarde, com mamíferos. Cfr. DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida...*, ob. cit., p. 18.

³⁸ Veja-se a história que DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida ...*, ob. cit., pp. 18-19, considera “*curioso, mas porventura anedótico*”, em que, no séc. XV, o Rei de Castela e a Rainha de Portugal, D. Joana, tenham sido submetidos a uma espécie de inseminação artificial, mas que não teria dado frutos.

³⁹ “*Datam de finais do séc. XVIII as notícias das primeiras experiências de procriação medicamente assistida com seres humanos*”. Cit. DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida...*, ob. cit., p. 19;

⁴⁰ Cfr. *Idem*, p. 19

⁴¹ Cit. Tiago, “*In Vitro Veritas?*”..., ob. cit., p. 22

⁴² É comum referir-se a tese “*Contribution à l’histoire de la fecondation artificielle*”, de Gerard, apresentada, em 1895, na Faculdade de Medicina de Paris que acabou por ser recusada, e a novela francesa “*le faiseur d’hommes*” de Debut Laforet e Rambaud. Cfr. DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida...*, ob. cit., p. 19-20 e DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas?*”..., ob. cit., p. 22

⁴³ Cfr. DUARTE, Tiago, “*In Vitro Veritas?*”..., ob. cit., p. 23

⁴⁴ “*(...) Portugal inteiro entrava em trabalho de parto preparando-se para o nascimento de Carlos Miguel às 13 horas e 30 minutos do dia 25 de Fevereiro. Tinha 50 cm e 3 quilos e 300 gramas de peso. Nasceu de cesariana a pedido da mãe. (...) A fertilização in vitro e o seu nascimento foram levados a cabo pela equipa chefiada pelo Doutor Pereira Coelho acompanhado pela Dra. Maria Beatriz Arraiano e pela Dra. Christiane Arnold.*” COSTA, J. Pinto da, *Um Problema Médico-Legal Atual: Procriação Artificial*, Revista de Investigação Criminal, nº 24, Novembro, 1987, pág. 6. apud. DUARTE, Tiago. “*In Vitro Veritas?*”..., ob. cit., p. 23. Até aí já teriam, então, nascido mais de 2000 crianças por intermédio da fertilização *in vitro*. Cfr. MOUTINHO, Sandra, *Tudo por um filho...*, ob. cit., p. 111

Não obstante a nova era de “Descobrimientos” proporcionados pela engenharia e pela ciência que trouxeram a vitória humana sobre a natureza no campo da procriação, a verdade é que esta evolução científica trouxe para cima da mesa um conjunto de questões éticas, morais, humanas, científicas e, até, religiosas. Vejamos: a surpresa suscitada por estas práticas prende-se, essencialmente, com a possibilidade de não existir relação física, própria da reprodução humana, e que se traduzia no *“incontestável valor natural e simbólico da geração de filhos”*⁴⁵. Essa desvinculação entre uma relação carnal poderia tornar-se assustadora, daí se ter indagado quanto à eventual objetificação do ser humano gerado com recurso a tais técnicas que são utilizadas como método de satisfação de necessidades que não são suas; de ser ou não aceitável a manipulação da vida humana futura, de como proceder perante embriões excedentários, qual o seu estatuto e se será aceitável a sua destruição quando não utilizados na concepção⁴⁶. E, ainda, da reprodução física de humanos já existentes – como no caso da clonagem -, ou da própria quebra da mentalidade de que Deus é comandante e decisor da vida do homem – dado que, com a ciência e a intervenção de terceiro no processo reprodutivo, a ausência de intervenção divina na concretização dos desejos do casal poderia ser superada por tais técnicas⁴⁷.

E claro, o campo jurídico não deixou de ser convocado para este debate, evidenciando-se a carência ética e legislativa neste campo⁴⁸. Na verdade, a evolução

⁴⁵ Cit. SERRÃO, Daniel, *Livro Branco – Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica*, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, maio de 2003, pág. 5, disponível online in http://www.familiaesociedade.org/saudereprodutiva/PMA/Livro_Branco_sobre_o_uso_de_embrioes_em_IC.pdf (consultado a 25/01/2020).

⁴⁶ A Igreja toma já o embrião como vida, como um ser humano em potência. Daí que, “Congregazione Per La Dottrina Della FEDE – II Rispetto Della Vita Umana Nascente e La Dignità Della Procreazione”, em 22-02-1987, disponível online http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_it.html (consultado a 04/02/20) quanto a invocação de argumentos morais contra a PMA assevera que *“Um juízo moral acerca do FIVET (fecundação in vitro e transferência do embrião) deve levar em consideração os dados de fato aqui recordados e a fria lógica que os liga: a mentalidade abortista que o tornou possível, conduz assim, inevitavelmente, ao domínio por parte do homem sobre a vida e a morte dos seus semelhantes, que pode levar a uma eugenia radical.”*

⁴⁷ E, acendendo mais a chama da contradição por parte da Igreja, a PMA heteróloga seria clara evidência de infidelidade pondo em causa o instituto sagrado do matrimónio. *“La fecondazione artificiale eterologa è contraria all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio”*. Deste modo, *“Queste ragioni portano a un giudizio morale negativo sulla fecondazione artificiale eterologa: pertanto è moralmente illecita la fecondazione di una donna con lo sperma di un donatore diverso da suo marito e la fecondazione con lo sperma del marito di un ovulo che non proviene dalla sua sposa”*. Cit. *Idem*.

⁴⁸ Carência essa, que no início, se mostrava condicionada pelo pensamento religioso e moral. Vejamos o caso de 27 de agosto de 1884, em que um Tribunal, em Bordéus, por considerar ilícitas e perigosas socialmente a procriação médica assistida heteróloga por porem em causa a dignidade do matrimónio e a intromissão entre cônjuges, considerou improcedente uma ação que tinha por base o não pagamento de honorários ao médico

científica é muito mais veloz que a legislativa e está sempre um passo à frente dos juristas que, ao contrário dos cientistas sonhadores, procuram conformar a realidade jurídica a esse sonho. Enquanto a ciência biológica descobre com grande entusiasmo soluções e novos feitos para tornar a vida mais “fácil” e “acessível”, a ciência jurídica vai tentando acompanhar, procurando relacionar várias questões que carecem de ponderações éticas e normativas maduras, de modo a proteger bens jurídicos e a evitar violações de direitos fundamentais⁴⁹. Nas palavras do ilustre jurista GUILHERME DE OLIVEIRA, “os progressos científicos andarão sempre muito mais rapidamente do que as leis que são lentas e ficarão desajustadas da realidade”⁵⁰. E são estas considerações que impõem uma reflexão mais ponderada e cuidada dos problemas que este tema pode levantar e que traz consigo, pois que será necessário um enquadramento legal e ético rigoroso, mas que permita um pensamento jurídico suficientemente aberto para conseguir acompanhar as evoluções e as novas questões que, nesta área, vão surgindo.

Em Portugal, o recurso a estas técnicas cedo se demonstrou como último recurso para combater a infertilidade dos casais. Contudo, muito se prorrogaram as discussões sobre o tema e, quando o parlamento se decidiu a debruçar-se sobre o mesmo, envolveu-se em relatórios, pareceres, e propostas que não traziam soluções justas e um regime concreto ao nosso ordenamento jurídico. Em 1986, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na sua Recomendação n.º 1046, apelou aos Estados-Membros para procurarem regular sobre a PMA, mas Portugal manteve-se estático não elaborando qualquer lei rigorosa nesse âmbito. O único diploma elaborado nesse sentido - o DL n.º 319/86, de 25 de setembro⁵¹ - revelava-se precário e insuficiente não pondo cobro às demais questões que o recurso a essas técnicas levantavam confinando-se, apenas, a estipular parcas regras quanto às entidades que

que realizou a intervenção. Ou ainda, “O chamado caso de Pádua despertou ao tempo grande curiosidade”. Foi proposta ação de divórcio, com fundamento em adultério de uma mulher casada, separada, (...). A mulher havia sido inseminada artificialmente após a separação. Cfr. e Cit. DIAS, João Álvaro, *A Procriação Assistida...*, ob. cit. pp. 20 e 22, nota 48.

⁴⁹ Segundo SILVA, Paula Martinho da, *O anonimato do dador, um exemplo...*, in Boletim da Ordem dos Advogados, 1987, n.º 1, p. 1, “[ao Direito] compete, senão acompanhar lado a lado a Ciência que dita, ela também as suas «leis científicas», pelo menos tentar consciencializar-se e encontrar vias de gerir, dentro da sociedade (...), o avanço, o desenvolvimento e os efeitos jurídicos das novas tecnologias medicas...”.

⁵⁰ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *Legislar...*, ob. cit., p. 99

⁵¹ Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, disponível online <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/221563/details/maximized?jp=true> (consultado a 04/02/20).

poderiam recolher, conservar e manipular o esperma e a determinar sanções para a violação das mesmas que nunca chegaram a ser elaboradas⁵².

Não obstante a ausência de diploma especial, várias eram já as referências normativas à PMA, como as do art. 1839.º, n.º 3 do CC (aditado em 1977) ao estipular que “*Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”, ou a do art. 168.º do Código Penal (de 1995) que determina que condena a pena de prisão quem praticar ato de PMA em mulher, sem o seu consentimento ou, ainda, a Lei 3/84, de 24 de março que estipula, no seu art. 9.º, n.º 2 que “*O Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade*”⁵³

Em 1997 o Parlamento português cingiu-se a uma Proposta de Lei (n.º 135/VII)⁵⁴ com vista a regular as técnicas de PMA e a “*definir e acautelar as regras de atuação do domínio em causa*” estabelecendo estas técnicas como subsidiárias ao método natural da procriação, definindo os seus beneficiários, o local da sua prática, a sua confidencialidade, a condenação à comercialização de produto biológico, e a obrigação de consentimento e confidencialidade dos intervenientes deste processo. Esta proposta chegou a ser convertida em Decreto-Lei (Decreto n.º 415/VII, de 1999)⁵⁵, contudo, acabou vetado pelo Presidente da República fruto a não se conseguir alcançar, à data, consenso suficiente sobre as várias técnicas de PMA e sobre a ponderação de direitos fundamentais – como o da “*proteção do direito à privacidade*”⁵⁶. Não obstante, ainda nesse ano se fez referência às PMA quando, no seu art. 67.º, n.º 2, al. e), a CRP estipula que incumbe ao Estado “*Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”.

⁵² Cfr. SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório...*, ob. cit., p. 40, disponível online em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf (consultado a 04/02/20)

⁵³ Diploma disponível online <https://dre.pt/pesquisa/-/search/661903/details/maximized?jp=true/en> (consultado a 04/02/20). Cfr. SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório...*, ob. cit., pp. 39-40

⁵⁴ Proposta de Lei (n.º 135/VII), disponível online <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/03/031/1998-02-13/615?pgs=615-616&org=PLC&plcdf=true> (consultado a 04/02/20)

⁵⁵ Publicado em *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 80, de 16 de junho de 1999 págs. 2296 a 2300, e online em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/080/1999-07-16/2296?pgs=22962300&org=PLC&plcdf=true>, consultado a 04/02/20)

⁵⁶ Veja-se a sua fundamentação em *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 82, pág. 2316, disponível online in <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/082/1999-08-03/2316?pgs=2316&org=PLC> (consultado a 04/02/20); Cfr. SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, “*Relatório – Procriação Medicamente Assistida*”, ob. cit., pág. 40

Ao longo dos anos, várias foram as iniciativas do Parlamento em estatuir uma lei que regulasse, com cuidado e consciência das questões sensíveis a ela inerentes, as técnicas de PMA⁵⁷. Mas o ordenamento jurídico português mantinha-se “estagnado”⁵⁸ num conjunto de propostas que iam sendo apresentadas, mas que não encontravam consenso entre os comandantes do país mantendo-se, deste modo, por quase 20 anos, omissa uma legislação específica nesta matéria.

⁵⁷ Em 2001 foi criada uma comissão técnico-científica para apoiar a Assembleia da República no enquadramento legislativo destas técnicas e propôs-se a constituição de um Conselho Nacional de Reprodução Medicamente Assistida (que viria a nascer com a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). Em setembro de 2003 a Sociedade Portuguesa da Medicina da Reprodução elaborou propostas que foram enviadas à Assembleia da República tendo sido, também nesse ano, enviados projetos de lei do PS e do BE. Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 400, nota 945, e MOUTINHO, Sandra, *Tudo por um filho...*, ob. cit., p. 132. Sobre a evolução legislativa nesta matéria no nosso e outros ordenamentos jurídicos, ver SERRÃO, Daniel, *Livro Branco...*, ob. cit., pp. 5-7

⁵⁸ Cfr. NETO, Luísa, *Novos Direitos ou Novo(s) Objeto(s) para o Direito?*, U. Porto Editorial, 1.º edição, Porto, 2010, pp. 24-25.

CAPÍTULO II – A PMA HETERÓLOGA

1. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Corria o ano de 2006 quando, pela primeira vez, o nosso ordenamento jurídico conseguiu estabelecer um complexo normativo estruturado, atual e contemplativo das querelas que este tema praticado, mas não regulamentado em Portugal (veja-se que decorriam 20 anos após o nascimento da primeira criança concebida através da fertilização *in vitro*), acarretava. Alcançou-se, finalmente, a coerência e a conformidade do nosso sistema com o princípio fundamental primário nesta matéria, já previamente estabelecido no art. 67.º, n.º 2, al. e) da CRP, protegendo-se, pela primeira vez, a dignidade da pessoa humana e a não discriminação com base ao recurso a estas técnicas (art. 3.º da referida Lei⁵⁹).

Nesta tão ambicionada lei, destacam-se como marcos importantes a estipulação das técnicas autorizadas e a regulação dos principais métodos utilizados (art. 2.º e arts. 19.º a 29.º), a subsidiariedade destes processos (art. 4.º), a determinação dos beneficiários dos mesmos (art. 6.º), quais as manipulações de gâmetas proibidas (com principal referência à clonagem e à maternidade de substituição - arts. 7.º e 8.º), o anonimato dos dadores (art. 15º), a criação de um Conselho Nacional de PMA (art. 30.º) e as sanções aplicáveis perante a violação destas disposições (art. 34.ºss.).

Várias são as questões que a problemática da PMA levanta, mas para o seu melhor conhecimento é necessário ter noção dos requisitos em que se baseou esta lei para estabelecer, desse modo, as suas limitações de aplicação.

2. Técnicas de PMA

Para se poder iniciar o estudo deste tema é necessário, antes de mais, destringir de forma sumária as intervenções terapêuticas de PMA que são conhecidas (e permitidas) no nosso ordenamento jurídico.

Começando pela distinção clássica de reprodução sexuada e de reprodução assexuada, apenas a primeira é admitida em Portugal fruto da extrema proteção dada aos princípios da dignidade da pessoa humana, do seu direito à identidade pessoal e da salvaguarda da sua individualidade e unicidade. O que as distingue é que enquanto na primeira, o material genético utilizado para obter a procriação é composto pelos gâmetas

⁵⁹ De ora em diante referida como LPMA ou Lei nº 32/2006

masculino e feminino (espermatozoide e ovócito) que, juntos, criam uma única célula (zigoto ou ovo) que gerará o embrião, na segunda estamos perante uma “reprodução”⁶⁰ de um ser humano, apenas se utilizando um dos materiais genéticos, dispensando a sua fusão com o do sexo oposto – é caso exemplar, a clonagem⁶¹.

A fecundação pode ser efetuada fora ou dentro do corpo da mulher sendo, na primeira hipótese, designada por fertilização “*in vivo*” e, na segunda, por fertilização “*in vitro*”⁶². Em qualquer uma destas hipóteses se pode diferenciar a procriação medicamente assistida homóloga - em que os gâmetas feminino e masculino utilizados provêm dos dois elementos do casal que procuram realizar o projeto parental⁶³ - da heteróloga - em que surge a intervenção de um terceiro estranho ao casal⁶⁴ – o dador⁶⁵ ⁶⁶ - sendo que, no âmbito da heterologia, esta pode ser total – se os gâmetas utilizados não provirem de nenhum dos elementos do casal – ou parcial – em que pelo menos um dos gâmetas provêm de um deles⁶⁷. Deste modo, temos que se poderá recorrer à PMA heteróloga em três casos: quando uma mulher sozinha pretende realizar o projeto parental por si, quando a elas recorra um casal de

⁶⁰ Nas palavras de BARBAS, Stela, *Clonagem...*, ob. cit. p. 261, “*O homem já não se limita a procriar novos seres distintos, únicos, irrepitíveis; passou também a reproduzir, a “decalcar”, a “fotocopiar”, seres previamente procriados*”.

⁶¹ A mesma autora, em *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 193, define clone como “*uma população de indivíduos geneticamente idênticos, descendentes, por multiplicação assexuada de um indivíduo que tanto pode ser um organismo multicelular como unicelular. O clone recebe, assim, a informação genética de um único progenitor. Se a noção de progeneritura for reduzida à transmissão do património genético chegamos a conclusão que o filho só tem um ascendente biológico*”. Sobre as formas de clonagem, FERNANDEZ, Maria Carcaba, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las nuevas Técnicas de Procración Humana*, Jose Maria Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1995, pp. 29-30

⁶² Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 163

⁶³ LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit., p. 5, nota 3, nota que já não se utiliza um conceito estrito quanto ao estatuto dos beneficiários da PMA homóloga dado que houve abertura para se considerarem os unidos de facto como elemento do casal e não como terceiro, sendo que “*o traço diferenciador [entre as duas modalidades] reside na comunhão de vida*”.

⁶⁴ Desde a segunda alteração da LPMA, pela redação da Lei 17/2016, de 20 junho, que mulheres solteiras podem beneficiar desta técnica, pelo que, logicamente, se inserem na modalidade heteróloga.

⁶⁵ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit., pp. 5-6. O autor refere a Diretiva 2006/17/CE, de 8 de fevereiro que aplica a Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, onde se define, no seu art. 1.º, «Células reprodutivas», como “*todos os tecidos e células destinados a serem utilizados para efeitos de reprodução assistida*”, seguindo que “*a dádiva de células reprodutivas entre um homem e uma mulher que declarem manter uma relação física íntima*” é considerada como “*dádiva entre parceiros*”. Ora, daqui se deduz que se alude aos casos de PMA homóloga, assim se referindo, o diploma “*a quo*” aos casos de PMA heteróloga como os casos em que se utilizam “*células reprodutivas não provenientes de dádivas entre parceiros*”. Cfr. Diretiva 2006/17/CE da Comissão de 8 de fevereiro de 2006, in *Jornal Oficial da União Europeia*, págs. 40 e 47, consultado online, in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6078f8c9-bd97-4fd0-86c8-5fe7621822ab/language-pt>, a 20/01/20

⁶⁶ Sobre a posição jurídica deste terceiro, REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 332, nota 760, enquadra o fenómeno e a atuação deste sujeito no âmbito das dádivas e, por isso, prefere a designação de dador, não obstante a LPMA não ser semântica e juridicamente rigorosa neste aspeto.

⁶⁷ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 164

mulheres homossexuais ou quando, num casal heterossexual, um dos elementos (ou os dois) tem, como já vimos, algum problema de fertilidade ou doença sexualmente transmissível.

Dentro das técnicas de PMA permitidas no nosso ordenamento jurídico e que estão previstas no art. 2.º da Lei n.º 32/2006, distinguimos a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência intrafalopiana de embriões, gâmetas ou zigotos e, ainda, o diagnóstico genético pré-implantação “*e outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias*”.

a) Inseminação Artificial (IUU)

A inseminação intrauterina (IUU) mais conhecida por inseminação artificial⁶⁸ (IA)⁶⁹, é a técnica de reprodução mais antiga e mais recorrente⁷⁰ por exigir menor intervenção e por ser menos invasiva. Consiste na introdução não natural de espermatozoides frescos (imediatamente depois da sua colheita) ou já preparados (seleccionando-se os mais saudáveis em laboratório) no endocolo, no interior do útero, ou na cavidade peritoneal da mulher, com o intuito de alcançar uma fertilização bem-sucedida. Esta técnica pode ser utilizada nas duas modalidades *supra* mencionadas, consoante a proveniência do material genético utilizado sendo que, no caso de IUU heteróloga, o esperma de dador é previamente recolhido, tratado, seleccionado e criocongelado⁷¹. Esta técnica é indicada para os casos em que a mulher sofre de perturbações psicológicas (o que pode potenciar vaginismo), muco cervical incompetente

⁶⁸ É de estranhar o termo artificial utilizado dado que, na realidade, não estamos perante nenhum método que crie artificialmente os gâmetas utilizados, apenas se agiliza o processo de fecundação através de gâmetas naturais. FERNANDEZ, Maria Carcaba, *Los Problemas...*, ob. cit., p. 15, refere que “...*la inseminación puede ser natural, en el coito físico, o artificial, cuando se utiliza un artificio instrumental, pero en los dos casos será seguida de una fecundación natural. Es por ello que la inseminación artificial no tiene de artificial más que la manera en que es realizada, puesto que son unos espermatozoides completamente naturales a los que la técnica ayuda a fecundar conforme a la naturaleza de unos óvulos no menos naturales.*”

⁶⁹ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, p. 2; SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório...*, ob. cit., p. 8 Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf; REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., pp. 331-334

⁷⁰ Esta técnica é a primeiramente utilizada quando se desconhecem as causas de infertilidade e, segundo o Decreto-Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, é a que se deve dar prevalência aquando na ponderação da técnica a recorrer para obter a gravidez desejada - “*a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica de PMA*”. (art. 5.º, n.º 1) - ganhando novo reforço de preferência face à possibilidade de acesso a estas técnicas por causas que não se relacionem com infertilidade ou outras condições clínicas (como veremos infra).

⁷¹ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 334

ou disfunção ovulatória ligeira e, relativamente ao homem, quando existam problemas de ejaculação por questões físicas – como a baixa concentração de espermatozoides (oligospermia) - ou psicológicas, quando o esperma revela alterações significativas ou o testículo não produz espermatozoides (azoospermia), nem células precursoras (espermatídios). Quando existem doenças sexualmente transmissíveis ou que possam afetar a formação saudável do embrião esta técnica pode ser uma via subsidiária, sendo que a sua taxa de sucesso ronda entre os 14% e os 20%⁷².

b) Fertilização “*in vitro*” (FIV)

Como supra ditado, a IUU apenas se aplicará nos casos de infertilidade mais simples pelo que, para casos mais complexos, foi necessário o desenvolvimento de novas técnicas.

Na fertilização “*in vitro*” (FIV)⁷³ fecundam-se os ovócitos maduros da mulher fora do seu corpo – dado que são aspirados, antes da ovulação, através de hiperestimulação do seu aparelho reprodutor⁷⁴ – realizando-se a sua inseminação “*in vitro*” com espermatozoides previamente selecionados dando-se, de seguida, a transferência dos embriões⁷⁵ de boa qualidade, através de laparoscopia ou ecografia⁷⁶, para o útero ou trompas. “*Trata-se de um procedimento no qual se pretende uma fecundação extracorporal, não ocorrendo o encontro gamético na trompa de Falópio, mas em ambiente laboratorial (...). Esta técnica implica e permite a realização de diversos procedimentos incidindo sobre ovócitos, espermatozoides e embriões*”⁷⁷. Apesar de as taxas de sucesso rondarem entre os 20% e 30%⁷⁸, não deixa de ser um processo penoso para a mulher dado que, ao contrário do homem que numa ejaculação liberta milhões de espermatozoides, “[e]m regra a mulher liberta um óvulo em

⁷² Cfr. Associação Portuguesa de Fertilidade e FERNANDEZ, Maria Carcaba, *Los Problemas...*, ob. cit., pp. 17-18

⁷³ Cfr. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, p. 2.

⁷⁴ A hiperestimulação ovárica “*consiste na administração intramuscular diária da hormona hipofisária responsável pelo crescimento folicular. A maturação de oócitos é provocada mais tarde pela administração de outra hormona hipofisária. O tempo médio entre o início da hiper-estimulação e a colheita de oócitos é aproximadamente de 14 dias*”. Cit. PIRES, Luz Céu, *Novas Tecnologias do Nascimento: Técnicas de Reprodução Medicamente Assistidas (T.R.M.A.)*, in *Análise Psicológica* (1990), 4 (VIII), p. 427, disponível online http://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/2912/1/1990_4_425.pdf (consultado a 27/01/20)

⁷⁵ Esta fase de transferência de embriões era comumente conhecida por FIVETE. No entanto, agora apenas se faz referência à FIV para abarcar todas as fases do processo. Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 164

⁷⁶ Cfr. PIRES, Luz Céu, *Novas Tecnologias do Nascimento...*, ob. cit., p. 427

⁷⁷ Cit. SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, *Relatório...*, ob. cit., p. 8

⁷⁸ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 335

cada ciclo menstrual, mas no âmbito dos processos de reprodução assistida é aconselhável operar com mais do que um óvulo, para aumentar a probabilidade de gravidez, o que pode conduzir a procedimentos de estimulação ovárica fisicamente violentos”⁷⁹. Este método é indicado para casos de disfunção ovulatória moderada a severa, obstrução, laqueação ou ausência de trompas, quando a inseminação artificial intrauterina já falhou, quando não se conhecem as causas da infertilidade, quando existe um défice ligeiro da qualidade do sémen, ou seja diagnosticada infertilidade masculina⁸⁰. Mas é neste âmbito que se têm suscitado querelas éticas e jurídicas relevantes dado que, como é usual a aspiração de mais do que um óvulo do sistema reprodutor da mulher, tenta-se a fecundação de todos eles. Ora, nos casos em que mais do que uma fecundação consiga gerar um embrião saudável, questiona-se o que fazer com os embriões excedentários que não são implantados no corpo da mulher. Será legítimo (numa conceção *pro* embrião) serem destruídos⁸¹, ou doados a outros casais inférteis?⁸² Podem ser conservados e utilizados *post-mortem*?⁸³ E, no caso da doação, não estará o art. 25.º, n.º3 da LPMA, ao limitá-la a “*pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe*” e ao prever “*a sua doação a casais beneficiários*”, a fechar-se e, por consequência, a contrariar o intuito de abertura subjetiva a estas técnicas de PMA?

c) Injeção Intracitoplasmática (ICSI)

Incluída no tratamento de fertilização “*in vitro*”, na *injeção intracitoplasmática* a mulher é sujeita a uma hiperestimulação do ovário para aspiração de ovócitos mas é quanto

⁷⁹ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 391. Não obstante, REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 335, indica a possibilidade de se recorrer à “*natural cycle IVF*”, de modo a que se respeite o ciclo menstrual da mulher, em que apenas só se utiliza o único óvulo produzido nesse ciclo, diminuindo a violência do procedimento dado que não se utilizariam os mecanismos de hiperestimulação dos ovários através de hormonas. No entanto, certo será que a taxa de probabilidade de sucesso será menor.

⁸⁰ Cfr. Associação Portuguesa de Fertilidade

⁸¹ Segundo o art. 25.º da LPMA, no caso de os embriões excedentários serem viáveis, poderão ser criopreservados para que os beneficiários os possam utilizar em futuros tratamentos, no prazo máximo de 3 anos, sendo que, ultrapassado este prazo, o seu n.º 3 prevê a sua doação a casais beneficiários destas técnicas ou para investigação científica (caso os beneficiários originários nisso consentam – n.º 4).

⁸² Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *Direitos Reprodutivos. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 2, n. 3, 2005, p. 119.

⁸³ Veja-se sobre o tema *Idem*, pág. 123 e 124 e RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo, *Aspetos Jurídicos da Reprodução Post-Mortem, em Perspetiva Comparada Brasil-Portugal, Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, Ano 7, N.º 14, 2010, pp. 81-94. A atual legislação portuguesa não admite a realização da inseminação artificial ou a fertilização “*in vitro*” após a morte do companheiro determinando que o material genético seja destruído, mesmo que o *de cuius* tenha dado o seu consentimento, em vida, para a prática de tal ato (arts. 22.º e 23.º da LPMA). No entanto, em fevereiro do presente ano, fruto de uma reportagem elaborada pela TVI, que indignou o país quanto à impossibilidade de inseminação artificial *post-mortem*, quando, o marido *de cuius* expressou a sua vontade para tal, elaborou-se uma petição para levar a lei da PMA à Assembleia para que, nesta matéria, fosse revista.

ao homem que se autonomiza daquela técnica dado que esta injeção pode consistir na recolha de espermatozoides através de uma amostra de sémen ou de biópsia testicular (para os casos de azoospermia obstrutiva ou azoospermia secretora⁸⁴), para depois se transferir um único espermatozoide para o interior do citoplasma do óvulo⁸⁵ prosseguindo-se, depois, com as regulares etapas de fertilização “*in vitro*”. Esta técnica é indicada para casos em que o homem tem problemas de fertilidade mais severos - como reduzido número, dificuldade de mobilidade ou má morfologia de espermatozoides, ter sido submetido a prévia vasectomia, padecer de doenças infecciosas ou infertilidade de causa imunitária, ou ter fracassado o recurso a técnicas de fertilização “*in vitro*” e/ou inseminação intrauterina - uma vez que possibilita a união direta entre o espermatozoide e o óvulo⁸⁶, sem que aquele tenha de efetuar o seu percurso normal. Não obstante, a taxa de sucesso é semelhante à da fertilização “*in vitro*”, sendo que, nos casos mais graves em que se utiliza a biópsia testicular, apenas ronda os 17%⁸⁷.

d) Transferência Tubar de Gâmetas (GIFT), de Zigotos (ZIFT) ou de Embriões (TET).

Na primeira⁸⁸, recolhem-se os gâmetas - no caso do homem através de métodos naturais (masturbação), ou cirúrgicos (métodos de punção aspirativa TESA - nos testículos - ou MESA - nos epidídimos) e, na mulher, através de cirurgia laparoscópica⁸⁹ – que serão tratados e selecionados em laboratório para posterior transferência –por um cateter de agulha fina que perfura o abdómen da mulher - para as trompas de Falópio para que aí ocorra a fecundação e toda a gestação através dos processos naturais. Estamos perante, então, de uma fertilização “*in vivo*”.

A *transferência tubar de zigotos (ZIFT)*, após extração dos gâmetas através de métodos referidos *supra*, “(...) consiste na introdução de um zigoto no 1/3 externo da

⁸⁴ Cfr. Associação Portuguesa de Fertilidade

⁸⁵ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 335

⁸⁶ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *Direitos Reprodutivos*, ob. cit., p. 119.

⁸⁷ Cfr. Associação Portuguesa de Fertilidade

⁸⁸ Cfr. Associação Portuguesa de Fertilidade; REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 336, CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, p. 8

⁸⁹ PIRES, Luz Céu, *Novas Tecnologias do Nascimento...*, ob. cit., p. 427, “na GIFT a colheita é feita apenas por laparoscopia porque só este método permite a visualização das trompas, o que é indispensável para a transferência dos gâmetas feminino e masculino para a trompa (idealmente 2 oocitos em cada trompa)”.

trompa, 24 horas após a colheita de oócitos”⁹⁰. Assim sendo, a fecundação dos gametas processa-se laboratorialmente – “*in vitro*” – sendo realizada posteriormente a sua transferência para as trompas de Falópio, o que permite ter “a vantagem, relativamente à GIFT, de se poder confirmar que há fertilização”⁹¹. A transferência tubar de embriões (TET), baseia-se no mesmo procedimento apenas se distinguindo daquela pelo período de cultura dado que na primeira temos uma fase de fecundação oocitária e nesta temos já uma clivagem embrionária⁹².

e) Diagnóstico Genético Pré-Implantação (PGT)

O teste genético de pré implantação (PGT)⁹³ acompanha todos os procedimentos da FIV mas tem como escopo a análise de embriões fecundados “*in vitro*” para a deteção de doenças genéticas ou anomalias que os possam afetar (art. 28.º, n.º 1 da LPMA). Consiste, então, num diagnóstico pré-natal para que se consigam selecionar e, posteriormente, transferir para as trompas apenas embriões saudáveis a fim de evitar complicações ou doenças graves⁹⁴. Naturalmente, se pode questionar qual o leque de doenças que aqui são abrangidas? Qual o âmbito deste conceito indeterminado de “doença muito grave” e em que parâmetros se baseia? E que implicações sociais poderá constituir esta pré-seleção? Se todos recorressem às técnicas de PMA como forma de procriação deixariam de existir certas anomalias e deficiências colocando-se o perigo de intolerância da sociedade para com quem, eventualmente, as porta. A possibilidade de detetar anomalias permite que o mesmo também ocorra quanto ao sexo do embrião e a outras características que, quando desenvolvido, poderá ter. Tal conhecimento não poderá aliciar a uma seleção eugénica para uma “produção” de

⁹⁰ Cit., *Idem*.

⁹¹ Cit., *Idem*.

⁹² Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 336, CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, p. 9

⁹³ O CNPMA, conselho criado com o fim de se debruçar e debater sobre questões éticas, sociais e legais que este tema levanta, determinou, em maio de 2019, na sua *Deliberação sobre testes genéticos pré-implantação*, p. 1, disponível online in http://www.cnpma.org.pt/profissionais/Documents/Deliberacao_PGT_MAI02019.pdf (consultado a 28/01/20) que “A evolução das técnicas de genética molecular e a necessidade de a nomenclatura traduzir mais rigorosamente a informação obtida no estudo embrionário pré-implantação levou a comunidade científica a substituir as designações de diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) e rastreio de aneuploidias pré-implantação pela designação mais abrangente de teste genético de pré implantação (PGT)...”,

⁹⁴ Como a síndrome de Down, de Edward, de Patau, de Klinefelter, de Turner, entre outros. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. *Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n. 8, 2007, p. 59-60

bebés com determinadas características que agradem os seus progenitores? Isso constituiria um abrir de portas a um mercado de “compras” para a satisfação de necessidades baseadas no puro egoísmo e já não no desejo de procriação – alicerce principal do escopo destas técnicas.

Por enquanto, a lei portuguesa acautelou estas situações protegendo o embrião e evitando um mercado livre que possa levar à instrumentalização da vida humana. Para evitar a eugenia, o CNPMA entendeu como doença grave “doenças que causam sofrimento significativo e/ou morte prematura”⁹⁵ devendo ter-se em conta os tratamentos disponíveis à data, a facilidade de adesão, a sua eficácia e a experiência do casal com familiares afetados⁹⁶. Por enquanto, determina este Conselho que as doenças graves terão de preencher cumulativamente vários requisitos – “causalidade genética (genética ou cromossómica) estabelecida; relação clara entre a presença da alteração genética a pesquisar e a existência (ou risco elevado) de doença nos indivíduos portadores (excluem-se, portanto, doenças multifatoriais e doenças de hereditariedade complexa); possibilidade técnica de identificação da alteração genética nos embriões ou ovócitos; fiabilidade do diagnóstico superior a 90%; risco de transmissão da doença genética à descendência significativamente superior ao verificado na população geral”. Sendo que “os requisitos (...) deverão ser atestados por escrito por um médico com a especialidade de Genética Médica”⁹⁷. Verifica-se, então, não uma restrição limitativa em termos de doenças possibilitadoras deste diagnóstico embrionário, mas uma abertura capaz de abarcar qualquer doença (atual ou futura) que venha a cumprir tais requisitos demonstrando-se, assim, que a questão da escolha do sexo do bebe como “preferência” não é, de todo, possível, fora os casos em que ao sexo esteja associada doença que cumpra estes requisitos. Não obstante, demonstra-se que esta técnica não procura mais apenas a fuga a eventuais situações de interrupção voluntária da gravidez, tornando-se atraente pela sua capacidade de encontrar os “genes mais desejáveis”⁹⁸.

⁹⁵ Cit., CNPMA, *Deliberação sobre testes genéticos pré-implantação*, p. 2, disponível online http://www.cnpma.org.pt/profissionais/Documents/Deliberacao_PGT_MAIQ2019.pdf

⁹⁶ Cfr. *Idem*

⁹⁷ Cfr. *Idem*, p. 3

⁹⁸ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *Pode trazer-me o menu, por favor?...*, ob. cit., p. 60

f) Gestação de Substituição

Por fim, resta referir um método de procriação que, podendo abarcar qualquer uma das técnicas acima referidas, tem suscitado grandes querelas éticas, morais e jurídicas que estão, ainda, longe de cessar. Falamos da *gestação de substituição*, “*um contrato pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos s direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de “mãe”*”⁹⁹. Assim se denota uma quebra na vénia ao biologismo na filiação que o nosso ordenamento jurídico estava habituado, e o “*o parto deixa de fornecer um critério biológico exclusivo (e, portanto, indiscutível) para a determinação da maternidade*”¹⁰⁰. Interessante é este método uma vez que permite a intervenção de vários sujeitos que se entrelaçam na realização de um projeto que não é comum. “Normalmente”, surge um casal que fruto de problemas de fertilidade ou infertilidade absoluta recorre a uma mulher para que esta carregue o filho que será tido como dos primeiros¹⁰¹. Mas várias são as possibilidades de intervenção de diversos sujeitos. Assim, pode a ela recorrer: a) uma mulher sozinha fecundando o seu óvulo, com espermatozóide de terceiro, que transferirá para a gestante b) ou utilizar gâmetas masculino e feminino cujo embrião é depois transferido para a gestante; c) um casal em que um dos elementos é infértil e recorre a terceiro dador de óvulo ou espermatozóide, que fecundará com o gâmeto proveniente do casal beneficiário e cujo embrião será transferido para a gestante, d) ou ainda, um casal em que ambos são inférteis e recorrem a dadores de espermatozóides e óvulos, que serão fecundados laboratorialmente e cujo embrião daí resultante será transferido para a gestante¹⁰².

Na redação originária, a Lei da PMA proibia o recurso à maternidade de substituição independentemente do seu carácter gratuito ou oneroso (art. 8.º) estipulando, para os casos

⁹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (uma), Duas!*, ob. cit., p. 9. Definição que, anos mais tarde, a Lei que regula a utilização das técnicas de PMA – Lei n.º 32/2006, de 26 de junho – veio aderir definindo-a, no seu art. 8.º, n.º 1 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”.

¹⁰⁰ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (uma), Duas!*, ob. cit., p. 75; OLIVEIRA DE ASCENÇÃO, *Direito e Bioética*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), 1991, vol. 2, ano 51, p.457 nota que “*A lei refere o nascimento [no artigo 1796º CC] porque pressupõe sempre a coincidência entre quem gera e quem dá a luz; porque a lei funda como princípio a paternidade na derivação genética. Havendo uma hospedeira, a ligação genética falha, e não encontramos regra que permita fundar excepcionalmente a maternidade jurídica. Diríamos assim que a mãe hospedeira dá à luz, mas não é juridicamente mãe*”.

¹⁰¹ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 338; Art. 8º, nº7 da LPMA.

¹⁰² No nosso ordenamento jurídico, tal não é possível.

em que se estabelecesse um contrato oneroso nestes termos, pena de prisão até 2 anos ou pena de multa de 240 dias (art. 39.º, n.º 1). Apenas com a terceira alteração à lei da PMA – a Lei n.º 25/2016 – o nosso ordenamento jurídico veio permitir este método, não obstante os limites restritivos à sua aplicação: o seu carácter excecional e natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem (art. 8, n.º 2); um dos gâmetas utilizados ser de um dos beneficiários, não podendo a gestante ser cumulativamente dadora (n.º 3) e a prévia autorização do CNPMA para a celebração deste negócio (n.º 4). A admissibilidade deste método de procriação é, também ela, alvo de aceso debate questionando-se se não estará em causa uma violação do direito à integridade e desenvolvimento da personalidade da gestante na sua conexão com o princípio da dignidade humana por ser a mulher gestante utilizada como um meio para atingir um fim¹⁰³.

3. O Princípio da Subsidiariedade e os Beneficiários das Técnicas de PMA

Após enunciadas as técnicas admitidas no nosso ordenamento jurídico, segue a Lei da PMA estabelecendo as condições de acesso às mesmas, condições essas que se podem agrupar em critérios objetivos e subjetivos

A Lei n.º 36/2006, de 26 de julho estipulou como princípio limitador em matéria de PMA o carácter subsidiário, e não alternativo, destas técnicas (art. 4.º, n.º 1) tendo por base o entendimento de que o recurso a elas só se fundamentaria em “*diagnóstico de infertilidade, ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave¹⁰⁴ ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*” (n.º 2). Este entendimento de

¹⁰³ Neste âmbito veja-se, OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (uma), Duas!*, ob. cit.; RAPOSO, Vera Lúcia, *Direitos Reprodutivos*, ob. cit., pp. 125-128; RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe para mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, 2005, pp. 45-61; o Ac. TC 101/2009, Processo n.º 963/06, in Diário da República, 2.ª série, N.º 64, 1 de Abril de 2009, pp. 12468-12469, disponível online <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>; Ac. TC de n.º 225/2018, Processo n.º 95/17 (Relator: Conselheiro Pedro Machete), in Diário da República, 1.ª série, N.º 87, 7 de maio de 2018, pp. 1885-1979, disponível online <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>; o Ac. TC 465/2019, Processo n.º 829/2019, in Diário da República, 1.ª série, N.º. 201, pp. 117-137; entre outros diplomas relevantes

¹⁰⁴ Esta possibilidade é geradora das questões supra enunciadas quando nos referimos ao diagnóstico genético de pré-implantação pois um caráter indeterminado poderá condicionar a dignidade da pessoa humana e a não instrumentalização do ser humano. Neste sentido, veja-se, OLIVEIRA, Guilherme de, *Beneficiários da Procriação Assistida*, in “*Temas de Direito da Medicina*”, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005, p. 42. Não obstante, vimos já como o CNPMA tem entendido esta condição e a própria LPMA estipula, no art. 7.º, n.º 2 que estas técnicas “*não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo*”. O Acórdão do TC n.º 101/2009, de 1 de abril reconheceu a existência de um alargamento amplo das condições de acesso não encontrando inconstitucionalidade nesta norma dado que a escolha do sexo só se verifica na situação de haver possibilidade de transmissão de doença.

subsidiariedade vem reforçar que o regime regra será o da constituição da relação de filiação através do critério biológico, ou seja, fruto de uma relação sexual, secundarizando a relação que se poderá constituir afetivamente pela PMA heteróloga.

Deste modo, estas técnicas surgem como solução para suprir a impossibilidade de, através de ato sexual, se conseguir constituir, frutífera e saudavelmente, a dita relação de filiação, demonstrando que em nada se distancia do objetivo primário da PMA – a capacidade de combater ou superar uma condição natural incapacitante de gerar vida.

Esta lei possuía como condição objetiva, no seu art. 4.º, diagnósticos médicos, legítimos passaportes que se fundamentavam em condições anómalas dos sujeitos beneficiários, deixando de lado a sua pura vontade no recurso a elas¹⁰⁵. Assim, aliado a este elemento objetivo o legislador apressou-se a determinar os beneficiários¹⁰⁶ restringindo-os apenas a casais heterossexuais unidos por matrimónio ou por união de facto, desde que atingida a maioridade legal e não declarados interditos ou inabilitados por anomalia psíquica¹⁰⁷ (art. 6.º).

a) O Alargamento Subjetivo e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade

Esta restrição de beneficiários foi alvo de grandes críticas, elevando-se vozes¹⁰⁸ face a uma patente violação do princípio da igualdade no acesso a estas técnicas por parte das

¹⁰⁵ Era nesta limitação de uma vontade absoluta que se baseava o carácter subsidiário da PMA “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 interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido através da PMA (...)” Cit. CAMPOS, Diogo Leite de, *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*, in ROA, Ano 66, Vol. III, dez. 2006, disponível online <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/> (consultado a 30/01/2020)

¹⁰⁶ Como nota ASCENÇÃO, José de Oliveira, *A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*, in ROA, N.º 3, Ano 67, 2007, o legislador não pareceu querer dar a tônica à biologia nestes métodos de constituição da filiação quando, ao designar as pessoas que a elas poderiam aceder escolheu não empregar os termos “pais ou progenitores”, mas sim o de “beneficiários”, estendendo-se o alcance destas técnicas a uma PMA heteróloga em que, inclusive, torna possível uma eventual dação de ambos os gâmetas, considerando estes pais como “pais de destinação” ou “sociais”, mas verdadeiros pais.

¹⁰⁷ Disposição que, em caso de violação, é suscetível de condenar a pena de prisão de 2 a 8 anos quem aplicasse qualquer uma das técnicas em estudo (art. 35.º).

¹⁰⁸ CARDOSO, A. Lopes, *Procriação Humana Assistida: Alguns Aspectos Jurídicos*, in ROA, Ano 51, Vol. 1, abril 1991, p. 10 assevera que “se há que considerar algo como inatural, será a falta de filhos e não tanto obtê-los ainda que à custa dos meios médicos e científicos disponíveis. (...) a proteger o carácter natural da família, mais deverá respeitar-se a sua autonomia, na qual cabe como particularmente íntimo e como direito de personalidade intocável, (...), a resolução do casal sobre o planeamento da família (...). Tem-se procurado sustentar, porém, que os argumentos atrás alinhados já não teriam valimento no caso de mulher não casada (...). Mas também se replica, e sem fácil resposta, que tal prescrição poria em causa liberdades individuais

demais mulheres, baseada numa discriminação em razão da sua orientação sexual¹⁰⁹ e do seu estado civil¹¹⁰. Parecia que o legislador ainda não estava pronto para abrir o acesso à paternidade às novas tipologias familiares que foram emergindo na sociedade portuguesa¹¹¹ (monoparentalidade ou biparentalidade homossexual), fruto de conceções moralistas e religiosas que questionavam o bem-estar e o pleno desenvolvimento da criança a nascer¹¹².

Não obstante, tendo em conta que a regulação destas técnicas e a possibilidade de recorrer a elas vem comprovar a existência de um direito à reprodução enquanto direito fundamental¹¹³ aliado ao direito a “constituir família” em condições de plena igualdade (consagrado no art. 36.º da CRP), e ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1 CRP), parece que limitar e determinar quem teria direito a ela naqueles termos seria, por certo, inconstitucional, pelo que o alargamento subjetivo do art. 4.º se tornava inevitável.

Assim, pela segunda alteração à Lei da PMA – Lei n.º 17/2016 de 20/06¹¹⁴, o n.º 1 do art. 6.º sofreu um aditamento, alargando-se subjetivamente a “*todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual*”.

Porém, perante esta abertura poderemos questionar-nos se terá passado o recurso às técnicas de PMA como método de ultrapassar uma doença, uma sentença de filhos com

basilares como são as de liberdade sexual ou de transmissão da vida, que, se podem merecer censura moral, não têm igual peso jurídico; do mesmo modo que não sofre perseguição a mãe solteira só por ter tido relações de sexo”; No mesmo sentido vão RAPOSO, Vera Lúcia, *Direitos Reprodutivos*, ob. cit., pp. 119-125, e PAMPLONA CORTE-REAL, *Os efeitos familiares e sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A)*, in CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.), «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles», Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, p. 356

¹⁰⁹ LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit., p. 35 considera que não está em causa uma “discriminação em relação à orientação sexual [nem] nenhuma violação do princípio da igualdade”. Asseverando que “*existe um fundamento material de diferenciação que não permite tratar da mesma forma casais heterossexuais e pares homossexuais: apenas os primeiros estão aptos a assegurar a nota da biparentalidade diferenciadora (...)*.”

¹¹⁰ Pelo contrário, a Lei Espanhola n.º 14/2006, de 26 de maio, disponível online <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN9282/3-9282>, no seu art. 6.1 dispõe que “*La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual*”

¹¹¹ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André Dias, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)*, *Lex Medicinæ*, Ano 3, N.º 6, 2006, p. 93

¹¹² RAPOSO, Vera Lúcia, *Direitos Reprodutivos*, ob. cit., p. 120

¹¹³ RAPOSO, Vera Lúcia, *Direitos Reprodutivos*, ob. cit., p. 113 considera que, os direitos reprodutivos - tidos como direitos de 4.º geração -, conjugam um direito a ter filhos e um direito a não os ter e fundamenta o direito a ter filhos com base noutros princípios consagrados constitucionalmente: o da intimidade e o da reserva da vida privada familiar (art. 26.º, n.º 1 CRP), o direito ao desenvolvimento pessoal (art. 26.º, n.º 1 CRP), o direito a constituir família (art. 36.º, n.º 1 CRP) e o da efetivação das condições que permitam a realização pessoal dos membros da família (art. 67.º, n.º 1 CRP). No mesmo sentido vai OLIVEIRA, Guilherme de, *Beneficiários...*, ob. cit., p. 36

¹¹⁴ *Diário da República*, Série I, n.º 116/2016, de 20 de junho de 2016, disponível online https://dre.pt/home/-/dre/74738646/details/maximized?p_auth=57fsVbIR (consultado a 10/02/2020)

graves doenças, ou de transmissão de doença para estes ou parceiro¹¹⁵, para mero método alternativo de aceder, sem mais, à maternidade? Ou pretende-se, na esfera da subsidiariedade, alcançar-se um mecanismo que a complemente e possibilite que estes novos sujeitos alcancem o seu projeto parental?

A verdade é que se verificou uma erosão ao princípio da subsidiariedade dado que ao estabelecer-se o seu acesso “*a todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”¹¹⁶ está-se a desvirtuar a verdadeira razão do surgimento destas técnicas – revelando-se não ser um obstáculo natural que se quer suprir mas um obstáculo provocado pela vontade do ser humano. E, na verdade, na natureza, nem uma mulher sozinha nem um casal de mulheres conseguem ser mães nestas condições.

Nota-se, então, que este alargamento apenas terá sentido nos casos de PMA de carácter heterólogo deixando-se de recorrer “*à mobilização de gâmetas de terceiros, por motivos que eram tradicionalmente a esterilidade, mas que, ultimamente, com as novas possibilidades trazidas pela cegonha da tecnociência, se alargaram*”¹¹⁷. Ou seja, a “*queda*”¹¹⁸ da subsidiariedade destas técnicas resultou de um duplo alargamento da sua incidência: médico – quanto aos motivos clínicos que, no caso das mulheres, se poderão tornar ausentes – e subjetivo – quanto às pessoas que dela podem beneficiar –, deitando-se por terra a tentativa de “*clonar*” as reproduções alcançadas por esta via com a reprodução natural. Enquanto esta terá como intervenientes e consequentes beneficiários um pai e uma mãe, a PMA permite, agora, uma reprodução com apenas uma mãe, ou até duas!

Não estamos, contudo, a querer dizer que se deva restringir esta possibilidade àquelas, mas apenas que devemos tomar consciência de que o obstáculo agora a ultrapassar não se prende somente com a impossibilidade natural de procriação pelos demais sujeitos que não estavam incluídos na redação originária da LPMA, mas com o de satisfazer um puro

¹¹⁵ Segundo PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 169, “*Nem parece que haja obstáculos, entre nós, ao uso da procriação assistida para evitar a transmissão do vírus de doenças graves, como é o caso da sida*”

¹¹⁶ A lei espanhola desde cedo tomou esta posição na sua Lei n.º 35/1988, de 22 de novembro que admite que qualquer mulher possa aceder à PMA vindo depois com a Lei n.º 14/2006, de 26 de maio, no seu artigo 6.º estipular que “*Toda a mujer mayor de 18 anos y com plena capacidade de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley (...)*”. Cfr. SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada* Coimbra: Editora, 1.º edição, março 2011, p. 28

¹¹⁷ Cit., LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit, p. 10

¹¹⁸ Note-se que no art. 4º, nº1 da LPMA se mantém que o recurso a estas técnicas é subsidiário e não alternativo

interesse dos beneficiários, deixando a criação de laços de paternidade nas mãos da ciência e não da natureza¹¹⁹.

A abertura destas técnicas a “todas as mulheres”, de forma a incluir casais de mulheres homossexuais e a mulheres sós, fez com que se perdesse o “caráter terapêutico”¹²⁰ da PMA, colocando-se de lado uma intervenção médica subsidiária exclusiva aos casos de infertilidade e situações de doenças genéticas em pares heterossexuais, abrindo-se um veículo capaz de satisfazer uma livre vontade em ter filhos sem mais encargos. Ou seja, o desejo que falámos no início do nosso estudo passa a estar revestido de um puro egoísmo nos casos em que estas mulheres recorrem à PMA para se privilegiarem do estatuto da maternidade, pois permite-lhes ter um filho e educá-lo “à sua imagem e semelhança” sem intervenção de outrem.

Mas tal será juridicamente reprovável se o interesse da criança não é posto em causa? Estaremos a reconhecer um direito ao filho¹²¹ que o torna objetificável e estilhaça o princípio da dignidade humana? Existirá um projeto parental ou apenas um mero “capricho” a poder, de qualquer modo e sem as responsabilidades de partilhar a educação da criança com outrem (no caso de recurso de mulheres solteiras), ou sem os anos de espera que o instituto da adoção implica, em se conseguir alcançar o estatuto de mãe/pai?

É importante notar que na base sustentadora de qualquer direito, em que se incluem os princípios *supra* indicados, deve estar como alicerce o princípio fundamental basilar de

¹¹⁹ Tal alargamento subjetivo, na ótica de alguns autores, levanta a ponderação do “superior interesse da criança”, interesse este que se revela como pedra de toque em todas as questões relacionadas com as mesmas e que deve limitar o direito de procriar quando tal interesse esteja em causa. Veja-se, no sentido de se excluir como beneficiários destas técnicas pares homossexuais ou pessoas singulares, por colocar em causa o desenvolvimento integral da criança, DUARTE, Tiago, *“In Vitro Veritas?”*..., ob. cit., p. 80. No mesmo sentido, com fundamento no princípio da família e no interesse do filho, LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?*..., ob. cit., p. 33; Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p.171

¹²⁰ Cit. OSSWALD, Walter, *As técnicas de Procriação Medicamente Assistidas*..., ob. cit., p. 8. Apesar de no nosso estudo só colocarmos, agora, a questão do recurso a estas técnicas por pares homossexuais e mulheres sozinhas, este autor recusa o recurso à PMA heteróloga no seu todo, colocando a tónica da sua posição no critério biológico das relações de filiação e de o recurso a elas não curarem, de facto, a esterilidade, apenas a contornando para a obtenção de uma gravidez com sucesso, o que mantém os problemas conjugais afetos à condição de esterilidade, cria “*desequilíbrios afetivos*” e reduz a criança a uma mera terapia, pondo em causa os princípios do “*respeito pela vida e integridade de todos os seres humanos, defesa da sua autonomia e dignidade, liminar recusa da sua instrumentalização*”. Cfr. *Idem*, p. 9-11.

¹²¹ Segundo OLIVEIRA, Guilherme de, *Beneficiários* ..., ob. cit., pp. 33 e 39, este direito ao filho demonstra-se como “*uma pretensão «de meios» em vez de uma pretensão «de resultados»*”, concluindo que “*o «direito ao filho» pode ser entendido como um direito fundamental de todos os cidadãos, sob a forma de uma liberdade constitucional, impondo ao Estado o dever de se abster e a obrigação de assegurar as condições mínimas de exercício; não poderá falar-se, por enquanto, num direito fundamental a prestações, num direito social à procriação assistida*”.

qualquer estado de Direito – a dignidade da pessoa humana. Neste âmbito, este princípio expressa-se no art. 67.º, n.º 2, al. e) da CRP que dispõe “*Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família (...) regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”, e é reforçado no seu art. 26.º, n.º3: “*A lei garantirá a dignidade pessoal e (...) nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*”.

A lei terá de abarcar, portanto, os beneficiários introduzidos com a alteração legal da LPMA pois que não se vê onde é posta em causa a dignidade dos novos beneficiários (enquanto membros da família que o Estado deve proteger) – já que lhes é permitido cumprir o desejo a procriar e constituir família –, nem a do eventual filho concebido nestes moldes – uma vez que se se considerar que a sua dignidade é violada por não manter uma relação familiar “tradicional”, e que tal coloca em xeque o seu superior interesse, refutamos esse entendimento por o art. 3.º, n.º 2 da PMA proibir qualquer “*discriminação (...) no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA*”¹²², e a CRP condenar a discriminação em relação a orientação sexual. Pelo que tal, como não se pode impedir os homossexuais de serem pais pela razão da sua orientação sexual, também não se poderá discriminar a criança pelo facto de os ter como pais ou de ter apenas uma referência parental. Para além disso, não há estudos que comprovem fielmente que ser-se criado por um casal homossexual ou por um sujeito só, põe em causa o bem-estar mental, físico e emocional do eventual ser a conceber – pelo menos de um modo que supere o normal desequilíbrio inevitável de qualquer relação entre pais e filhos.

Assim, incluindo o direito a constituir família um direito a ter filhos¹²³ e sendo, nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS “*o direito a procriar (...) uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, (...) uma liberdade fundamental, (...) que é, e deve ser assegurada por constituições e lei ordinárias*”¹²⁴, consideramos que esteve bem o legislador em ampliar o âmbito subjetivo destas técnicas.

¹²² Proibição essa que é reforçada pelo n.º 5 do art. 15.º em que se proíbe a menção no assento de nascimento de que a criança nasceu da aplicação destas técnicas

¹²³ Cfr. AZEVEDO, Luis Eloy, *O Direito da Procriação, entre a ordem e o caos*, in Revista do Ministério Público, Ano 23, n.º 90, abril/junho 2002, p.98. Não obstante, o autor não tutela uma aplicação deste direito a ter filhos de forma absoluta, colocando de lado, por exemplo, a monoparentalidade.

¹²⁴ CAMPOS, Diogo Leite de, *A procriação medicamente assistida heteróloga...*, ob. cit. No entanto, o autor revela-se contrário à adoção de PMA heterólogas, considerando inaceitável a disposição do n.º 2 do art. 10º da Lei n.º 32/2006, e daí, como veremos, considera o anonimato do dador inconstitucional.

As objeções a esta abertura subjetiva tinham por base meros juízos moralistas que se tornavam obsoletos. Além de nas “relações familiares tradicionais” não ser incomum crianças serem criadas e sustentadas apenas por um dos progenitores (fruto de divórcios, morte de um dos pais ou simples desinteresse parental), já o instituto da adoção admite o estabelecimento de relações de paternidade homossexuais ou de paternidade singular¹²⁵, pelo que não faria sentido a diferença de tratamento entre os dois institutos¹²⁶.

Assim, não nos parece que a reivindicação de um alargamento subjetivo neste âmbito, se revele como mero “capricho” dos sujeitos que agora se vêm englobados neste artigo até porque, não obstante, a lei não eliminou o critério da subsidiariedade.

Deste modo, o que importa de facto verificar são os casos em que fora do diagnóstico de infertilidade, de doenças graves ou de possível risco de transmissão das mesmas (tanto para o embrião como para os intervenientes), o recurso a estas técnicas se abre dado que o art. 4.º, n.º 3 veio permitir a utilização da PMA “*a todas as mulheres*”.

De facto, sendo os critérios de subsidiariedade a infertilidade ou uma eventual doença transmissível (art. 4.º, n.º 2 da LPMA), estes não estão, por certo, completamente alienados destes novos sujeitos.

Quanto ao primeiro, não se pode deixar de parte as mulheres diagnosticadas com infertilidade, mas que, por opção de vida, estão sozinhas. A recusa do seu recurso a estas técnicas equivaleria a determinar como critério de acesso o estado civil das pessoas, passando a ser este o entrave para ultrapassar a restrição à PMA e não o critério base destas

¹²⁵ Desde 2015, pela redação da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, que o art. 1979.º, no seu n.º 1 estipula que “*Podem adotar duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos*”, não fazendo distinção em razão da orientação sexual dos adotantes, incluindo-se, ainda, as pessoas que vivam em união de facto (por força do art. 7.º da Lei n.º 7/2001 que Adota Medidas de Proteção da União de Facto, publicado em *Diário da República*, n.º 109/2001, Série I-A de 2001-05-11, disponível online <https://dre.pt/pesquisa/-/search/314194/details/maximized> (consultado a 10/02/2020)). Já no seu n.º 2, o CC, na mesma redação, rege a adoção quanto à sua modalidade singular: “*Pode ainda adotar quem tiver mais de 30 anos ou, se o adotando for filho do cônjuge do adotante, mais de 25 anos*”.

¹²⁶ Contra a invocação deste argumento de tratamento igualitário dos beneficiários entre a adoção e a PMA, pelo facto de aquela ser um “remédio jurídico” veja-se AZEVEDO, Luis Eloy, *O Direito da Procriação*, ob. cit., p. 100. No entanto, não consideramos que se deva olhar para a adoção como uma caridade feita à criança ou como “*um paliativo para o infortúnio de crianças carentes do convívio próximo com os seus progenitores*” (cit. SILVA PEREIRA, Maria Margarida da, *Direito da Família*, Nova Causa, Edições Jurídicas, 2016, p. 471). Assim, a tomar a adoção como um remédio jurídico para a criança para validar a adoção singular ou por casal homossexual, também podemos alegar que a PMA se torna um remédio científico, que o permite na mesma medida. Contra a monoparentalidade e a comparação da adoção singular com a PMA por mulher sozinha veja-se LOUREIRO, João, *Filho(s) de um gameta menor?...*, ob. cit., pp. 33-36 que considera que “*põe em causa o principio da familiaridade*” dado que “*não se trata nem da “desventura” do órfão nem da “injustiça” sofrida pela criança abandonada*”, complementando que “*pode crescer-se órfão ou como um órfão, mas não se deve admitir que o direito autonomize a criação, por via da procriação medicamente assistida, órfãos ab initio*”. No mesmo sentido vai PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., pp. 177-178.

técnicas – a infertilidade. Desta feita, não é lícito que, mantendo-se o caso de mulher sozinha, mas que não lhe seja diagnosticada infertilidade lhe seja imposta, como único subterfúgio à possibilidade de alcançar a maternidade através destas técnicas, uma relação com quem não pretenda estabelecer uma relação familiar ou projeto parental pois tal seria revelador de um atentado à dignidade e autodeterminação pessoal. Quanto ao segundo requisito, igualmente não será legítimo que se vede este acesso a uma mulher que queira alcançar a maternidade sozinha por não possuir qualquer doença, sentenciando-a a práticas que ponham em risco a sua saúde. Isto porque, para que a gravidez se gere, teria de se relacionar com parceiros não estáveis aumentando a probabilidade de contrair alguma doença sexualmente transmissível¹²⁷ que possa, inclusive, ser passível de transmissão para o embrião o que, por ironia do destino, já lhe abriria o acesso a elas.

De igual modo se chega à mesma conclusão, por analogia de raciocínio, relativamente às mulheres homossexuais. A própria CRP protege-as quando, no seu art. 13.º, n.º 2 dispõe que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de (...) orientação sexual”¹²⁸. Deste modo, não seria legítimo o impedimento de acesso a uma PMA na sua dimensão heteróloga, fruto de um critério sexual dos potenciais beneficiários. Estar-se-ia a transferir a tónica dos critérios guias no acesso à PMA para *orientação sexual*¹²⁹ dos intervenientes, direito protegido na nossa lei fundamental, que poderia ser posto em causa em duas frentes: impedindo-se o acesso à PMA heteróloga com recurso a dadores (apenas de gâmetas masculinos ou dos dois géneros) vedar-se-ia, assim, a possibilidade de se alcançar a maternidade, ou implicaria uma relação heterossexual que, violadora da sua integridade e identidade pessoal¹³⁰, obrigaria a um relacionamento contra a sua natureza.

¹²⁷ Como bem assevera RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à imortalidade...*, ob. cit., p. 731, nota 2192, para que tal não sucedesse, a mulher teria de deixar claro o seu objetivo em se envolver com determinado sujeito para que, assim, pudesse verificar o estado de saúde do mesmo, correndo o risco de, mais tarde, ele vir reclamar direitos parentais.

¹²⁸ Debruçando-se sobre “a não discriminação em razão da orientação sexual na Constituição da República Portuguesa”, veja-se BELEZA, Teresa Pizarro e MELO, Helena Pereira de, *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*, Revista do Ministério Público, n.º 123, julho/setembro 2010, pp. 18-22, disponível online https://rmp.smmmp.pt/wp-content/uploads/2010/11/123_2pp_3.Discriminacao.pdf (consultado a 13/02/2020)

¹²⁹ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à imortalidade...*, ob. cit., p. 730

¹³⁰ Cfr. Bloco de Esquerda, Projeto de Lei n.º 36/XIII (1.ª): “Garante o acesso -de todas as Mulheres à Procriação Medicamente Assistida (PMA) e regula o acesso à Maternidade de Substituição, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro”, 19 de novembro de 2015, *Diário da República*, II Série – A, n.º 9, p. 6, disponível online

Nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, a “*comum conceção destas técnicas como método subsidiário não serve de justificação bastante à exclusão legal, na medida em que é muito complicado (...), que os sujeitos singulares ou homossexuais se possam reproduzir naturalmente em condições que os não exponham à transmissão de doenças sexualmente transmissíveis (...), nem impliquem uma violação de princípios básicos do seu modo de vida (...). Não é exigível a estes sujeitos que adotem comportamentos com esta carga de violência*”¹³¹.

Foram estas linhas orientadoras – a orientação sexual dos indivíduos e o estado civil dos mesmos – que trouxeram o foco à violação patente do princípio da igualdade consagrado no art. 13.º da CRP e que permitiu, com as reflexões das várias bancadas parlamentares¹³², que se procedesse à tão esperada alteração da lei no âmbito subjetivo.

Feita a alteração, numa primeira leitura do novo texto legislativo, o recurso às técnicas de PMA parece deixar de ter como princípio hirto a sua subsidiariedade dado que, aparentemente, o legislador faz cair o entendimento que este exigiria um diagnóstico médico de infertilidade ou doença transmissível que agora se tornava dispensável para o seu acesso, vindo o aditamento do n.º 3 do art. 4º contrariar o seu n.º 1 e 2. Perante tal paradoxo, indagamos se tal solução implicará uma futura revogação do art. 4º nestes seus números¹³³ ou uma alteração do seu n.º 1 no sentido de caracterizar estas técnicas de PMA como um método complementar¹³⁴ ou alternativo da procriação.

<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/009/2015-11-19/5?pgs=510&org=PLC&plcdf=true>
(consultado a 13/02/2020)

¹³¹ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à imortalidade...*, ob. cit., pp. 730-731

¹³² Os partidos PS, BE, PAN e PEV baseavam-se nos mesmos argumentos para legitimar o alargamento subjetivo da Lei n.º 32/2006: a violação do princípio da igualdade fruto do caráter restritivo da lei e da discriminação dos critérios nela definidos com base no estado civil e orientação sexual dos beneficiários, a violação do direito a constituir família e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Veja-se os projetos de Lei de cada partido – PS Projeto de Lei n.º 6/XIII (1.ª), *Diário da República*, II Série – A, n.º 1, pp. 12-15, disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/001/2015-10-23/12?pgs=1215&org=PLC&plcdf=true>; PAN Projeto de Lei n.º 29/XIII (1.ª), *Diário da República*, II Série – A, n.º 8, pp. 8-10 disponível online: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/008/2015-11-13/8?pgs=810&org=PLC&plcdf=true%2C>; BE Projeto de Lei n.º 36/XIII (1.ª) pp. 5-10, disponível online <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/009/2015-11-19/5?pgs=510&org=PLC&plcdf=true>; do PEV Projeto de Lei n.º 51/XIII (1.ª), *Diário da República*, II Série – A, n.º 10, de 20 de novembro de 2015, pp. 37-39, disponível online: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/010/2015-11-20/37?pgs=3739&org=PLC&plcdf=true%2C> (todos consultados a 13/02/2020)

¹³³ Neste sentido vai a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 36/XIII (1.ª) do BE no seu ponto 2, p.5

¹³⁴ A considerar como método complementar, por certo que se terá de retirar a obrigatoriedade de diagnóstico médico de infertilidade ou de doença transmissível prevista no n.º 2. Cfr. Ponto 2 da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 29/XIII do PAN, p. 8. No mesmo sentido vai a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 51/XIII (1.ª) do PEV, no ponto 1, p. 37 e a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 6/XIII do PS, p. 13, mas

Parece-nos que não será necessária uma interpretação rígida deste preceito, mas sim conciliadora das duas situações que o nosso legislador nos apresentou, não se revogando a subsidiariedade inerente do recurso a estas técnicas, mas permitindo que estas sejam acessíveis às novas beneficiárias¹³⁵.

Desta forma, o princípio da subsidiariedade manterá o seu escopo inicial em duas situações: a) no âmbito de uma relação heterossexual, na escolha direta entre o recurso à PMA homóloga ou à PMA heteróloga, e b) nos casos de gestação de substituição. No primeiro caso, tal é explícito por força da letra da lei que estabelece um recurso a gâmetas ou embriões doados por terceiros apenas “*quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gâmetas*” (art. 10.º, n.º 1); “*É permitida a inseminação com sémen de um dador quando não puder obter-se a gravidez de outra forma*”. (art. 19.º, n.º 1); o mesmo se exigindo para a fertilização “*in vitro*” com gâmetas de dador (art. 27.º) e as demais técnicas de PMA que impliquem o recurso a dador (art. 47.º)¹³⁶. No segundo, o mesmo se verifica dada a menção expressa do seu caráter excecional e das limitações físicas que estabelece: “*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*”¹³⁷ (art. 8.º, n.º 2). Apesar de a lei apenas se ter alargado ao género feminino, com a possibilidade de se recorrer às barrigas de aluguer depressa chegaremos, de novo, a um alargamento subjetivo de forma a poder abarcar qualquer sujeito, levando a que homens sós e pares homossexuais masculinos alcancem a paternidade, desde que não se viole o requisito de pelo menos um dos gâmetas utilizados pertencer a um dos beneficiários (n.º 3).

que impõe como critérios limitadores “*a maioria, a ausência de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e a prestação de consentimento informado*”.

¹³⁵ De facto, o Parecer n.º 87/CNECV/2016 acaba por não categorizar a PMA em alternativo, complementar ou subsidiário considerando, até, que não houve, verdadeiramente, um alargamento subjetivo mas sim um reforço no reconhecimento de que as mulheres são as verdadeiras beneficiárias destas técnicas e que a todas elas deve estar aberta esta possibilidade. Veja-se Parecer n.º 87/CNECV/2016, CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1.ª) PS, 29/XIII (1.ª) PAN, 36/XIII (1.ª) BE e 51/XIII (1.ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS)*, pp. 11-12, disponível em <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF16/012470%20CNECV%20parecer%2087.CNECV.2015.pdf> (consultado a 14/05/20)

¹³⁶ Sublinhado nosso

¹³⁷ Sublinhado nosso

Surgirá a alternatividade destas técnicas para as mulheres que se revejam já fora do âmbito de uma relação heterossexual - ou seja, nos casos de mulheres sós ou que mantenham uma relação com outra mulher - abrindo-se o recurso à PMA também a estas por, de facto, não existir um parceiro masculino possibilitador de uma procriação pelo método “natural” o que justifica o aditamento do preceito “independentemente do diagnóstico de infertilidade”. Deste modo, complementam-se as duas soluções no âmbito das técnicas de PMA, mantendo-se o seu carácter subsidiário mas apresentando-se uma alternativa para estes novos sujeitos.

Claro que o alargamento subjetivo e o desenvolvimento das técnicas para que se conseguisse alcançar resultados positivos e que permitissem quebrar a barreira do destino natural a uma sentença de infertilidade se revela uma conquista suprema do homem, mas não podemos ser ingénuos ao ponto de tal evolução se revelar como mero ato de pura generosidade para com aqueles que padecem deste mal. Na verdade, para além de todos os valores e princípios jurídicos que estão na sua base, as evoluções legislativas nesta matéria, onde se engloba o alargamento subjetivo, têm como grande aliada uma forte justificação científica (o alcançar de uma vitória humana sobre a natureza) mas também uma rentabilidade económica dado que a ciência apenas tem pernas para se desenvolver porque existe um interesse e investimento económico que tem na sua base interesses políticos¹³⁸.

4. Consentimento

Estipula o art. 14.º da lei em análise que para que a técnica de PMA escolhida possa ser aplicada é necessário que os beneficiários prestem o seu consentimento de forma livre, esclarecida, expressa e por escrito perante o médico responsável. Este consentimento reporta-se a ambos os beneficiários: é exigível o consentimento da mulher que gerará a criança, o do cônjuge/unido de facto e, ainda, o dos dadores de gâmetas tanto na sua recolha como na sua utilização, estipulando-se sanções criminais no art. 42.º (1 a 8 anos de prisão) aquando da transgressão deste preceito que se justificam pela “violação da integridade

¹³⁸ Cfr. HARARI, Yuval Noah, *Sapiens, História Breve da Humanidade*, ob. cit., pp. 319 e 321. No mesmo sentido vai ASCENÇÃO, José de Oliveira, *A Lei N.º 32/06,...* ob. cit., “*neste domínio se perfilam hoje interesses milionários, como aliás em todo o sector da saúde. O lobby da liberalização é muito poderoso e ativo e tem entrada franca nos meios políticos e na comunicação social. As preocupações éticas surgem naturalmente como um empecilho à expansão empresarial. Isto explica o carácter ambíguo da lei, que é destinada a permitir muito mais do que aparenta*”.

física” – na eventual recolha forçada ou coagida de material genético - e “do direito à autodeterminação”¹³⁹ – na sua utilização não autorizada - do dador¹⁴⁰.

No nosso contexto, “*este «consentimento» expressa o exercício de direitos (o direito a dispor do próprio corpo, no caso do dador de gâmetas e da mãe de substituição; o direito de dispor do corpo, o direito reprodutivo e o direito a formar família, no caso dos beneficiários das técnicas) e a realização de bens juridicamente tutelados (a autodeterminação, nas suas várias vertentes)*”¹⁴¹.

Para que o consentimento possa ocorrer e respeite tais direitos, os beneficiários devem ser previamente informados, por escrito, dos benefícios e riscos que correm e das implicações éticas, sociais e jurídicas da aplicação destas técnicas (n.º 2). Terá de existir “*um diálogo entre um doente e o médico em que ambos trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção*”¹⁴² permitindo, assim, que o consentimento seja fruto de uma decisão ponderada e refletida.

Na PMA heteróloga, quanto ao marido/unido de facto, este diálogo é deveras importante para que ele tenha consciência de que, ao consentir uma procriação em que não intervém geneticamente, se gerarão os mesmos efeitos jurídicos relativos à paternidade na sua esfera jurídica como se de contrário interviesse¹⁴³.

Segundo o art. 20.º, n.º 1 “*Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja*

¹³⁹ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit., p. 29. No mesmo sentido, SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação...*, ob. cit., p. 86

¹⁴⁰ Não obstante, como bem refere RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 867 e 869, só nos casos de PMA homóloga é que a questão da utilização não consentida do seu gâmeta se coloca e resulta em consequência criminal, dado que nos casos em que o dador é terceiro estranho ao casal não se verifica uma violação do seu direito à autodeterminação porque ao fazer a doação saberia já do destino a dar à sua dádiva, pelo que “*abdica de qualquer direito sobre o seu material genético*”.

¹⁴¹ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 865, nota 2595

¹⁴² Cit. DIAS, João Álvaro, *A Procriação Assistida...*, ob. cit., p. 281. Continua o autor explicando que “*...o princípio do consentimento esclarecido significa que o médico que se propõe a efetuar um tratamento ou intervenção sobre um doente deve dar-lhe suficiente informação sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos coenvolvidos, quais os efeitos colaterais ou mal-estar daí resultantes,, quais as alternativas disponíveis, porque é que o tratamento escolhido é, (...), o melhor para o doente (...). Tudo de molde a que um doente de razoável inteligência e instrução médica possa compreender e fique habilitado a tomar uma decisão razoavelmente inteligente...*” (p. 282)

¹⁴³ Como visto, estipula o art. 1839.º, n.º 3 do CC que “*Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”.

casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo". Este consentimento prestado revela-se num mecanismo de produção dos efeitos legais de filiação que aquela inseminação gerará na esfera jurídica do cônjuge/ unido de facto não inseminado e que não participou biologicamente no processo.

Daí se entende a necessidade de um consentimento de carácter volitivo¹⁴⁴ e bem esclarecido uma vez que ao contrário da prevalência que o nosso ordenamento jurídico revela quanto à biologia - que permite, mesmo contra a vontade do sujeito, a estipulação da paternidade fruto de uma ação de investigação da mesma -, a filiação não se estipula, na PMA, com base nos laços de sangue¹⁴⁵ mas na atribuição deste vínculo através de uma presunção legal de paternidade¹⁴⁶ resultante do requisito do consentimento válido que, só quando ignorado, adquire carácter ilidível e permite a impugnação do estabelecimento da paternidade (art. 20.º, n.º 4).

De notar que o consentimento prestado pelos beneficiários enquanto casal é livremente revogável por qualquer um deles ou pela beneficiária (no recurso a estas técnicas por mulher só) até ao início dos processos terapêuticos da PMA (art. 14.º, n.º 4). Se se permitisse uma posterior derrogação do consentimento, além de se colocar em causa o superior interesse da criança gerada, tal constituiria um *abuso de direito* ou *venire contra factum proprium*¹⁴⁷ por parte do cônjuge/unido de facto que, ciente dos efeitos do seu consentimento, recuou já tardiamente, implicando um "*voltar com a paternidade atrás*"¹⁴⁸ - o que se revela inadmissível.

¹⁴⁴ Cfr. DUARTE, Tiago, "*In Vitro Veritas?*"..., ob. cit., p. 59

¹⁴⁵ Dispõe o art. 21.º que "*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*".

¹⁴⁶ Cfr. SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação...*, ob. cit., p. 110

¹⁴⁷ Neste sentido, vai o Ac. TC nº 101/2009, remetendo para PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de, com colaboração de Rui Moura Ramos, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da filiação, Adoção, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 143; ALMEIDA, Moitinho de, *La filiation dans la réforme du Code Civil Portugais du 25 novembre*, 1977, BMJ, n.º 285, p. 22; OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1998, p. 352, asseverou que "*Essa é, de resto, uma regra que se explica à luz da figura do abuso de direito. Seria contrário à boa fé que quem aceitou um processo de inseminação heteróloga para solucionar o seu próprio problema de esterilidade, conformando-se com a investidura na função social de pai, apesar de não ser o progenitor biológico, venha depois contestar o vínculo de filiação*".

¹⁴⁸ Cit. DUARTE, Tiago, "*In Vitro Veritas?*"..., ob. cit., p. 62

Caso haja impugnação da paternidade com fundamento em não consentimento não se admitirá uma ação de investigação da paternidade e o estabelecimento da paternidade do dador de gâmeta¹⁴⁹, sendo apenas lavrada a inscrição da maternidade¹⁵⁰.

¹⁴⁹ “O Ministério Público investigará, mas não com vista a determinar quem é o pai biológico da criança, e apenas com o fim de determinar a existência de consentimento livre e sério, observando-se o disposto nos arts. 1864º a 1866º (art. 20º, n.º 4 da lei em causa)”, Cit. MELO, Helena de, *O direito ao conhecimento da origem genética*, in Revista do Ministério Público, n.º 142, abril/junho 2015, p. 39

¹⁵⁰ O TC, no seu acórdão n.º 101/2009, p. 12464 nota que conjugando o art. 5º, n.º 1 com o art. 34º da LPMA “para além das consequências penais, [há] a impossibilidade do funcionamento do regime de filiação que decorre das mencionadas regras dos artigos 20.º, n.º 1, e 21.º, quando a utilização da técnica de PMA aqui em causa ocorra fora do enquadramento institucional definido por lei”.

CAPÍTULO III - ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NA PMA

Tendo o nosso estudo como foco a questão do anonimato do dador e o conhecimento das origens genéticas na PMA, consideramos importante fazer referência ao modo de estipulação das relações de filiação neste âmbito para entendermos a importância que a biologia tem no nosso ordenamento jurídico, se deve ceder perante outras formas de filiação socio-afetivas e perceber se se deverá permitir uma averiguação das origens genéticas e que implicações tal conhecimento pode originar.

1. Da Verdade Biológica à Verdade Afetiva.

As técnicas de PMA heterólogas não se sustentam num substrato biológico puro. Não pelo facto de se poder alterar a genética de forma manipulada escolhendo-se, de raiz, em laboratório e cientificamente, os gâmetas que serão transmitidos, mas pelo facto de a filiação jurídica que se estabelece não corresponder, na sua totalidade, à verdade biológica da pessoa gerada com recurso a tais técnicas.

A reforma ao Código Civil em 1977 procurou harmonizar-se com os princípios fundamentais quanto ao tratamento igualitário dos filhos nascidos na constância ou fora do casamento¹⁵¹ elevando alterações substanciais no estabelecimento da filiação dos mesmos¹⁵² e promovendo a ascensão de um quase-absolutismo¹⁵³ da verdade biológica¹⁵⁴ nesse âmbito.

¹⁵¹ A lei portuguesa segue, assim, o entendimento de outras legislações europeias que não perpetuavam a distinção entre filhos concebidos na constância do casamento e fora dele. Cfr. Decreto-Lei 496/77, de 25 de novembro, in <https://dre.pt/home/-/dre/300030/details/maximized> (consultado a 06/01/20).

¹⁵² A distinção tinha por sustento a forma de constituição da filiação, determinando-se que a paternidade se estabelecia no sujeito marido da mãe, o que colocaria em risco a filiação de crianças fora do casamento. Revelava-se, no art. 1583º do CC, na sua redação de 1966, que “*O parentesco é legítimo quando todas as gerações que formam a respetiva linha são legítimas, nos termos fixados para a filiação legítima; é ilegítimo, quando em algumas das gerações há quebra da legitimidade do vínculo.*” Tendo sido considerada inconstitucional esta distinção por força da introdução do princípio de igualdade entre cônjuges (art. 36º, nº 3 CRP), a Constituição da República de 1976, na redação do seu art. 36º, nº 4, estabeleceu que “*Os filhos nascidos fora do casamento não podem por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação*”, pelo que o regime de estabelecimento da filiação viria a alterar-se com a revogação do art. 1583º do CC pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro.

¹⁵³ Apesar da presunção estabelecida em relação à paternidade, existia a possibilidade de esta ser impugnada. Essa impugnação só era aceite, no entanto, como veremos, de forma muito restrita.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *O Sangue, os afetos e a imitação da natureza*, in *Lex Familiae*, Centro de Revista Portuguesa do Direito da Família, Ano 5, n.º 10, 2008, p. 6, fala, aqui, num “*direito biologista*”, justificando-o, de seguida, na p. 12: “*O Direito da Filiação nascido em 1977 pretendeu caminhar no sentido de soluções igualitárias, fundadas em dados objetivos – nos dados da Biologia – de tal modo que os vínculos jurídicos de filiação dependessem exclusivamente dos laços de progeneritura e coincidissem com eles. É por isto que se diz que o Direito da Filiação português é “biologista”.*”

No direito anterior, o estabelecimento da paternidade sustentava-se na regra “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”¹⁵⁵, princípio oriundo do direito romano, que

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, na sua obra, *Impugnação da Paternidade*, Separata do Boletim da FDUC, Suplemento XX, Coimbra, 1979, pág. 11ss., explica o surgimento desta fórmula de estabelecimento da paternidade como método de prova da filiação em detrimento da averiguação da mesma, caso por caso, por parte de um juiz que “*apreciaria as provas e julgaria da responsabilidade marital pela procriação*”. Nos sistemas clássicos, o princípio em causa era deduzido dos deveres que versavam sobre os cônjuges, nomeadamente o de coabitação e de fidelidade, fechando-se os olhos à vertente da “*probabilidade ou verosimilhança da coabitação ou da fidelidade [real] conjugais*” (p. 12) e, muito menos, à biologia, colocando num pedestal a imagem incólume da relação matrimonial e tornando muito restritiva as causas que poderiam levar à impugnação da paternidade. Contudo, para GUILHERME DE OLIVEIRA, e seguindo na esteira de autores como RIVERO HERNANDEZ, este não será o entendimento que melhor se coaduna com a busca pela verdade biológica, a sua articulação com a verdade jurídica, e o respeito pelos “*juízos de normalidade*” e de “*regras de experiência adquiridas por observação realistas da vida social e individual*” (p. 14). É através da observação destas regras que o autor segue o entendimento de que “*recorreu-se a uma presunção de coabitação matrimonial (...) e, depois, aceitou-se, como princípio de normalidade que essa coabitação matrimonial será a causa das gestações pela mãe casada e não qualquer eventual coabitação com terceiro...*” (p. 15). A “*presunção de coabitação*”, no entender de GUILHERME DE OLIVEIRA, seria a doutrina preferível para fundar a paternidade “*em princípios de normalidade, em regras de experiência, que nos fornecem a probabilidade qualificada não só da coabitação entre a mãe e marido desta, como da causalidade dessa coabitação relativamente ao filho de cujo legitimidade se trata*” (p. 23). No entanto, no direito português, o legislador não pareceu seguir a regra “*pater is est*” no enalço de “*A ideia de probabilidade continua [r] a surgir aqui como o único meio de atingir a verdade na filiação*”. Como vai dissertando o ilustre autor, relativamente à primeira presunção, “*decisiva na regulamentação legal desta matéria*”, esta probabilidade seria de fácil observação e de impugnação, dado que o próprio CC no seu art. 1804º (na redação dada pelo DL n.º 47344/66, de 25 de novembro) estipulava as formas de se presumir (nos casos de separação judicial de pessoas e bens - alínea a) – e no caso de abandono completo do lar conjugal- alínea b)) e provar (no caso de reconhecimento judicial da ausência do marido – alínea c)) esta cessação de coabitação no momento da concepção – ou, até, o retomar dessa presunção (no art. 1805º sob a mesma redação) – e o seu art. 1817.º indicaria as causas de impugnação para os casos de concepção extra-conjugal. Ou seja, a possibilidade de impugnação da paternidade de filho concebido fora da relação matrimonial só se aplicaria para os casos em que, realmente, não tenha existido coabitação. Assim, provando-se ou presumindo-se qualquer uma destas situações estaria demonstrada esta falta, pelo que se “*destrói a presunção de coabitação em que se funda a regra “pater is est” e a paternidade do marido da mãe é afastada*” (p. 17).

Contudo, quanto à segunda presunção que integra a premissa “*pater is est*” – a de “*causalidade de coabitação matrimonial*” -, ao contrário do que acontecia com a primeira, não são fornecidos métodos de se “*paralisar*” a paternidade quando se observa a sua ausência autónoma. Parece que o legislador português, com a falta destes métodos de impugnação deduziu, sem mais, que estando estabelecida a primeira presunção – a de coabitação -, então, qualquer concepção que tenha havido foi “*causa*” dessa coabitação. “*As causas relevantes de impugnação são configuradas de modo a exprimirem a ausência ou a grande improbabilidade da coabitação matrimonial*”. No entanto, há situações em que é possível ter existido a coabitação, mas essa não ser suscetível de causar a concepção – como acontecia nos casos previstos no art. 1817º CC (de 1966), alínea b) – impotência – ou alínea d) – adultério. Como bem refere o autor, se quanto ao primeiro entendermos coabitação como cópula, a impotência é prova da ausência dessa coabitação, o que levaria ao afastamento desta 2.º presunção. Contudo, quanto ao adultério, “*o facto de se mostrar pouco provável que esta coabitação marital tenha sido a causa da geração, apenas tem o efeito de admitir, por qualquer meio, a prova da não paternidade do marido da mãe, em vez de a afastar automaticamente*” (p. 18). Ou seja, infere-se então que nesta segunda presunção se assume sempre que “*pater is est*” porque o legislador português não forneceu os meios necessários para a fazer cair afastando-se, assim, da concepção que procura estabelecer a paternidade segundo princípios de verdade e da correspondência jurídica com a biológica (fruto do carácter imperativo que lhe querem impor e que o autor também desacorda). O legislador português parece ter querido proteger e salvaguardar a estabilidade e estatuto da relação matrimonial, optando pela posição clássica desta regra, que tem por base os “*deveres de coabitação e de fidelidade. (...) [pelo que] o legislador não pode fazer outra coisa que não seja deduzir deles o princípio da paternidade do marido da mãe*”. (p. 11) Demonstra-se que não se busca a verdade nem o respeito pela evidência provável de não ser quem coabita com a mãe o pai da criança – isto, como vimos,

assentava no ideal de que o marido é tido como o pai do filho nascido durante o casamento. Daí que no entendimento anterior à reforma esta presunção “gozava, efetivamente, de força excepcional, só podendo ser impugnada em termos particularmente restritos. (...) [sendo que] o reconhecimento da paternidade [para os nascimentos fora do casamento] só é permitido em casos excepcionais”¹⁵⁶.

Com a Reforma, não obstante se ter mantido a presunção de que será pai o marido da mãe fruto de um critério de *forte probabilidade*¹⁵⁷ de que quando nascida ou concebida na constância do matrimónio aquele ser o pai da criança (arts. 1826º, nº 1 e 1796º, nº 2 do CC), esta presunção foi revestida de uma natureza *juris tantum* mais alargada e menos restritiva¹⁵⁸, o que permitiu que fossem derrubados “*quaisquer preconceitos antigos para passar a ser racional e proporcionado*”¹⁵⁹ os fundamentos de oposição ao estabelecimento da filiação. Tais preconceitos olhavam para a conceção fora do casamento de forma social e moralmente condenável vencendo o “*favorecimento do matrimónio*”¹⁶⁰ e levando a que os homens não quisessem assumir as suas responsabilidades para com tais crianças, estando estas sujeitas à

nos casos de adultério – preferindo manter uma ilusão de estabilidade familiar que o autor refere como “*dignidade do matrimónio, paz das famílias [e] interesse do filho*”. (p. 23)

¹⁵⁶ Cit. PIMENTA, José da Costa, *Filiação*, Livraria Petrony, Lda, 4.º edição, 2001, p. 24; Casos esses, que apenas admitiam a ação de investigação da paternidade quando comprovado um, ou mais, dos cinco únicos pressupostos da moldura limitativa que a legitimava (posse de estado, escrito do pai, convivência notória, violência do pretense pai ou sedução da mãe) - art. 1860.º do CC, na redação de 1966 - que no entendimento anterior apenas se “*limitava a garantir uma “necessária e aconselhável” segurança da prova – impunha cautelas mas não prejudicava o direito*”. Cit. OLIVEIRA Guilherme de, *O direito da filiação na jurisprudência recente*, in Homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro, p. 120, disponível online <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-direito-da-filiacao-na-jurisprudencia-recente.pdf> (consultado a 06/01/20)

¹⁵⁷ Cfr. OLIVEIRA, Carla Patrícia, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afetos: o Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra Editora, 1.º edição, janeiro 2011, p. 62

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Impugnação da Paternidade*, Separata do Boletim da FDUC, Suplemento XX, Coimbra, 1979, pp. 35-37, entendia que o regime jurídico português, ao ter uma visão clássica da regra “*pater is est*” apresentava-a como uma regra imperativa colocando-se n’ “*uma posição anterior em face da relação paterna-filial e do elemento paternidade biológica*”. Esta imperatividade levava a que só pudesse ser ilidida nos casos determinados na lei, pelo que se apresentaria mais como uma presunção “*iures et de iure*”. Com o novo regime, procurando-se a conciliação das verdades jurídicas e biológicas e adotando novos mecanismos para se chegar ao conhecimento da verdade biológica (como os exames de ADN), a possibilidade de impugnação da paternidade passa a ter por base qualquer prova em que o presumido pai demonstre a manifesta improbabilidade de o ser (art. 1839.º, nº 1 do CC), e constata-se uma maior facilidade em destruir esta presunção legal que atribuía de forma automática a paternidade ao marido da mãe - o que a torna, deste modo, menos restritiva.

¹⁵⁹ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *Critérios Jurídicos da Parentalidade*, in “*Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*”, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 272, disponível online <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Criterios-juridicos-de-parentalidade.pdf> (consultado a 06/01/20).

¹⁶⁰ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *O sangue...*, ob. cit., p. 11

“preferência pela vontade do pai”¹⁶¹ – o que se evidenciava, depois, na forma de tratamento dos filhos tidos como legítimos ou ilegítimos¹⁶².

Deste modo, tornou-se essencial que se demonstrasse através de provas de sangue (art. 1801º do CC); da separação de facto ou de divórcio – nos casos em que a criança tenha nascido ultrapassados trezentos dias do término da coabitação dos cônjuges (art. 1829º, nº 1 e 2 do CC); da duração de um casamento que não correspondesse a um período mínimo de concepção, gestação e nascimento de cento e oitenta dias - nos casos em que a mãe ou o marido declarassem no ato do registo do nascimento que o marido não é o pai (arts. 1828º e 1840º do CC); da não integração do marido da mãe na concepção, e da indicação na declaração do nascimento, pela mulher casada, de que o filho não seria do marido (1832º, nº 1 e 2 do CC); para que a paternidade caísse por terra. Dispõe ademais, o CC, no seu art. 1839º, nº 1, quem terá legitimidade para impugnar tal presunção, trazendo para cena a intervenção do Ministério Público, o que demonstra um interesse do Estado em estabelecer coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, e em proteger os interesses das crianças que, de outro modo, continuariam a ser marginalizadas e alvo de injustiças¹⁶³.

Sendo impugnada tal presunção, a filiação paterna é então estabelecida através do reconhecimento da paternidade após retificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo onde vigorava a anterior paternidade (arts. 1847º e 1848º, nº 1 do CC) que se desdobra em duas vias: na perfilhação (quando o pretense pai vem declarar que o é – arts. 1849º ss. ou art. 1865º, nº 3 do CC) e no reconhecimento judicial¹⁶⁴ (quando intentada ação pelo próprio filho nos termos do art. 1869.º e ss. do CC), valendo o mesmo método para os casos de filiação fora do casamento (art. 1796º, nº 2, *in fine* do CC).

O modo de se opor ao estabelecimento da paternidade passou a basear-se em factos científicos e concretos, que se traduziu numa corrida à verdade biológica que não cedia

¹⁶¹ *Idem.*, p. 11.

¹⁶² OLIVEIRA, Guilherme de, *Critérios Jurídicos...*, ob. cit., p. 272.

¹⁶³ Mesmo a nível sucessório se estabeleciam diferenciações de tratamento dado que apesar de os filhos ilegítimos não serem afastados da sucessão, apenas lhes caberiam uma quota inferior à que seria atribuída aos filhos legítimos (art. 2139º, nº 2; 2140º, nº 2 e 2158º, nº 2, na redação do 1966). E caso estivessem a concorrer na classe sucessória dos seus irmãos e descendentes, os irmãos legítimos e seus descendentes prevaleceriam sobre os meios-irmãos e seus descendentes (artigos 2143º e 2144º). Cfr. Acórdão do TC, de 5/12/1995 Processo: n.º 130/94 (Relator: Conselheiro Ribeiro Mendes), disponível online, in http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=ac%F3rd%E3o&ficha=10348&pagina=413&exacta=&nid=7267 (consultado a 06/01/20)

¹⁶⁴ “A averiguação oficiosa da paternidade não constitui um modo de estabelecer ou reconhecer a paternidade, mas uma atividade imposta por lei com o objetivo de conduzir a tal estabelecimento por um dos dois modos possíveis de reconhecimento – a perfilhação ou o reconhecimento judicial.”, cit. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 111

perante interesses sociais de preservação do “bom nome” ou “honra” nem deixava desamparada a mulher grávida e o seu filho perante crenças sociais e religiosas relativas a uma conceção que seria exclusiva do matrimónio¹⁶⁵. As novas disposições demonstraram a forte vénia que o legislador veio dar ao critério do biologismo, procurando alcançar a perfeita comunhão entre a verdade jurídica e a verdade biológica e não se determinando outras formas de estabelecimento da paternidade. O que, de resto, apenas acompanhou a forma de se estabelecer a maternidade que, excetuando os casos da adoção, era imposta “*ope legis*” e resultaria do facto do nascimento (art. 1796.º, nº 1 do CC) e da premissa “*mater semper certa est*”. Em suma, “[o] sangue, pois, tem definido a pertença, o vínculo”¹⁶⁶ que se constitui e que é fundamento da relação de filiação.

2. Ascensão dos Afetos

Não obstante esta conquista da biologia¹⁶⁷, o aspeto afetivo como elemento integrante das relações começou a insurgir-se apoiado numa sociedade que não vê mais o vínculo sanguíneo como inquebrável ou exclusivo da constituição de relações de filiação, corroendo-se o “*dogma (...) de que [toda] a família é um lugar de afetos e de que, por conseguinte, a relação de filiação pressupõe uma ligação afetiva entre os respetivos sujeitos*”¹⁶⁸. A adoção é exemplo de como os afetos começaram a revelar-se fundamentais para os vínculos de parentesco. Considerada fonte de relações jurídicas familiares (art. 1576.º do CC), tem como escopo proteger e integrar de forma estável e permanente a criança adotada no seio de uma nova família, em detrimento da sua família biológica. A preocupação crescente que a

¹⁶⁵ Nas palavras de OLIVEIRA, Guilherme de, *Critérios Jurídicos...*, ob. cit., p. 273, “*O sistema, que antes atribuía o estatuto de pai por razões diversas da humilde verificação da progenitura subjacente, deixou de poder ser acusado de favorecer a instituição matrimonial ou a arbitrariedade dos homens. Deixou de interessar se o vínculo nascera de relações sexuais lícitas ou ilícitas, ou se o progenitor queria ou não queria assumir o estatuto jurídico correspondente.*”

¹⁶⁶ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *O Sangue...*, ob. cit., p. 5

¹⁶⁷ Vemos que ao longo dos séculos o sangue, não só nas relações familiares, mas também em outras relações (como os pactos de sangue ou a importância do sangue de Cristo na religião) foi tido como privilegiado e quase sempre como o elo sustentador e atribuidor de uma nova distinção e relevância às relações entre as pessoas. Sobre as várias dimensões relacionais do sangue, ver OLIVEIRA, Guilherme de, *O Sangue...*, ob. cit., pp. 5-8

¹⁶⁸ Cit., PINHEIRO, José Duarte, *Critério biológico e critério social ou afetivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, nº 9, 2008, p. 5

satisfação dos interesses da criança¹⁶⁹ tem tido ao longo dos últimos anos¹⁷⁰ leva a que a sociedade procure protegê-la, tomando consciência de que uma relação materno-filial ou paterno-filial está muito para além da simples ligação consanguínea. Na verdade, há uma grande “*fragilidade* daquela ideia pré-concebida de que os *pais biológicos amam e cuidam necessariamente*”¹⁷¹. É necessário, para que a criança cresça de forma harmoniosa e se desenvolva plenamente, ter todas as áreas da sua vida estáveis e que permitam esse objetivo. Ao integrá-la numa nova família que “promete” garantir-lhe essa segurança e desenvolvimento vemos a ascensão de uma nova relação sócio-afetiva. “*A circunstância de a adoção se impor contra a família biológica tem acrescentado a ideia de que os afetos são um suporte tão firme como a descendência biológica*”¹⁷².

Para além do instituto da adoção, o certo é que com a evolução científica e com o surgimento das técnicas de PMA heterólogas, a possibilidade de se estabelecer a paternidade e a maternidade alargou-se a situações que se distanciam de uma filiação “natural” atribuída aos dois elementos do casal pelo ato de concepção e procriação¹⁷³, dando oportunidade a que surgissem alternativas à criação de vínculos de parentesco entre quem, de facto, não partilha a mesma biologia¹⁷⁴. Na realidade, um dos elementos que aceitou a construção de um novo projeto familiar – a relação parental - não vai, efetivamente, participar na sua concepção. Pelo menos não de forma biologicamente ligada. Surge um terceiro, estranho a este projeto, que

¹⁶⁹ Estabelece o art. 1974º do CC que “*A adoção visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando presente reais vantagens para o adotando, se fundado em motivos legítimos, não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adotante e seja razoável supor que entre o adotante e o adotando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação*”.

¹⁷⁰ Com a Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, é consagrado o princípio do “*superior interesse da criança*” como critério em todas as tomadas de decisão relativas ao adotando. Este princípio foi retirado do art. 21º da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e é tido em conta aquando da averiguação dos requisitos gerais exigidos para a adoção (art. 1974º, n.º 1 e, ainda, art. 1978º, n.º 2), ou seja, é “*critério de manifestação e interpretação de todos os direitos das crianças*”, Cit. SILVA PEREIRA, Maria Margarida da, *Direito...*, ob. cit., p. 481; Mas já desde 1990 a lei se orientava por este princípio por influência da Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças e a Convenção Sobre os Direitos da Criança (ratificadas por Portugal) - Cfr. RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *A Adoção, Regime Jurídico Atual*, 2.ª edição, Quid Juris, 2007, p. 25

¹⁷¹ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *O Sangue...*, ob. cit., p. 10

¹⁷² *Idem*, p. 8

¹⁷³ Verificamos que nos casos de PMA Homóloga, o critério estabelecido “*prima facie*” pelo nosso ordenamento jurídico não é posto em causa dado que os pais jurídicos correspondem aos progenitores, por não haver intervenção de terceiro dador de material genético.

¹⁷⁴ Na realidade, dispõe o art. 1578º do CC que “*parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequências de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum*”. O que não acontece, como se entende, nos casos da PMA heteróloga pelo facto de a criança gerada através dessas técnicas apenas ter a herança genética de um dos pais.

o substitui e que parece quebrar o vínculo sanguíneo porquanto “*não será a pessoa que definiu o projeto familiar considerada progenitora*”¹⁷⁵.

Ora, como integrar o elemento que projetou um novo desígnio familiar através de um projeto parental num espaço em que não participa biologicamente para a concepção e realização efetiva desse mesmo projeto? Como legitimar o estabelecimento de uma relação jurídica por parte de quem não participa na progenitura do novo ser? Com os avanços científicos e as questões que estes levantam sentiu-se a necessidade de se estabelecer esta relação jurídica parental tendo por base já não apenas o elo natural, mas também o afetivo aliado à vontade em estabelecer um projeto parental, deixando-se de lado uma absolutização da coincidência entre os vínculos jurídicos e biológicos. Além de que, como vimos, não seria razoável estabelecer-se e impor-se a paternidade ao dador quando este nunca teve a aspiração de integrar aquele projeto familiar, apenas interferindo como voluntário, procurando ajudar quem não pode ou tem dificuldades em gerar filhos¹⁷⁶.

Tal como na adoção¹⁷⁷, nas técnicas de PMA heterólogas o que sustém a relação entre os pais e a criança não é mais a pura partilha da mesma composição genética ou laços de sangue, mas a esperança na construção de uma relação baseada em laços afetivos que ganham alcance no nosso ordenamento jurídico e que pretendem colmatar a ausência de ligação sanguínea. Na PMA, esta união é forjada através do consentimento prestado por parte do pai não progenitor à inseminação (art. 14º). No entanto, ao contrário daquela, cujo vínculo gerador da relação é meramente legal-afetivo, na PMA é evidente uma simbiose entre este e o vínculo biológico (nos casos em que pelo menos um dos pais será progenitor). Assim, enquanto na adoção é comum falar-se do afeto como único impulsionador do surgimento desse vínculo legal, na PMA constitui-se uma relação de parentalidade através de um elo que casa a biologia (por quem doou os seus genes) com o afeto e a vontade em estabelecer um projeto parental demonstrada por quem deu o consentimento à

¹⁷⁵ Cit. OLIVEIRA, Carla Patrícia, *Entre a Mística do Sangue...*, ob. cit., p. 71

¹⁷⁶ Retomando o art. 20º, nº 1, a criança gerada no âmbito de uma PMA “*é havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa*”, entendimento que é reforçado com o art. 1839º, nº 3 do CC que estipula “*Não é permitida a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”.

¹⁷⁷ O instituto da adoção, como fonte de relações jurídicas familiares ao lado do matrimónio, do parentesco e da afinidade, demonstra-se como “o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas ou mais pessoas nos termos dos artigos 1973º e seguintes.” (art. 1586º do CC).

inseminação¹⁷⁸. Afeto este que, como vimos, se baseia “no planeamento familiar individual do casal”¹⁷⁹, onde o terceiro dador não interfere, e “na verdade sociológica”¹⁸⁰, parecendo que quem dá o consentimento está protegido pelo entendimento social de que “pai é quem cria”. Nas palavras da ilustre jurista MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “a paternidade e a maternidade não se reduzem a um fenómeno biológico, desligado do desempenho de qualquer tarefa de cuidado/responsabilização diária pelas crianças e de uma relação afetiva gratificante e enriquecedora para estas. Pelo contrário, tem uma dupla dimensão, biológica e afetiva, reconhecida pela lei. (...) Estas realidades dão origem a novos conceitos de paternidade/maternidade, não coincidentes com o genético - a parentalidade decisão ou intencional – e que reduzem a parentalidade biológica a uma função ligada à saúde da criança e necessidades terapêuticas (...)”¹⁸¹. Mesmo nos casos de maternidade de substituição, esta relação biologia-afeto é demonstrada dado que, ao contrário da redação originária do art. 8º, nº 3 da LPMA em que seria mãe da criança a mulher que suportasse a gravidez, agora se determina, no seu art. 8º, nº7 que “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”, caindo por terra a presunção “*mater semper certa est*” em que seria mãe quem deu à luz (art. 1796º, nº1 CC).

Estamos então perante uma real verdade afetiva, em comunhão com uma real verdade biológica (de uma das partes) que encontra amparo num novo pensamento social¹⁸² de total integração num grupo (a família) que troca, entre si, verdadeiros sentimentos de desejo e intenção de criarem relações familiares¹⁸³, não sendo a ausência do vínculo sanguíneo de um dos pais um entrave para a constituição de um vínculo afetivo que é inerente ao mesmo. E inerência não significa, por si só, exclusividade, pelo que as relações constituídas através das técnicas de PMA beneficiam do mesmo.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Critérios Jurídicos...*, ob. cit., p. 275, considera que estamos perante um novo critério que é “baseado na vontade de aceitar a prática da inseminação e a de assumir o estatuto de pai”.

¹⁷⁹ Cit. OLIVEIRA, Carla Patrícia, *Entre a Mística do Sangue...*, ob. cit., p. 71

¹⁸⁰ *Idem*, p. 71

¹⁸¹ Cit. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, in Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho, Coimbra Editora, 2008, pp. 37-38

¹⁸² Como bem infere SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Qual é o interesse...*, ob. cit., pp. 45 e 33, “Sabemos, pela experiência da sociedade, que procriação não implica, necessariamente, afeto, responsabilidade e desempenho da função parental. Além disso, “As sociedades que adotam uma conceção biológica de parentalidade não valorizam a criança como pessoa e as suas necessidades específicas”.

¹⁸³ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 24

3. Vitória/Hegemonia dos Afetos?

Passou a observar-se, através destas novas formas de constituição de relações jurídicas familiares, um declínio na reverência que o nosso sistema jurídico fazia ao critério biológico. Vim que nas técnicas de PMA, no seu âmbito heterólogo, a determinação da paternidade é estipulada através do consentimento prestado para a inseminação, presumindo-se, nesse seguimento, que o pai será o marido/unido de facto, estabelecendo-se o vínculo por perfilhação. Não obstante, seria, de resto, impensável que pelo facto de o elo que liga a criança gerada com recurso a estas técnicas aos seus pais não se sustentar no critério que o nosso ordenamento jurídico sempre privilegiou, que o estabelecimento das relações parentais se fizesse por autodeterminação de quem por elas optou. Como bem assevera o Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 06/11/2018 “*A atual Lei da PMA deixou de fazer derivar a paternidade da presunção legal que era atribuída ao marido da mãe, e passou a reconhecer apenas a parentalidade quando há consentimento prévio à inseminação. A parentalidade não depende de qualquer acordo de vontades por livre arbítrio. Estamos em sede de direitos indisponíveis*”¹⁸⁴.

É através deste consentimento que o vínculo biológico cede para fazer emergir o vínculo afetivo. Nas palavras de DUARTE PINHEIRO, este consentimento traduz-se n’ “*uma dupla intenção: uma intenção dirigida à admissão da procriação heteróloga e uma intenção ulterior de constituição de vínculo de filiação*”¹⁸⁵. O consentimento prestado é o verdadeiro impulsionador do facto que gera a criança¹⁸⁶ e esse consentimento, quando dado de forma livre, esclarecida, expressa e por escrito (art. 14º, nº 1 da LPMA), só poderá significar um desejo a constituir uma família mais alargada, ou seja, é prova da existência de “*uma pura verdade do querer assumir um projeto parental*”¹⁸⁷. E se esse projeto e desejo

¹⁸⁴ Cit. Acórdão do STJ n.º 2790/16.0T8VFX.L1.S1 (Relator: Pinto de Almeida), disponive, online <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6127be61d57a7578802583430055941f?OpenDocument>, (consultado a 07/01/20)

¹⁸⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 194; E mesmo REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., pp. 444 e 445 assevera que “*o consentimento que os beneficiários, nos termos do artigo 14.º devem prestar (...) para as intervenções no âmbito da PMA não assume as singelas vestes de um estrito consentimento para ato médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultraconstitutivos, com reflexos importantes e diretos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais*”.

¹⁸⁶ Segundo PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 197, o beneficiário da PMA que prestou o seu consentimento “*teve um papel causal determinante no nascimento. Foi a sua decisão que desencadeou o processo de procriação*”.

¹⁸⁷ PEDRO, Rute Teixeira, *Uma Revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida*, p. 158, in “*Debatendo a Procriação Medicamente*

existem então, de forma “natural”, surgirão os laços afetivos que baseiam e tornam verdadeira uma relação parental estando os interesses da criança assegurados¹⁸⁸.

Neste seguimento se compreende que a queda do absolutismo¹⁸⁹ da biologia seja visível também nas disposições que o legislador estabeleceu quanto à impugnação da paternidade nos casos de recurso às técnicas de PMA. Vimos já que o art. 1839º, nº 3 do CC estabelece a proibição da impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu¹⁹⁰, sendo esta rejeição pela busca da biologia, nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, uma “*homenagem à paz familiar, ao respeito pelos estados adquiridos e pelo compromisso assumido pelo marido da mãe*”¹⁹¹. E isto percebe-se na ótica da proteção dos interesses da criança gerada¹⁹² pois que se veria desamparada e sem possibilidade de ver estabelecida a sua paternidade, tornando-se órfã de pai, dado que também não seria ao dador que se imporia a relação jurídica de paternidade e um projeto familiar a que ele não aspirou¹⁹³. Do mesmo modo, nos casos em que a beneficiária tenha recorrido a gâmeta feminino de terceiro e deu o seu consentimento para a inseminação não poderá, mais tarde, invocar que não é mãe biológica para, assim, obter a destruição dos efeitos jurídicos da maternidade.

Assistida”, investigadoras responsáveis NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira, disponível online https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf (consultado a 15/01/20)

¹⁸⁸ Também MELO, Helena de, *O direito...*, ob. cit., p. 38, “*Fundamental é que haja o consentimento prévio, livre e esclarecido (...) constituindo a filiação afetiva aquela que melhor serve o superior interesse da criança*”.

¹⁸⁹ “*o biologismo não constitui um valor absoluto, nem sequer no plano da própria atribuição jurídica da filiação biológica.*”, Cit. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 96

¹⁹⁰ O texto legal apenas se refere à inseminação artificial dado que em 1997 era a forma de procriação medicamente assistida mais conhecida. Mas, por certo que se estenderá às demais técnicas de PMA que foram surgindo e evoluindo. Cfr. PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 144; PAMPLONA, Carlos, *Os efeitos...*, ob. cit. p. 357, analisando o art. 1839º, nº3, dispõe que este “*consagra uma nova modalidade de constituição de um vínculo de filiação (...) situada bem ao lado da filiação biológica e da filiação adotiva. Um tertium genus, o que faz acrescer a importância da PMA, mas lhe retira, como aliás decorre do art. 67, nº2 da CRP, qualquer cunho excepcional. Assim, estando em causa uma norma especial que não excepcional, nenhuma dificuldade técnica suscita a extensão interpretativa da interdição da impugnação da paternidade às pessoas incluídas no nº 1 do art. 1839, nomeadamente ao filho artificialmente procriado.*”

¹⁹¹ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *Procriação com dador. Tópicos para uma intervenção*, in «Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar, 12-13 dezembro de 1991», Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1993, p. 39;

¹⁹² Apesar de PEDRO, Rute Teixeira *Uma Revolução...*, ob. cit., p. 158, considerar que o recurso às técnicas de PMA não se norteie, ao contrário da adoção que também é uma relação familiar alicerçada nos afetos, pelo superior interesse da criança dado que “*surgem, em primeira linha, para proporcionar oportunidades de procriação aos adultos que a elas recorrem*”.

¹⁹³ Cfr. PEREIRA COELHO, Francisco e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 143;

Mesmo nos casos em que a impugnação ocorre por falta de consentimento ou por a criança gerada não ter sido fruto da inseminação para que o consentimento foi prestado¹⁹⁴, a paternidade do dador não é estabelecida. Como assevera CARLA OLIVEIRA, “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”¹⁹⁵.

Acrescenta-se, ainda, fundando-se nos novos beneficiários que podem recorrer às técnicas de PMA heterólogas, que se tornam obsoletos os processos de averiguação oficiosa da paternidade dado que se admite que a elas recorram, para estabelecer o projeto parental desejado, um casal de mulheres ou uma única mulher¹⁹⁶. Enquanto o art. 1864º do CC estipula que quando o registo de nascimento apenas tenha estabelecido a maternidade, o tribunal deve averiguar oficiosamente a identidade do pai, pelo contrário, o art. 20º, nº 3 da LPMA dispensa esse processo na PMA¹⁹⁷. Corre-se então o risco de se fazer cair por terra os princípios consagrados no art. 26º, nº 1 da CRP quanto ao direito à identidade pessoal – a que lhe é inerente o direito à historicidade pessoal - e ao desenvolvimento da personalidade, uma vez que permitirá (nos casos retro indicados) que não seja possível estabelecer a paternidade dessa criança, sentenciando-a a uma filiação paterna anónima¹⁹⁸. Mostra-se assim, como infere ANDRÉ DIAS PEREIRA, que “*Se a Constituição de 1976 pôs fim à*

¹⁹⁴ De notar que o legislador da LPMA não estabeleceu qualquer prazo para a impugnação da paternidade, contrariamente ao legislador do CC que estabeleceu um prazo de três anos (art. 1842º, n. 1, al. a)) quando a ação é intentada pelo presumido pai.

¹⁹⁵ Cit. Oliveira, Carla Patrícia, *Entre a Mística do Sangue...*, ob. cit., p. 84; Neste sentido vai o acórdão do TC n.º 101/2009, de 1 de abril, pág. 12463, quando dispõe que *mesmo “a possibilidade de conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas e ou embriões não implica o reconhecimento de qualquer vínculo legal de ordem filial”* adiantando que *“A partir do momento em que se admite uma modalidade de procriação medicamente assistida que pressupõe a doação de gâmetas por um terceiro, mal se compreenderia que se estabelecesse um regime legal a ela relativo que fosse tendente a afetar a paz familiar e os laços afetivos que ligam os seus membros. E, nestes termos, (...) não é de considerar como constitucionalmente inadmissível que o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família”*.

¹⁹⁶ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 161. Ao alargar os beneficiários das técnicas de PMA parece que o legislador retrocedeu quanto à tentativa de garantir que qualquer pessoa tenha estabelecida a sua maternidade e paternidade por forma a não haver discriminações. Mas ao permitir o recurso a estas técnicas a mulher sozinha ou a um casal de mulheres vem, de novo, possibilitar a filiação de “pai incógnito”. Numa análise quanto aos novos filhos de pai incógnito por força do alargamento subjetivo destas técnicas veja-se PEREIRA, André Dias, *Filhos de pai anónimo...*, ob. cit., pp. 41-54, consultado a 15/01/2020

¹⁹⁷ “*Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA (...), lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação”*.

¹⁹⁸ Cfr. PEREIRA, André Dias, *Filhos de pai anónimo...*, ob. cit., p. 53

*discriminação das crianças nascidas fora do casamento, o legislador de 2016 criou novas diferenciações estruturais no estatuto das pessoas*¹⁹⁹.

- *Mas sairá, realmente, vitoriosa a verdade afetiva?*

É pertinente a questão da vitória dos afetos²⁰⁰. Na verdade, a sê-lo, será uma parca vitória dado que não se fez decair o absolutismo da natureza biológica para fazer ascender o absolutismo da natureza afetivo-legal das relações parentais – nem tal seria de esperar. De facto, a própria PMA heteróloga apenas se admite subsidiariamente em relação à PMA homóloga (art. 10º da LPMA) e, o próprio recurso a estas técnicas, nos casais heterossexuais, só se possibilitará perante o fracasso da tentativa de procriação por ato sexual, como se infere do art. 4º da LPMA. Esta referência expressa à subsidiariedade da PMA face a uma procriação que combine, nos dois lados parentais, o vínculo afetivo com o biológico faz prova da força que o “princípio do sangue” ainda mantém²⁰¹.

Num outro aspeto conseguimos perceber a energia da aura que ainda gravita (ainda que inconscientemente) sobre as pessoas quanto ao aspeto biológico. Na adoção, os pais adotivos vivem com o receio de que a criança descubra que é adotada e que queira indagar sobre os seus pais biológicos. Não obstante, vários especialistas recomendam que se conte a verdade quanto ao facto da adoção²⁰² e, alguns, que até ajudem a criança na procura pelos seus pais biológicos.

O “princípio do sangue” volta, então, de novo a ganhar destaque a partir de 2015 quando o legislador, pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, consagrou, no Código Civil, no seu art. 1990.º-A, o direito do adotado a aceder ao conhecimento das suas origens biológicas²⁰³. Apesar de não se poder estabelecer qualquer vínculo de filiação com o

¹⁹⁹ Cit. *Idem*

²⁰⁰ Sobre o crescimento da importância dos afetos nos vários âmbitos do Direito da Família, ver OLIVEIRA, Guilherme de, *O Sangue...*, ob. cit., pp. 9ss

²⁰¹ Cfr. OLIVEIRA, Carla Patrícia, *Entre a Mística do Sangue...*, ob. cit., p. 73

²⁰² Veja-se SOUSA, Capelo de., *A Adoção: constituição da relação adotiva*, Coimbra, Editora, 1973, pp. 165-166 que assevera que “*O problema que hoje em dia os estudiosos da infância põem não é se se deve revelar ao adotando a sua origem, mas quando e como tal revelação deverá ter lugar*”

²⁰³ Na Alemanha este direito é reconhecido desde 1989, mas apenas para os adotados maiores de 16 anos. No Reino Unido há um direito absoluto ao conhecimento das origens desde 1976. Na Catalunha adota-se um sistema de registo onde se procura conciliar a vontade das partes. No ordenamento jurídico italiano o tribunal pode permitir tal conhecimento quanto estejam em causa motivos de saúde. Em França admite-se os “partos anónimos” pelo que se a mãe recusar a inscrição do seu nome no registo da criança, esta terá dificuldades em conhecer as suas origens mas, fora desses casos, permite-se o acesso a este conhecimento. Cfr. REIS, Rafael Vale e., *O direito ao conhecimento...*, pp. 216-223 e SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os verdadeiros*

progenitor nem um laço jurídico entre ambos, este direito há muito desejado pelos filhos adotados e, finalmente, aberto aos casos não exclusivos às questões de saúde, é fundamentado nos direitos constitucionais do livre desenvolvimento da personalidade, da identidade pessoal (art. 26.º, n.º 1 CRP) e da historicidade pessoal do indivíduo.²⁰⁴

Sobre a questão do direito ao conhecimento das origens, também nos casos de PMA foi discutida muita tinta. Apesar de esta relação de parentalidade se estabelecer no pêndulo da relação entre o biologismo e os afetos, para a estabilidade da criança gerada, e com base no seu interesse e noutros princípios foi, desde cedo, negado o seu conhecimento. Veremos de seguida a análise desta questão e os princípios e direitos que podem sustentar no nosso ordenamento o estabelecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas também para a PMA, que apenas foi consagrado em 2019.

pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos, in “Abandono e Adoção”, Coord. SÁ, Eduardo, et. al, 3.º edição, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 87-91

²⁰⁴ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *O Sangue...*, ob. cit., p. 9

CAPÍTULO IV - O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

1. O Direito ao Conhecimento das Origens e a sua Ligação a Princípios Fundamentais

a) Dignidade da Pessoa Humana

Vimos que o direito de filiação, fruto da evolução jurídica - no caso da adoção - e científica - no caso das técnicas de PMA - dos últimos anos, tem demonstrado que nem sempre a verdade jurídica corresponderá à verdade biológica²⁰⁵, o que permite questionar se, apesar desse desencontro, não poderá a biologia ser salvaguardada apenas no sentido de se estabelecer uma linha histórica do indivíduo.

O direito ao conhecimento das origens genéticas não se encontra expressamente estabelecido na nossa lei fundamental e foram precisos alguns anos para que, fora do âmbito de uma ação de impugnação de paternidade ou averiguação oficiosa da mesma (fruto de uma relação de filiação “tradicional”), fosse possível alcançar este direito²⁰⁶.

Não obstante esta não consagração expressa, nem por isso foi relegada para segundo plano. Isto porque desde cedo se entendeu que a construção do percurso da pessoa humana e da sua autonomia individual não poderá estar completa quando falhe a circunstância da sua própria origem que é fonte da sua existência²⁰⁷. É esta sua construção que o permite individualizar-se, olhar para dentro e tomar consciência de quem é consigo e com os outros. Demonstra-se até, como exemplo de não ausência total deste direito, o facto de este desejo a conhecer as origens poder ter, como escopo, outras finalidades que não a mera curiosidade de se saber de onde vem, como as questões a nível médico²⁰⁸, o que se revelaria inadmissível se tal não fosse assegurado. Assim, este autoconhecimento nunca ficou totalmente

²⁰⁵ Cfr. MELO, Helena, *O direito...*, ob. cit., p. 36

²⁰⁶ De facto, a primeira vez que o nosso ordenamento jurídico o estipulou expressamente fora daqueles casos revelando, assim, concreta acuidade para o tema, foi apenas em 2015, quando permitiu aos adotados conhecerem a sua ascendência biológica.

²⁰⁷ De facto, GUILHERME DE OLIVEIRA surge como primeira referência na doutrina portuguesa a debruçar-se sobre a importância do conhecimento da ascendência biológica para a integridade e identidade do indivíduo, asseverando que “*o direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira (...) permite[-nos] considerá-lo como um aspeto dos direitos fundamentais da pessoa - (...), como uma faceta do direito à integridade pessoal e à identidade (arts. 25º e 26º da Constituição da República) que tutelam a “localização social” do indivíduo*”. Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, 1998 (reimpressão), p. 244, apud. AGUILAR, Francisco, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Vol. 41, N.2 (2000) p. 667

²⁰⁸ O que aliás, já se admitia tanto nos casos de adoção como na LPMA antes de 2019

desamparado procurando-se um equilíbrio entre a verdade afetiva e biológica, de modo a que o ser humano não se sinta incompleto.

Demonstra-se inegável que o conhecimento das origens tenha uma estreita relação com a identidade da pessoa²⁰⁹ e este entendimento tem sido acautelado²¹⁰. Portugal não deixou de sofrer influência de diplomas estrangeiros²¹¹ nesta matéria que procuravam dar-lhe ênfase, apesar de colocarem nas mãos dos Estados as medidas e limites de implementação do mesmo²¹².

A forma de se conseguir integrar este direito ao conhecimento das origens genéticas num sistema que o não consagra expressamente só poderá ocorrer se este for alicerçado a direitos fundamentais já previamente constituídos e que o consigam proteger²¹³. E tal será possível dado que, nas palavras de BASTOS DE ALMEIDA, “o direito geral de

²⁰⁹ LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit., p. 16, refere o direito, ou não, ao conhecimento das origens como uma dimensão do direito à identidade pessoal.

²¹⁰ O acórdão do TC 99/88, de 22-08-1988 veio a seguir o entendimento de Guilherme de Oliveira “*seja do direito à integridade pessoal, e em particularidade à integridade “moral” (art. 25º/1), seja do direito à “identidade pessoal”, pode e deve extrair-se um verdadeiro “direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade”*”. O que mais tarde veio a permitir que se considerasse inconstitucional o art. 1817º, nº 1 CC por violar, precisamente, o direito à identidade pessoal dado que estabelecia prazo para uma averiguação oficiosa da ascendência (conjugado com o art. 1873º CC) Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à imortalidade...*, ob. cit., p. 805; e AGUILAR, Francisco, *O princípio da dignidade...*, ob. cit., p. 668

²¹¹Veja-se, a Recomendação n.º 1443, de 26 de janeiro de 2000, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa que seguiu o entendimento de que existe “o direito da criança adotada a conhecer as suas origens, o mais tardar ao tempo da sua maioridade (...)” e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1989, no seu art. 7º, nº 1 estipula que “a criança (...) tem (...), sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles. Ainda no âmbito internacional, se pode verificar uma ligação a este conhecimento, mas por outra via. Seguindo de perto REIS, Rafael Vale e, “*O direito ao conhecimento...*”, ob. cit., pp. 24-27 e 31-33, o autor nota que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, desde 1989, tem entendido o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, - “*qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência*” (n.º 1) e “*não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito (...)*” (n.º 2) - como mecanismo para tutelar o direito em estudo. Explica o autor que existe uma correlação entre o direito à *vida privada, à identidade pessoal e desenvolvimento da personalidade*, fruto do entendimento que o TEDH, no caso “*affair Gaskin c. Royaume-Uni*”, conferiu à tutela do primeiro – “*este exige que cada pessoa possa estabelecer os detalhes da sua identidade de ser humano, sem que as autoridades a impeçam de obter essas informações fundamentais a não ser nos casos em que exista justificação adequada*”.

²¹² O Comité ad hoc d’experts sur la Bioéthique do Conselho da Europa, em 1988, pronunciou-se sobre esta questão optando, no seu princípio 13º, pelo anonimato dos doadores, mas dando liberdade de conformação aos Estados-Membros. Cfr. CAMARA AGUILA, M., *Sobre la constitucionalidad de la ley de técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STC 1/6/1999 de 17 de junio)*, in *Derecho Privado y Constitución*, nº 13, Enero-Diciembre, p. 135; SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação...*, ob. cit., p. 93

²¹³ AGUILAR, Francisco, *O princípio da dignidade...*, ob. cit. pp. 667-670, contraria a tese de Henrique Mota que sustenta a existência do direito ao conhecimento das origens como um direito fundamental atípico por, embebido pelo direito à dignidade humana, se poder integrar no escopo do art. 16º, nº 1 da CRP que consagra: “*os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*”. Para AGUILAR, o direito em causa é um direito fundamental que, apesar de não estar expressamente previsto na CRP, se considera “*adscrita a normas diretamente estatuídas pela Constituição*” sendo tais, o direito à identidade pessoal e à identidade genética.

personalidade não tem um carácter estático, nele se enquadrando diacronicamente a tutela de bens da personalidade não tipificados, cuja violação, só com a evolução dos tempos, assuma um significado ilícito”²¹⁴.

Tal proteção foi dada, no nosso ordenamento jurídico, através da conjugação de diversos direitos de personalidade, verdadeiros “*bens jurídicos de personalidade humana física e moral [que] constituem o ser do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respetivos poderes jurídicos*”²¹⁵. Mas estes direitos não se poderiam sustentar sem o alicerce do princípio da dignidade da pessoa humana²¹⁶, “*princípio fundante da bioconstituição e da ordem jurídica em geral*”²¹⁷, consagrado no art. 1.º da CRP, que se mostra como o esqueleto de todos os direitos fundamentais que compõem a vida humana e que estão, desse modo, subordinados a este princípio²¹⁸. Este tem ganho cada vez mais força fruto de reflexões sobre as alterações que o mundo contemporâneo tem apresentado o que revela transformações nos direitos fundamentais que orbitam na vida constitucional e que permitiram “*o reconhecimento da fragilidade da condição humana (...) [como] um dado empírico e ontológico, com decisiva influência no pensamento constitucional contemporâneo*”²¹⁹.

²¹⁴ BASTOS DE ALMEIDA, Teodoro, *O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspectiva de direito comparado*, Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Vol. LXXIX, 2003, p. 364

²¹⁵ Cit. SOUSA, Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1.º edição, janeiro 2011 (reimpressão), p. 402

²¹⁶ Nas palavras SOUSA, Capelo de, *O Direito Geral...*, ob. cit., p. 96, “*A Constituição da República Portuguesa (...) tutela os direitos de personalidade, preordenando todo o sistema jurídico ao respeito e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, explicitando e constitucionalizando diversos direitos de personalidade e reforçando a tutela jurídica dos mesmos direitos*”. ASCENSÃO, José de Oliveira entende-o como base de todos os direitos de personalidade, considerando-o “*o ponto de partida do ordenamento jurídico*” o que “*implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ele justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social*”. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, 2.º edição, Coimbra Editora, Coimbra 2000, p. 72ss., apud. OLIVEIRA, Carla Patrícia, *Entre a Mística do Sangue...*, ob. cit., p. 114.

²¹⁷ Cit. LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit., p. 18. No entanto o autor demonstra como este princípio fora também mobilizado, mesmo no nosso ordenamento jurídico, para se recusar a PMA, a dação de gâmetas, concluindo que “*de um ponto de vista constitucional, (...) é perfeitamente legítimo que o legislador siga esta via, proibindo as procriações heterólogas...*”, pp. 19-20

²¹⁸ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos*, in ROA, ano 68, Vol. I, 2008, disponível online <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/> (consultado a 16/03/20)

²¹⁹ Cit. BARACHO, José Alfredo, *A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito*, disponível online https://www.jurisite.com.br/textos_juridicos/a-identidade-genetica-do-ser-humano-bioconstituicao-bioetica-e-direito/ (consultado a 16/03/20)

Sendo que não pode haver princípio da dignidade da pessoa humana sem o humano, este procurará tutelar todas as dimensões da vida da pessoa impondo um respeito inviolável sobre as suas várias incidências²²⁰, para assim surgir como “*um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos*”²²¹. Tal implica, necessariamente, reconhecer a sua tutela também no âmbito da identidade pessoal e do desenvolvimento da sua personalidade – o que acontece no art. 26º, nº 1 da CRP -, sendo este princípio máximo ainda reforçado, pelo n.º 3 do mesmo artigo, estipulando que “*a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*”.

A nível internacional este princípio é a estrela polar dos ordenamentos jurídicos. Veja-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²²², a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser humano face às aplicações da Biologia e da Medicina²²³ (mais conhecida por Convenção de Oviedo, 1997) ou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos²²⁴ (1997), sendo patente que qualquer prática deve estar orientada para o respeito da dignidade da pessoa humana, proibindo-se qualquer forma de ingerência contrária a esta linha orientadora.

Especialmente no âmbito da PMA, a Lei n.º 32/2006 acolhe este princípio no seu art. 3.º, dispondo que “As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana”, mas já antes a própria CRP o previa no seu art. 67º, nº3, al. e) que determina “[i]ncumbe ao Estado (...) regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Ao remeter para este princípio toda a base em que se deve sustentar a PMA, nasce

²²⁰ O princípio da dignidade revela-se “*«a pedra angular» na demarcação dos limites ao exercício dos outros direitos fundamentais*” **Cit.** MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 2º ed. Revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 442

²²¹ Cit. BARACHO, José Alfredo, *A identidade genética...*, ob. cit.

²²² Dispõe o art. 1 da DUDH (adotada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948) que “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)*”;

²²³ No seu art. 1º, impõe que “*As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.* (Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 03/01; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 03/01).

²²⁴ Veja-se, o seu art. 10º “*Nenhuma investigação na área do genoma humano ou respetivas aplicações, em particular nas áreas da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela dignidade das pessoas...*”, dando como exemplo, no art. 11º, o caso da clonagem.

uma concretização de direitos que devem ser tidos como fundamentais e que, mesmo não se encontrando expressos²²⁵, se revelam por o art. 67º, nº2, al. e) da CRP pretender “salvaguardar (...) em especial, (...) o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), o direito a constituir família (artigo 36.º), e, ainda, o direito à saúde (artigo 64.º). Sem ignorar, (...), que no universo subjetivo de proteção da norma estão (...) também as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida”²²⁶.

É então a partir deste princípio mãe, que se estabelece a linha condutora até ao direito ao conhecimento das origens, conhecimento esse fundamental para um cumprimento integral do direito ao conhecimento da sua identidade, que se viu titulado pelo princípio da dignidade e que carece de especial proteção face às diversas evoluções que foram surgindo, a nível científico, no desenvolvimento dos estudos sobre a genética e as técnicas de PMA²²⁷.

b) Direito à Identidade Pessoal, à Historicidade Pessoal e à Identidade Genética

O art. 26º, nº 1 da CRP consagra o direito à identidade pessoal, procurando “garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível”²²⁸. Para que estas características sejam preenchidas, é-lhe inerente um direito ao nome²²⁹, ao acesso sobre a identificação civil, mas também a uma história pessoal própria que o individualiza perante os outros²³⁰.

PAULO OTERO distingue duas dimensões²³¹ que compõem este direito à identidade: a absoluta - que corresponde ao carácter individual que cada indivíduo comporta, permitindo-lhe distinguir-se dos demais²³² – e a relativa – através das relações que constrói com os outros

²²⁵ Neste sentido vai o Ac. TC nº 101/2009, de 1 de abril, p. 12455

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ Neste sentido, OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil Constitucional da Bioética*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 83-84

²²⁸ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 462

²²⁹ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 462 Como nota OTERO, Paulo, *Personalidade...*, ob. cit., p. 71, o nome próprio da pessoa, conjugado com os apelidos são característica de pertença a um núcleo – a família – e permite a sua individualização em relação aos outros.

²³⁰ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 803; e CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 462

²³¹ OTERO, Paulo, *Personalidade...*, ob. cit., p. 64

²³² “a identidade pessoal de cada ser humano, expressão da individualidade da sua própria e exclusiva personalidade física e psíquica, assenta na inexistência presente ou futura de dois seres humanos iguais. (...)

e que o fazem crescer enquanto ser, tornando-se, fruto das suas vivências, ser irrepitível. Essas relações e vivências iniciam-se com o núcleo de sujeitos mais próximos - a família - construindo, assim, a sua história pessoal²³³.

E é nesta sua ótica²³⁴ que a história pessoal começa ainda antes da pessoa nascer. Começa, de facto, na sua génese e acompanha todas as fases da vida do indivíduo²³⁵. Sendo inegável que o conhecimento sobre a forma como a pessoa foi gerada seja um elemento importante para a construção da sua história²³⁶, este correlaciona-se com o direito a conhecer a identidade dos progenitores. Esta historicidade pessoal “*designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores*”²³⁷ o que implica integrar, em si, um direito à “localização familiar” permitindo-se, deste modo, que se possa procurar e identificar a família de origem²³⁸. Em suma, e tomando as palavras do ilustre jurista GUILHERME DE OLIVEIRA, “*o direito de conhecer o progenitor biológico satisfaz um direito fundamental de conhecer as origens biológicas e constitui, por isso, uma faceta do direito à identidade pessoal*”²³⁹.

[e] traduz o direito natural à diferença de cada ser humano que, sendo igual a todos em direitos e deveres, é, todavia, na sua complexa humanidade diferente dos demais seres humanos (...). Cit. *Idem*, p. 65

²³³ “cada ser humano, além de uma singularidade própria e exclusiva, tem a sua identidade definida, paralelamente, pela “história” ou “memória” em que se encontra inserida a sua existência no confronto com outras pessoas”. Cit. *Idem.*, p. 71

²³⁴ Veja-se OTERO, Paulo, *Personalidade...*, ob. cit., pp. 72-75

²³⁵ SOUSA, Capelo de, *O Direito Geral...*, ob. cit., p. 156, assevera que “*para a tutela eficaz da personalidade humana importará ter em conta o conjunto, as fases e as intensidades de todo o processo histórico do ser de cada homem*”.

²³⁶ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 803; De facto, “*o direito de conhecer e ver reconhecida a sua ascendência biológica é um direito pessoalíssimo e de inegável interesse pessoal e público (...)*”, cit. MELO, Helena, *O direito...*, ob. cit. p. 36. Interesse pessoal porque permite ao sujeito um conhecimento mais profundo de si e público fruto do choque entre direitos fundamentais que provoca nos casos em que a filiação se estabelece por outra via que não a “natural” ou a PMA homóloga (como a adoção e as técnicas de PMA heterólogas).

²³⁷ Cit. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 462. Não obstante, no âmbito da inseminação artificial, os ilustres juristas consideram que o direito à identidade pessoal implicaria ser substituído pelo direito à identidade genética. No mesmo sentido MELO, Helena, *O direito...*, p. 36 assevera que “*do direito à «identidade pessoal» pode e deve extrair-se um verdadeiro direito fundamental ao conhecimento (...) da paternidade e da maternidade*” pois que “*representam uma referência essencial de cada pessoa, enquanto suporte extrínseco da mesma individualidade*”.

²³⁸ Cfr. COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de., *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 51. Segundo CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 462 A historicidade pessoal abarca um direito ao conhecimento da identidade civil dos progenitores, sendo para tal, fundamento de ações de investigação da paternidade e maternidade. No mesmo sentido vai DUARTE, Tiago, “*In Vitro Veritas?*”..., ob. cit., p. 44 considerando que o direito a conhecer a sua ascendência genética “*é formada, no fundo, pela historicidade pessoal (...) e que é constituída pelos seus ascendentes genéticos que lhe transmitiram a informação única e irrepitível que diferencia o indivíduo e o identifica*”.

²³⁹ Cit. OLIVEIRA, Guilherme de, *Procriação com dador...*, ob. cit., p. 38.

Na verdade, apenas se conhecendo a forma da sua existência será possível, no caso da PMA²⁴⁰, a eventual identificação da ascendência genética para a construção da sua história.

Reforçamos, não se pode negar que a singularidade e individualidade da pessoa tem de começar muito antes de se fazer carne. Tem de estar intimamente ligada à sua identidade genética²⁴¹ que comporta “o direito a que ninguém se imiscua indevidamente no sentido de alterar a identidade genética de outrem (manipulação genética); o direito a que ninguém “copie” a nossa identidade genética (Clonagem)²⁴²; e (...) o direito a conhecer a ascendência genética”²⁴³. Este último tem incontornável relação com o direito à identidade genética²⁴⁴ facto que a filiação se baseia, *prima facie*, no critério biológico, apenas permitindo, o nosso ordenamento jurídico, que em casos restritos se sobreponha outro critério para o estabelecimento de tal relação (na adoção o critério afetivo, na PMA heteróloga o da vontade em construir um projeto parental que se pretende desenvolver na afetividade). A identidade do ser humano tem pois de se correlacionar com a sua identidade biológica justificando as proibições de clonagem ou mistura de gâmetas do mesmo sexo²⁴⁵, sendo fundamento para as ações de investigação de paternidade/maternidade e, no nosso ordenamento jurídico, para a proibição do anonimato absoluto dos dadores de gâmetas. Assim, esta verdade biológica que se revela na identidade pessoal expressa, também, na

²⁴⁰ Neste sentido vai, também, REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 63 ao considerar que o direito ao conhecimento da progenitura “inexorável e umbilicalmente ligado ao direito à identidade pessoal” afasta “qualquer limite imanente ao conteúdo do direito à identidade pessoal no sentido de dele excluir a faculdade (...) da pessoa nascida com recurso à procriação medicamente assistida acederem à informação que lhes permita conhecer os progenitores biológicos”, não obstante não defender uma absoluta aplicação deste direito em detrimento de outros interesses igualmente tutelados na lei – como o respeito pela vida privada.

²⁴¹ LOUREIRO, João Carlos, *O direito à identidade genética do ser-humano*, Portugal-Brasil, 2000, *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 40, Colloquia 2, 1999, p. 288, dispõe que “O primeiro sentido do conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, às bases biológicas da sua identidade. (...) [sendo que] o bem que se pretende salvaguardar é a “constituição genética individual”. (...) Assim, identidade é sinónimo de individualidade genética”.

²⁴² Veja-se OTERO, Paulo, *Personalidade...*, ob. cit., pp. 87-88; “A garantia da identidade genética implica a proibição da reprodução artificial da mesma constituição genética ou do mesmo genoma humano”, cit. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital *Constituição...*, ob. cit., p. 473

²⁴³ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 803. No mesmo sentido, OTERO, Paulo, *Personalidade...*, ob. cit., p. 912

²⁴⁴ Em sentido contrário, LOUREIRO, João Carlos, *O direito à identidade...*, ob. cit., p. 290, “...houve quem defendesse que a fórmula identidade genética compreenderia o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores. Contudo, salvo melhor opinião, o problema da identidade genética põe-se a um nível prévio. Trata-se, na verdade, de saber qual é o intocável ao nível do substrato biológico do ser humano. O conhecimento da verdade sobre a progenitura é protegido então ao nível do direito à identidade pessoal, na sua dimensão de direito à historicidade pessoal.

²⁴⁵ “Não se pode perturbar o direito (...) de cada homem herdar as suas características, os seus componentes genéticos sem qualquer tipo de manipulação.”, cit. BARBAS, Stela, *Direito ao património...*, ob. cit., p. 19

existência de um código genético pessoal, é dada como justificação para um conhecimento da ascendência genética²⁴⁶.

Verifica-se, ainda, que este direito à identidade genética é lançado como fundamento para a proibição de qualquer manipulação genética que possibilite uma eugenia dos embriões criados através destas técnicas e que, como vimos, são proibidas. As únicas manipulações quanto à escolha de genes que se poderá fazer são no sentido da escolha do sexo do embrião apenas nos casos em que exista uma doença, pelo que qualquer outra escolha arbitrária estará vedada.

Assim se reforçam os laços entre o direito à identidade genética e o da dignidade pessoal. E tal ligação entre os dois é tão importante que foi tutelada legislador que, no n.º 3 do art. 26º da CRP estabeleceu que “*A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*”. Revela-se louvável a preocupação constitucional em consagrar uma proteção à identidade genética, elevando-o ao estatuto de bem jurídico fundamental. A evolução científica tem sido veloz e o “jogo” da manipulação e experiência genética não poderá pôr em causa a integridade e dignidade do Homem, mostrando-se necessária uma “*responsabilidade jurídico-constitucional para com as futuras gerações*”²⁴⁷.

A identidade genética é a camada mais profunda que compõe a identidade pessoal, integrando a biologia inerente ao ser humano e que o protege de interpretações que possam levar a que a utilização dos conhecimentos científicos ponha em causa a sua integridade, unicidade e dignidade²⁴⁸. Das maiores questões que assola o homem é a procura da resposta a questões de identidade: quem sou? De onde vim? E para onde vou? A última não poderá ser alcançada sem que as outras encontrem uma resposta conciliadora e verdadeira pelo que o direito à identidade genética é, de facto, intrínseco ao direito da identidade pessoal²⁴⁹, o

²⁴⁶ Em sentido contrário veja-se LOUREIRO, João Carlos, “*O nosso pai é o dador n.º XXX*”: *A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Ano 7, n.º 13, 2010, p. 34

²⁴⁷ Cit. BARACHO, José Alfredo, “*A identidade genética...*”, ob. cit. Iguualmente, OTERO, Paulo, “*Personalidade...*”, ob. cit., p. 83-87.

²⁴⁸ LOUREIRO, José Carlos, *O direito à identidade genética...*, ob. cit., p. 239, “*a identidade genética revela, assim, como substrato fundamental da identidade pessoal e (...) enquanto expressão da dignidade do ser humano*”.

²⁴⁹ Em sentido contrário veja-se LOUREIRO, João CARLOS, *Filho(s) de um gâmeta menor?...*, ob. cit., p. 27, que remete para a sua obra *O direito à identidade genética...*, ob. cit., pp. 290-291 que não vê no art. 26º, n.º 3 CRP fundamento para o conhecimento da ascendência genética, mas apenas no direito à identidade pessoal,

que implica um conhecimento da sua ascendência genética²⁵⁰ na medida em que o primeiro “*expressa o conhecimento das nossas raízes genéticas, mesmo que estas não façam parte da nossa história pessoal/social*”²⁵¹.

No âmbito jurisprudencial, o entendimento de que o acesso ao conhecimento da ascendência tem guarida nestes direitos consagrados constitucionalmente tem sido seguido²⁵², principalmente no âmbito de ações de investigação e impugnação de paternidade. Contudo, ao nível da PMA, talvez ainda por recente tema na sociedade e fruto da não revelação pelos pais ao filho do seu modo de conceção, não se encontram acórdãos em que tal direito esteja em litígio²⁵³.

c) Direito ao Desenvolvimento da Personalidade e à Integridade pessoal

O direito ao desenvolvimento da personalidade ganhou autonomização expressa apenas com a Reforma constitucional de 1977, no art. 26º, nº 1, antes apenas estando tutelado pelo princípio da dignidade humana e por outros direitos já consagrados constitucionalmente²⁵⁴.

considerando que o direito à identidade genética apenas pretende garantir as duas primeiras dimensões citadas acima de Vera Lúcia Raposo.

²⁵⁰ Neste sentido, DUARTE, Tiago, “*In Vitro Veritas?*”..., ob. cit., p. 44.

²⁵¹ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 804.

²⁵² Veja-se, a título de exemplo, o Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, nº 1974/13.7TBFAF.G1 (Relatora: Maria Carvalho) de 10-07-2014, “*o conhecimento dos progenitores é um dado importante no processo de auto-definição individual, pois essa informação permite ao indivíduo encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica, revelando-lhe as origens do seu ser. É um dado importantíssimo na sua historicidade pessoal*”; Ac. do STJ, nº 1731/16.9T8CSC.L1.S1 (Relator: Paulo Sá), de 14-05-2019 “*I - A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade (...). II – O direito da autora ao apuramento da paternidade biológica configura uma dimensão essencial deste direito fundamental (...). III - No estágio atual do desenvolvimento científico em que os exames de DNA permitem obter uma quase certeza da paternidade, sectores muito significativos da doutrina e da jurisprudência, bem como a evolução legislativa em áreas relacionadas com os direitos de personalidade e o direito comparado apontam para a ausência de outros valores ou direitos que sobrelevem o direito pessoalíssimo “de conhecer e de ver reconhecida a verdade biológica da filiação, a ascendência e marca genética de cada pessoa*”; Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, n.º25735/15.0T8SNT.L1-2 (Relator: Ondina Alves), de 25-05-2017 “*3-O direito à identidade pessoal, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, associa-se ao direito de constituir família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1 da CRP, abrangendo ambos na sua esfera de proteção o direito ao conhecimento da paternidade e o direito à constituição e/ou destruição do respetivo vínculo jurídico e destina-se, fundamentalmente, a tutelar o direito do filho que pretende conhecer a sua identidade biológica, a sua ascendência e proveniência familiar.*”. Todos disponíveis online www.dgsi.pt, (consultado a 23/03/20)

²⁵³ Destacamos o acórdão nº 101/2009 do TC, p. 12463 que, aquando da averiguação da (in)constitucionalidade da norma que, à época, estipulava o anonimato do dador (art. 15º e 10º LPMA), considerou que a questão da existência do direito ao conhecimento das origens genéticas nunca esteve em causa, mas apenas o seu “peso” e a “importância” que possui no regime da PMA, seguindo o entendimento de CARLOS LOUREIRO

²⁵⁴ Veja-se os arts. 69º, nº 1, 70º, nº 2 e 73º, nº 2 que demonstravam já a infância e adolescência como momento crucial para o desenvolvimento da pessoa. O primeiro revelando-se como “*As crianças têm direito à proteção*

Para MOTA PINTO, a consagração deste direito não se cinge a uma mera “*tutela da individualidade*”²⁵⁵ que procura reforçar o que cada indivíduo tem como único e diferenciador²⁵⁶, elevando a sua autonomia em relação aos outros e proibindo qualquer ato que possa trazer consequências nefastas para a sua esfera jurídica²⁵⁷. É-lhe inerente uma “*dimensão social*”²⁵⁸, o que se compreende, pois que o indivíduo não se desenvolve sem um contexto societário, sem o contacto com o outro, revelando-se como parte de uma comunidade. Daí que, como continua o autor, a realização deste direito “*pressupõe (...) o estabelecimento de um quadro jurídico-normativo de regulamentação dessas relações, por forma a possibilitar justamente condições de desenvolvimento da personalidade*”. Ou seja, daqui se entende que para um desenvolvimento pleno e sem tais interferências abusivas de terceiros, o legislador deverá estabelecer formas de proteção deste direito.

O mesmo autor destringe, ainda, mais duas dimensões presentes neste direito: *a tutela da personalidade e a tutela da liberdade geral de ação*²⁵⁹ da pessoa humana. A primeira integrando um “*direito geral de personalidade*” e a segunda um “*direito geral de liberdade*” tendo, como “*raiz comum*”, a “*garantia das condições de surgimento de uma individualidade livre e autónoma*”²⁶⁰. Deste modo, o desenvolvimento da personalidade do indivíduo só pode chegar a porto seguro e tornar-se pleno se for tutelado um direito a optar de forma livre e autónoma pela ação ou omissão²⁶¹, que é espelho, na formulação de VERA LÚCIA RAPOSO, de um “*direito à liberdade de condução da vida*”²⁶².

da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (...)”, o segundo “*A política de juventude deverá ter como objetivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens (...)*”, e a terceira “*O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, (...) contribua para (...) o desenvolvimento da personalidade (...)*”. Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, *Studia Iuridica* 40, Colloquia 2, Portugal-Brasil, Coimbra Editora, 2000, pp. 151-154.

²⁵⁵ Cit. MOTA PINTO, Paulo, *O direito ao livre...*, p. 157

²⁵⁶ O autor refere mesmo a consagração de um “*direito à diferença*”, o que permite o indivíduo realizar de forma autónoma e individual as suas escolhas no percurso da sua vida do modo que considere mais fiel à sua essência e vontade “*desde que não cause prejuízo a terceiros*”. *Idem*

²⁵⁷ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 243

²⁵⁸ Cit. MOTA PINTO, Paulo, *O direito ao livre...*, p. 159

²⁵⁹ *Idem*, pág. 163. Nas palavras de RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à imortalidade...*, ob. cit. p. 246, “*a primeira apresenta uma dimensão estática de proteção ao que existe, já o segundo se reporta a uma dimensão dinâmica dirigida ao devir*”.

²⁶⁰ Cit. MOTA PINTO, Paulo, *O direito ao livre...*, p. 164

²⁶¹ No mesmo sentido vão CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 463, que entendem este direito como “*...um direito subjetivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória...*”

²⁶² Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 249.

O indivíduo para que desenvolva plenamente a sua personalidade, ou seja, aquilo que é e que o caracteriza e distingue dos demais, deve poder construir o caminho que a sua vida lhe apresenta assegurando-se, para tal, que este direito seja protegido face a interferências de terceiros e do próprio Estado²⁶³. Não obstante, não deve também esquecer que as suas escolhas não podem exceder a sua liberdade sendo responsabilizado pelos seus atos, quando tal aconteça. Neste sentido vão GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que entendem que este direito tutela “*a formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade, a proteção da liberdade de ação de acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias e a proteção da integridade da pessoa*”²⁶⁴.

Vimos já que “o que nos tornamos” é influenciado por “quem somos” pelo que o indivíduo, de forma autónoma e livre, deve poder escolher, sem interferências externas, mas inevitavelmente apoiado por um contexto social que o ajuda a compor a sua historicidade pessoal, por que caminhos enveredar na sua vida. Assim se entende que na busca de “quem se é” esteja verdadeiramente patente a tutela da liberdade geral de ação que, relativamente ao conhecimento das origens, surge como um momento da vida do sujeito que lhe deve permitir optar se pretende conhecer ou não as circunstâncias e os envolvidos na sua origem, consciente que tal conhecimento de saber “de quem se vem” é um elemento que está intrinsecamente ligado à sua personalidade e que contribui para a construção da sua história²⁶⁵. Deste modo, o desenvolvimento da personalidade está intimamente ligado à identidade da pessoa (art. 26º, nº 1 CRP) e entende-se que o direito ao conhecimento das origens genéticas é elemento fundamental de construção do ser, parte integrante da vida de cada um e que importa na construção da sua personalidade.

Como ensinam GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA a densificação do direito ao desenvolvimento da personalidade é composta pelo “*direito à criação ou aperfeiçoamento d[os] [seus] pressupostos indispensáveis*” e que integra, como “*exemplo (...) o direito ao conhecimento da paternidade e maternidade biológica*”²⁶⁶. Em suma, “o

²⁶³ “(...) a noção de desenvolvimento da personalidade é aberta, não podendo o Estado impor uma personalidade-modelo, em nome da boa cidadania, de uma certa conceção de progresso ideológico, ou de um qualquer outro standard. Trata-se, antes do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo «segundo as suas próprias conceções»”. Cit. MOTA PINTO, Paulo, *O direito ao livre...*, p. 167

²⁶⁴ Cit. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 463

²⁶⁵ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 67

²⁶⁶ Cit. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 464

*direito ao conhecimento da paternidade biológica (direito de conhecer (...) a ascendência biológica e a marca genética de cada pessoa) decorrência dos direitos de identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, assume a natureza de direito fundamental*²⁶⁷. Assim, nas palavras de RAFAEL 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 (ou até por qualquer entidade pública ou privada), não será difícil reconhecer a lesão profunda naquela autonomia e liberdade individuais que tal impedimento provoca*”²⁶⁸.

Havendo um código genético próprio, substrato da identidade pessoal, e que integra a construção da história da pessoa, tendo todo este âmbito proteção constitucional e dado que permite a inferência de um direito ao conhecimento das origens genéticas, demonstra-se que a identidade transporta, em si, um outro direito que vela pelo ser humano – o da integridade. A todos é garantida a proteção da sua integridade, seja ela física ou moral (art. 25º, nº 1 CRP) e o direito ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo constitui, igualmente, “*um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico pessoal e, em especial, da integridade desta*”²⁶⁹. Isto porque, se o artigo procura salvaguardar todos os aspetos físicos e morais que integram o ser humano e cuja tutela lhe verte dignidade²⁷⁰, “*se o desconhecimento de elementos relativos à “localização individual” pode afetar profundamente o bem estar físico e psicológico do indivíduo, a conclusão será a da pertinência da sua mobilização*”²⁷¹. Veja-se, a título de exemplo, os efeitos que a limitação ao conhecimento poderiam provocar no indivíduo que padecesse de alguma doença ou tivesse algum problema clínico que pudesse ser ultrapassado com o recurso aos ascendentes genéticos, ou perturbações e mau estar psicológico por desconhecer as suas origens e a sua história pessoal²⁷².

²⁶⁷ Cit. Ac. do STJ nº 2344/15.8T8BCL.G1.S2, Relatora: Graça Amaral, de 15-02-2018 (consultado a 23/03/2020), disponível em www.dgsi.pt

²⁶⁸ Cit. *Idem*.

²⁶⁹ Cit. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição...*, p. 463

²⁷⁰ Este direito corresponde, nas palavras de BARACHO, José Alfredo, *A identidade genética...*, ob. cit., p. 4, “*a o que é intangível, isto é, o que não pode ser tocado*”. Sendo assim os limites que, ultrapassados, violam imediatamente o princípio da dignidade humana.

²⁷¹ Cit. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 64-65

²⁷² No mesmo sentido, mas para o âmbito da adoção veja-se, PINTO MONTEIRO, J., *O direito a conhecer as origens na adoção, Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 4, nº 8, 2007, pp. 72-73

2. O Anonimato do Dador e o Direito ao Conhecimento das Origens no Direito Comparado e em Portugal

Aqui chegados, as inferências feitas *supra* relativas aos princípios que sustentam a existência de um direito ao conhecimento das origens no nosso ordenamento jurídico, permitem-nos concluir que seria inconstitucional um sistema normativo que contemplasse o segredo absoluto quanto ao conhecimento de como se foi gerado ou do seu património genético²⁷³.

Não obstante, não podemos olvidar que os direitos, mesmo aqueles tidos como fundamentais e que têm sempre presente a tutela da dignidade humana, não são absolutos podendo, quando chocam diretamente com um outro, contrair-se para que este não seja violado. De facto, o direito ao conhecimento às origens no âmbito da PMA choca de frente com um valor que, também ele integrado como direito fundamental na categoria dos direitos liberdades e garantias²⁷⁴, permite a não ingerência de outrem na vida privada do titular desse direito²⁷⁵ – o da reserva da intimidade da vida privada, previsto no art. 26º, nº 1 CRP.

O direito à reserva ou intimidade da vida privada²⁷⁶, protegido pela CRP, procura resguardar o convívio entre os seus membros de forma a que não seja alvo de intromissões

²⁷³ Neste sentido vão os autores, OTERO, Paulo, *Personalidade...*, ob. cit., p. 72; CAMPOS, Diogo Leite de, *A procriação medicamente assistida...*, ob. cit.; DUARTE, Tiago, “*In Vitro Veritas?*”..., ob. cit., pp. 44-48

²⁷⁴ CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 415 debruça um regime geral dos direitos fundamentais e um regime específico dos direitos, liberdades e garantias. O primeiro revela-se como “*um regime aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam consagrados como «direitos, liberdades e garantias» ou como «direitos económicos, sociais e culturais», e quer se encontrem no «catálogo dos direitos fundamentais» ou fora desse catálogo, dispersos pela Constituição*”. Já o regime específico dos direitos, liberdades e garantias será uma “*disciplina jurídica da natureza particular, consagrada nas normas constitucionais, e aplicável, em via de princípio, aos «direitos, liberdades e garantias» e aos direitos de «natureza análoga»*”. Contudo, o autor considera não existirem dois grupos distintos de direitos fundamentais que careçam de dois regimes diversos “*O que existe é um regime geral (a todos aplicável) e um regime especial (próprio dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga) que se acrescenta àquele.*”

²⁷⁵ Além de os direitos fundamentais cumprirem uma “*função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspetiva: (1) (...) proibindo fundamentalmente as ingerências destes [poderes públicos] na esfera jurídica individual; (2) (...) o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (...) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos...*”, também comportam uma “*função de proteção perante terceiros*”, impondo “*um dever ao Estado*” de “*adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros*”. Cit. CANOTILHO, Gomes *Direito Constitucional...*, ob. cit., pp. 408-409

²⁷⁶ Distinto de uma outra veste, mas numa ótica anglo-americana, designada de *privacy*, a que MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Separata de Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 527, considera ser próximo ao direito geral de personalidade que conhecemos no nosso ordenamento jurídico. Sobre a *privacy* norte americana e a privacidade europeia veja-se, RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade...*, ob. cit., pp. 280-285 Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, *A reserva da intimidade da vida privada e familiar*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII, nº 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 14-15, este conceito de

indesejadas, revelando-se “*uma esfera de caráter defensivo*”²⁷⁷ de modo a que vejamos parte da nossa vida pessoal protegida, sem “andar nas bocas do mundo”.

A questão que se coloca é a de saber qual dos dois direitos deverá ser restringido de modo a que o outro se concretize. E deverá ser uma restrição absoluta ou parcial? Ou seja, dever-se-á pôr em causa o direito à intimidade, garantindo-se de forma livre e sem entraves o exercício do direito ao conhecimento do dador de gâmetas de forma ampla, de modo a incluir a identidade do dador? Ou o exercício desse direito deverá ser pensado de modo a que tal restrição só seja possível de ocorrer nos casos indispensáveis analisados pelo julgador caso a caso (tome-se, por exemplo, uma situação de saúde ou afetação psíquica pela obliteração deste conhecimento)?

De notar que a questão em causa se baseia somente neste conflito dado que, como vimos *supra*, não se coloca a possibilidade de através do conhecimento das origens genéticas se estabelecer qualquer tipo de relação de filiação legal, como decorre dos arts. 10º, nº 2 e 21º da LPMA.

Dependendo do ordenamento jurídico e do destaque dado à verdade biológica podemos chegar a diferentes situações colocando-se, em primazia, um dos dois direitos em conflito sem esquecer que são invocados, também, direitos dos beneficiários de modo a sustentar teses que proclamam o anonimato. Vejamos agora as opções tomadas pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros mais próximos e por qual o nosso ordenamento jurídico português acabou por adotar.

2.1 O Anonimato do Dador de Material Genético no Direito Comparado

A questão do anonimato dos dadores no âmbito da PMA sempre foi um ponto complexo levantando questões éticas e legais que deram azo a várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Se antes, nos ordenamentos jurídicos europeus, o pêndulo tombava para o lado do dador²⁷⁸ protegendo-o contra qualquer interferência externa não admitida (excetuando os

privacy “resulta da visão individualista do Estado e da vida: cria-se uma zona reservada (...) de cada indivíduo (...) independentemente de qualquer valorização ética”.

²⁷⁷ Cit. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A reserva...*, ob. cit., p. 18

²⁷⁸ Veja-se o já referido Comité *ad hoc* d’experts sur la Bioéthique do Conselho da Europa, em 1988, que optava pelo anonimato dos dadores, mas dando liberdade de conformação aos Estados-Membros ou, ainda, a Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, no seu ponto (29) e art. 14º, nº 3, in *Jornal Oficial da União Europeia*, disponível online http://www.cnpma.org.pt/CNPMA%20Legislacao/Legislacao_Directiva_2004_23_CE.pdf (consultado a 14/05/20)

casos do direito à saúde), verificamos agora que a consciência dos direitos e do superior interesse das crianças a nascer, máxime do pleno desenvolvimento da sua personalidade e integridade²⁷⁹, se tornaram argumentos de índole fácil e precipitada invocação alegadamente sustentadores para o levantar do véu do anonimato do dador de gâmetas ou embriões.

Não obstante, verificamos que os ordenamentos jurídicos se dividem entre sistemas de anonimato absoluto, de anonimato mitigado (permitindo-se vários níveis de conhecimento) e de direito ao conhecimento da identidade do dador.

Em França, a lei n.º 94.654 de 29 de julho de 1994 veio regular a PMA, permitindo-a no âmbito heterólogo, mas impondo o muro do anonimato do dador²⁸⁰ de forma muito coesa dado que apenas por motivos médicos pode ser levantado, mas sem nunca revelar a identidade do mesmo²⁸¹. Tal opção foi conforme ao peso que o anonimato, naquele país, sempre verificou principalmente quanto à maternidade (onde os partos anónimos são permitidos²⁸²), distinguindo-a do “ser-se mãe” e olhando para a relação parental como uma construção social²⁸³. Apesar de, em 2019, se ter procedido a uma revisão legislativa no âmbito da PMA com a apresentação de um novo projeto de lei com o objetivo de se alargar estas técnicas a todas as mulheres independentemente do estado civil e orientação sexual, o anonimato dos dadores manteve-se.

A Lei n.º 40 de 19 de fevereiro de 2004²⁸⁴ veio regular o recurso às técnicas de PMA, em Itália, de forma bastante restritiva impondo condições que revelam a consideração pela aplicação destas técnicas como *ultima ratio*, consagrando o princípio da subsidiariedade (no seu art. 1.º, n.º 2²⁸⁵). Assim, apenas podem recorrer a elas cidadãos e residentes em Itália com

²⁷⁹ Cfr. Parecer n.º 87/CNECV/2016, pp. 11-12

²⁸⁰ Veja-se, neste âmbito, Feuillet-Liger, Brigitte, *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international / dir.* Brigitte Feuillet-Liger, Bruylant Bruxelles, 2008, pp. 39-54

²⁸¹ Cfr. STANZIONE, Maria Gabriella, *Anonymous birth, medically assisted procreation techniques and right to know one's origins in a comparative perspective*, in *Debatendo...*, ob. cit., p. 103; O art. L 1244-6 do Code de la Santé Publique (na redação da Loi n.º 2004-800 du 6 août 2004) dispunha que “un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur”

²⁸² O secretismo do nascimento só pode ser levantado a requerimento da criança e com o consentimento da mãe que a gerou. Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act? The rights of donor-conceived children to know their biological origins*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 40, N.º 3, 2012, p. 635

²⁸³ Cfr. BAUDOUIN et LABRUSSE-RIOU, *Produire l'Homme: de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, 1987, *apud.* CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?...*, ob. cit., p. 634

²⁸⁴ Para um estudo mais profundo, veja-se, SANTOSUOSSO, F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004; FERRANDO, Gilda, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corriere giur.*, 2004, p.810 ss.

²⁸⁵ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004, disponível online, <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm> (consultado a 05/05/20)

um diagnóstico de infertilidade, pelo que nem a existência de alguma patologia genética se revelará suficiente para recorrer a tais técnicas se aquele primeiro requisito não se verificar²⁸⁶. Num país marcado pelo peso da religião, a PMA heteróloga não se admitia²⁸⁷ (art. 4º, nº 3), pelo que a questão do levantamento do anonimato não se punha²⁸⁸. Apesar de o Tribunal Constitucional Italiano, em 2014, ter consagrado a inconstitucionalidade da proibição de PMA heteróloga²⁸⁹ abrindo-se, deste modo, o debate sobre a questão do anonimato dos eventuais dadores de gâmetas²⁹⁰, a lei originária manteve-se inalterada. Tendo esta lei sido alvo de várias intervenções jurisprudenciais, tanto nacionais como internacionais, em vários âmbitos, revela-se que em relação à regulação da PMA, Itália, “desenvolveu um novo direito de reprodução assistida que se desvia da lei original”²⁹¹.

Tal como acontece em Portugal, no ordenamento jurídico espanhol este direito ao conhecimento das origens terá sustento constitucional não através de uma norma expressa na sua Constituição, mas por invocação de princípios e direitos constitucionais invioláveis - como a dignidade da pessoa, o livre desenvolvimento da personalidade²⁹² (art. 10º, nº1) e o direito à integridade física e moral (art. 15º)²⁹³ - que o tornam num verdadeiro direito de personalidade²⁹⁴ e que permitem incluí-lo no amparo destes direitos²⁹⁵. No âmbito da PMA,

²⁸⁶ Apenas em 2015 o Tribunal Constitucional Italiano, no seu ac. 96/2015 considerou inconstitucional a exclusão dos casais férteis com alguma patologia transmissível no recurso às técnicas de PMA. Sendo que já em 2012, com o caso *Costa Pavan v. Italia*, o TEDH já tinha condenado Itália pelo mesmo motivo, considerando-a violadora do art. 8º da CEDH. Cfr. IVONE, Vitulia, *Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudenciais*, in *Debatendo...*, ob. cit., pp. 196-197

²⁸⁷ “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa.”, *Idem*.

²⁸⁸ Estipulando no seu art. 9, nº 1 que nos casos em que se viole a proibição heteróloga, o cônjuge ou unido de facto que tenha dado o consentimento não poderá, mais tarde, impugnar a paternidade do filho assim gerado.

²⁸⁹ Sentenza 162/2014 Corte Costituzionale: inconstituzionalità divieto di eterologa di cui alla legge 40 del 2004. <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>.

²⁹⁰ STANZIONE, Maria Gabriella, *Anonymous birth...*, ob. cit., p. 102

²⁹¹ Cit. IVONE, Vitulia, *Perfis atuais...*, ob. cit., p. 200. Veja-se, que para além da intervenção jurisprudencial no âmbito da PMA heteróloga, esta também teve grande incidência em questões como a proibição do diagnóstico genético pré-implantação para pais com doenças genéticas e a implantação obrigatória de 3 embriões na mulher, numa única intervenção. Cfr. *Idem*, p. 198

²⁹² QUESADA GONZÁLEZ, Corona, *El derecho (¿constitucional?) a conocer el próprio origen biológico*, in Anuário de Derecho Civil, 1994- II, pp. 246-252; No mesmo sentido veja-se RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre)*, in Revista Jurídica de Catalunya, nº 1, 2004, pp. 105-134

²⁹³ QUESADA GONZÁLEZ, Corona, *El derecho (¿constitucional?)...*, p. 292

²⁹⁴ QUESADA GONZÁLEZ, Corona, *El derecho (¿constitucional?)...*, pp. 253ss

²⁹⁵ Veja-se o acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol (Tribunal Constitucional Sala Primera. sentencia 7/1994, de 17 de enero de 1994, BOE núm. 41 de 17 de febrero de 1994) que considerou que a identificação das origens é parte essencial do direito à identidade, como consequência da proteção integral de todas as crianças, patente no art. 39º da Constituição Espanhola., Cfr. STANZIONE, Maria Gabriella, *Anonymous Birth...*, ob. cit., p. 95

a Ley 35/1988, de 22 de novembro foi a primeira a regular estas técnicas, restringindo ao máximo a possibilidade de se conhecer os dadores²⁹⁶. Acabou por ser revogada pela Ley 14/2006, de 26 de maio que veio regulá-las e estabelecer, no seu art. 5º, o anonimato do dador, garantindo a confidencialidade dos seus dados pelos bancos de gâmetas e pelos registos. Estabelecendo um anonimato com vários níveis²⁹⁷ estipula ainda que “*Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. (...) e que “sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias 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”*”²⁹⁸. Estipula-se, tal como em Portugal, que o conhecimento da identidade não implicará, em nenhuma circunstância, o estabelecimento da filiação entre o dador e a criança (art. 8º, nº3).

a) Razões Invocadas Para a Defesa do Anonimato

A questão do (não) anonimato comporta em si uma grande celeuma doutrinária, fazendo elevar vozes dos que, por um lado, sustentam a sua abolição e dos que, por outro, mantêm pé firme quanto à sua manutenção. Como assevera QUESADA GONZÁLEZ, “*La cuestión de si debe o no negarse al hijo nacido de FAD*”²⁹⁹ *la posibilidad de conocer y averiguar su procedencia biológica o genética, está muy estrechamente relacionada con la de si debe preservarse o no el anonimato del dador*”³⁰⁰. E tal questão é complexa porque se toma consciência do confronto de direitos que as partes (dadores, beneficiários e criança) são titulares e que querem ver protegidas.

Para os defensores do anonimato é muitas vezes lançado como primeiro argumento a grave violação que seria do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do dador que apenas surge nesta equação de forma voluntária e sem qualquer interesse em

²⁹⁶ Sobre este diploma veja-se QUESADA GONZÁLEZ, Corona, *El derecho (¿constitucional?)...*, p. 294 e RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Aspectos jurídico-privados más relevantes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*, in Boletín de Información del Ministerio de Justicia, ano 43, nº 1517, Madrid, 1989, pp. 551-581

²⁹⁷ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 431

²⁹⁸ Cit. Ley 14/2006, de 26 de mayo, disponível online, <https://sid.usal.es/idocs/F3/LYN9282/3-9282.pdf> (consultada a 07/05/20); Para mais aspetos sobre as normas estipuladas no ordenamento jurídico espanhol para a PMA, veja-se, REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., pp. 365-367

²⁹⁹ Fecundação Assistida com recurso a terceiro dador

³⁰⁰ QUESADA GONZÁLEZ, *El derecho (¿constitucional?)...*, ob. cit., p. 285

estabelecer uma relação tanto com a criança gerada como com a família que beneficiou do seu ato. Este direito à intimidade da vida privada é protegido na nossa Constituição, no seu art. 26º, nº 1, reforçando no seu nº 2 que “*A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*”. Este direito é ainda tutelado noutros diplomas como o CC (art. 80, nºs 1 e 2³⁰¹) e o Código Penal (nos art. 190ºss) mas também em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12º)³⁰² e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 8º, nº1)³⁰³³⁰⁴.

Nas palavras de BASTOS DE ALMEIDA, “*o direito à privacidade visa assegurar a paz e a tranquilidade daquela parte da vida das pessoas que não é consagrada a uma atividade pública. Este direito é violado quando se toma conhecimento daquilo que a pessoa protegida deseja manter fora do conhecimento alheio*”³⁰⁵.

CAPELO DE SOUSA entende que “*é sobretudo na intimidade da vida familiar, doméstica, sentimental e sexual e no ser do homem para si mesmo que reside uma maior eficácia da reserva, originando um crivo muito mais apertado de eventuais causas de justificação da ilicitude nas ofensas a tais bens*” Continua considerando que “*no que toca à tutela civil do sigilo do ser e da vida privada, importa frisar que (...) não são apenas tutelados os bens de personalidade de específica previsão legislativa (...) mas também, por força da tutela geral da personalidade, (...) [todas as] ações, omissões ou caracteres do modo de ser particular que, recognoscivelmente, qualquer individuo mantém escondidos, manifestando a vontade de os não querer revelar e face aos quais há um interesse não ilícito e socialmente compreensível na manutenção do respetivo segredo*”³⁰⁶.

³⁰¹ “1-Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem” e “2-A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”

³⁰² “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”

³⁰³ “1-Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2-Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”

³⁰⁴ Sobre o enquadramento do direito à privacidade e contexto do seu surgimento, veja-se, BASTOS DE ALMEIDA, Teodoro, *O direito à privacidade...*, ob. cit., pp. 375-376 e 378-382

³⁰⁵ Cit. *Idem*, p. 384

³⁰⁶ Cit. SOUSA, Capelo de, *O Direito Geral...*, ob. cit., pp. 328-355

Nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, as “*principais dimensões do direito à intimidade da vida privada [são], por um lado, o direito de impedir o acesso de terceiros a informações sobre a vida privada e familiar; por outro, o direito a que não sejam divulgadas informações dessa índole. A exata delimitação do seu âmbito de proteção (...) deverá ter em conta, (...), o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação.*”³⁰⁷ Assim, há que verificar se o direito ao conhecimento da identidade do dador é “justificação da ilicitude da ofensa” ao direito que este tem a que seja resguardada a sua atuação passada e que permite que, anos mais tarde, lhe possa “bater à porta” alguém que procure saber mais informações sobre ele. Isto porque considero que o que preocupa os dadores não será tanto a mera revelação do nome civil dos mesmos, mas sim o desencadear de uma grande curiosidade e de pesquisas por parte do indivíduo assim gerado, e a eventual intromissão não desejada que a concessão de tal informação implica.

Ajudando a sustentar a defesa da reserva da identidade do dador lançam-se os argumentos da diminuição do número de dadores que o desvendar de tal situação poderá provocar, o que levaria a que não se conseguisse alcançar o objetivo primordial da PMA – fazer face à infertilidade - e à diminuição do número de crianças nascidas por esta via³⁰⁸. A redução do número de dadores pode trazer riscos acrescidos: o do recurso a vias ilegais para obtenção dos gâmetas³⁰⁹, a não garantia da qualidade dos gâmetas utilizados pelos beneficiários³¹⁰ e o aumento do turismo para países em que o anonimato seja assegurado³¹¹.

Para além disto, não se pode olvidar que permitindo que outras pessoas pudessem realizar o seu projeto parental, a atuação do dador foi desprovida de qualquer interesse em vir a estabelecer uma relação com a criança, tendo sido realizada de forma altruística, o que “*corresponde à atitude psicológica do dador que nunca alimentou um projeto de paternidade*”³¹².

³⁰⁷ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 287

³⁰⁸ Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act? The rights of donor-conceived children to know their biological origins*, in *Georgia Journal of International and comparative Law*, Vol. 40, Nº 3, 2012, p. 642; QUESADA GONZÁLEZ, *El derecho (¿constitucional?)...*, ob. cit., p. 286

³⁰⁹ “...meeting a sperm donor by sperm directly on the Internet is a growing business”, Cit. HARPER, Joyce, et al., *The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business*, in *Human Reproduction*, Vol. 31, nº6, 2016, p. 1135

³¹⁰ PENNING, Guido, *The Reduction of Sperm Donor Candidates Due to the Abolition of the Anonymity Rule: Analysis of an Argument*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Vol. 18, nº 11, 2001, p. 617

³¹¹ Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act...*, ob. cit., p. 643

³¹² OLIVEIRA, Guilherme de, *Procriação com dador...*, ob. cit., p. 38

Por fim, em relação à família, o anonimato permite que esta se sinta segura pois tem presente a impossibilidade de intromissão de um terceiro desconhecido no seio familiar evitando-se perturbações para a criança e permitindo que se proteja, também, a esfera privada da família dado que os restantes membros podem não saber da condição de infertilidade do casal e a revelação de tal situação poderia ser humilhante para o mesmo³¹³. Assim, os argumentos da defesa da paz e da unidade familiar³¹⁴ e da estabilidade emocional e psicológica³¹⁵ da criança gerada (e dos restantes membros da família³¹⁶) são também invocados pelos defensores do anonimato, considerando-se que, apesar de o direito à historicidade pessoal³¹⁷ e desenvolvimento interior da criança³¹⁸ serem fundamentais, “*não vislumbram qualquer vantagem para a criança em conhecer as vicissitudes do seu nascimento*”³¹⁹. Argumenta-se, ainda, que se se tornasse uma imposição legal informar os filhos sobre o modo como foram gerados, ou caso o Estado criasse mecanismos que assegurassem essa informação, tal constituiria uma grave violação do direito à intimidade da reserva da vida privada do núcleo familiar, pois que o Estado deve evitar ao máximo aí intrometer-se, forçando a revelação de uma informação que os pais tenham optado por não fazer³²⁰.

³¹³ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 797

³¹⁴ QUESADA GONZÁLEZ, *El derecho (¿constitucional?)...*, ob. cit., p. 286; Neste sentido se pronunciaram NUNES, Rui e MELO, Helena, *Relatório/Parecer nº P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida*, p. 36, disponível online http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf (consultado a 13/05/20)

³¹⁵ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *O nosso pai é o dador nº XXX*”..., ob. cit., p. 11

³¹⁶ Como refere LOUREIRO, Carlos, *Filho(s) de um gameta menor?*..., ob. cit., p.14, “quando consideramos os riscos da procriação heteróloga não podemos bastar-nos com uma consideração restritiva, meramente tecnológica do problema, importando-nos ter presente o eventual impacto psicológico nas relações horizontais – desde logo, marido/mulher – e verticais (ex: formação da identidade das crianças)”. Ao referir-se às relações verticais – filho e pais – considera que “o ter que lidar com “parentalidades” múltiplas ou o desconhecimento da identidade do genitor poderá vir a afetar o filho”, *Idem*, p. 15; Veja-se quanto às implicações psicológicas associadas à PMA heteróloga, RICO, Miguel, *Inseminação artificial com recurso a dação de gametas: implicações psicológicas*, in Rui NUNES/Helena MELO (Coord.) *Genética e reprodução humana*, Coimbra, 2000, p. 133-157; e SÁ, Eduardo, *Problemas psicológicos da fecundação com esperma do dador*, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 de dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp.41-48.

³¹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 798

³¹⁸ Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?*..., ob. cit., p. 647

³¹⁹ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 798; Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?*..., ob. cit., p. 647. A autora enuncia, ainda, vários estudos realizado nos Estados Unidos e na Europa fazendo antever os efeitos a nível psicológicos que a ocultação provoca para a criança (pp. 648-649).

³²⁰ Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?*..., ob. cit., 642. A autora dá exemplo como forma do Estado assegurar tal informação através da menção nos assentos de nascimento, ou de um sistema de entrega de carta a enviar quando a criança alcance uma determinada idade.

2.2 Direito ao Conhecimento da Identidade do Dador no Direito Comparado

Comum é referir-se a Lei Sueca como impulsionadora da quebra do anonimato do dador de esperma, estabelecendo um direito ao conhecimento das origens genéticas. Na sua lei nº 1140, de 20 de dezembro de 1984³²¹, o direito à intimidade do dador acaba por cair em detrimento do direito ao conhecimento da ascendência biológica, estabelecendo o seu art. 4º que “A criança concebida mediante inseminação nos termos do artigo 3 tem direito, assim que atinja a maturidade suficiente, a conhecer os dados relativos ao dador anotados no registo especial do hospital”³²².

Em 1984, na Inglaterra, Mary Warnock elaborou um relatório que procurava estabelecer as implicações sociais, éticas e legais no âmbito da reprodução assistida³²³ e, debruçando-se sobre a questão em estudo, optou pelo anonimato do dador - “*We recommend that as a matter of good practice any third party donating gametes for infertility treatment should be unknown to the couple before, during and after the treatment, and equally the third party should not know the identity of the couple being helped.*”³²⁴. Apenas se admitiria, ao alcançar a maioridade, obter determinadas informações sobre o mesmo - “*We recommend that on reaching the age of eighteen the child should have access to the basic information about the donor's ethnic origin and genetic health and that legislation be enacted to provide the right of access to this, (...)*”³²⁵. Este relatório tornou-se uma das principais referências para os legisladores europeus no âmbito da PMA³²⁶ e foi a base de orientação para o *Human Fertilization and Embryology Act*³²⁷, em 1990, mantendo-se o anonimato apesar de se preservar um registo com informações sobre o dador e a própria criança gerada. No entanto, tendo em conta os efeitos que este anonimato tão restrito trazia consigo, em 2002 abriu-se um precedente que levou a que, 2 anos mais tarde, se viesse a verificar a opção parlamentar pela queda do anonimato. No caso *Rose v. Secretary of State for Health*, o tribunal aceitou as alegações de uma mulher e de uma criança geradas através de PMA heteróloga que

³²¹ LAG OM INSEMINATION (Svensk forfattningssamling [SFS] 1984:1140)

³²² Veja-se quanto à verdadeira eficácia deste direito e dando soluções para promover o direito à informação, STOLL, Jane, *Swedish donor offspring and their legal right to information*, Uppsala, 2008; Ainda CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?*..., ob. cit., pp. 633 e 635

³²³ Cfr. WARNOCK, Dame Mary, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, July 1984, HMSO, 1984, p. iv, disponível online https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf (consultado a 24/04/20)

³²⁴ Cit. *Idem*, pp. 15 e 20

³²⁵ *Idem*, pp. 24-25

³²⁶ Cfr. CAMARA AGUILA, M., *Sobre la constitucionalidad...*, ob. cit., p. 135

³²⁷ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 426

contestavam a dificuldade da divulgação de informações sobre os dadores e, tendo por base o art. 8º da CEDH³²⁸, acabou por considerar que este artigo abarcaria um direito a obter informações sobre as suas origens incluindo a identidade do dador de esperma³²⁹. A partir de 2005 verificou-se a queda do anonimato permitindo-se, a quem tenha sido gerado através da PMA e atingidos os 18 anos, aceder à identidade do seu dador³³⁰.

O ordenamento jurídico alemão não optou, igualmente, pelo anonimato do dador³³¹, considerando que o conhecimento das origens genéticas teria no seu substrato um respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana e se revelaria como uma “*subespécie do direito geral de personalidade*”³³². Desde cedo que a verdade biológica se mostrou uma herança tradicional nesse ordenamento jurídico³³³, sendo que o direito a conhecer as origens³³⁴, apesar de não estabelecido expressamente na constituição alemã, seria reconhecido com base no direito à identidade genética e ao livre desenvolvimento da

³²⁸ “1- Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2 - Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

³²⁹ Cfr. *Rose v. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embryology Authority*, [2002] EWHC 1593 (Admin), *apud* CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?...*, ob. cit., p. 655; Consulta sobre o acórdão disponível online <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1fb2c94e0775e7ef597>

³³⁰ Cfr. Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations, 2004. Disponível online <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1511/made> (consultado a 24/04/20). Até aí só se poderia aceder a determinadas características do dador (como o sexo, peso, altura, etnia, cor dos olhos, cabelo e pele, se era adotado, historial médico...), sendo que a partir de 1 de abril a identidade civil seria perfeitamente identificável (através do nome e apelido, data de nascimento, última residência, entre outros)

³³¹ Cfr. FURKEL, M.F., *Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne*, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, 49, 4, Octobre-décembre 1997, p. 936ss; *Embryonenschutzgesetz*, de 13 de Dezembro de 1990

³³² Cit. KLEINEKE, Wilhelm, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, *apud*, REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 38; Cfr. FURKEL, M.F., *Le droit à la connaissance...*, ob. cit., p. 936. Em 1987, o Tribunal Cantonal de Pässeau veio estabelecer a ideia de que existe um direito ao conhecimento das origens que se sobrepõe ao direito à privacidade das mulheres em não indicar qual seria a identidade do pai biológico. Entendimento que foi reforçado pelo Tribunal Constitucional fundamentando-se na tutela do direito geral de personalidade (FURKEL, M.F. p. 940-941)

³³³ Sendo exemplo a não admissibilidade dos partos anónimos; QUESADA GONZÁLEZ, Corona, *El derecho (¿constitucional?)...*, ob. cit., pp. 238-240, revela que desde o final da década de quarenta que alguma parte da doutrina já defenderia o direito a conhecer as origens mas através de um entendimento de tutela de um direito geral de personalidade procurando, face ao impulso que a Alemanha nazi deu à filiação biológica, proteger esse direito mas afastá-lo das sombras da época.

³³⁴ Cfr. FURKEL, M.F., *Le droit à la connaissance...*, ob. cit., p. 942; Não obstante não se reconheceu um direito absoluto ao conhecimento das origens, acabando por se reconhecer um direito de reivindicar sem ocultação ou reserva da mesma quando tais informações puderem ser obtidas – Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, Corona, *El derecho (¿constitucional?)...*, ob. cit., p. 244

personalidade³³⁵ - jurisprudencialmente, em 1989, pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) - como um direito fundamental fundando-se nos artigos 1º, nº 1 e 2, nº 1 da Constituição da República Federal Alemã (*Grundgesetz*).

A 13 de dezembro de 1990, a Alemanha regulou a PMA através da sua “Lei de Proteção de Embriões” (*Embryonenschutzgesetz*) mas onde não esclareceu expressamente a questão do anonimato dos dadores³³⁶. Não obstante, seguindo a orientação doutrinária maioritária quanto ao direito ao conhecimento das origens, entende-se que o ordenamento jurídico alemão considera inconstitucional o anonimato dos dadores³³⁷ de esperma³³⁸ na PMA heteróloga, estipulando que a ordem federal dos médicos tem a obrigação de manter o registo de informações relativas àqueles, de modo a tutelar e permitir a concretização de tal direito³³⁹.

Também na Holanda, desde 2004 (através do *Artificial Insemination (donor information) Act*) que os filhos nascidos no âmbito da PMA poderão conhecer a identidade da sua ascendência genética (nome e morada), sendo possível exercer tal direito a partir dos

³³⁵ Olhando para o conhecimento da ascendência genética como uma base para o desenvolvimento da personalidade veja-se, MEYER, Petra, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung*, Nomos Recht, 2005

³³⁶ Cfr. Reis, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 432

³³⁷ Cfr. FREITAS, Susana, *O anonimato do dador e o direito a conhecer a própria origem. Uma aproximação de direito comparado.*, in *Dereito*, Vol. 19, nº 1, 2010, ISSN 1132-9947, p. 48 Contra o anonimato se pronunciaram vários autores, veja-se KLEINEKE, Wilhelm, *Das Recht...*, ob. cit., pp. 292ss, HERZOG, *Die heterologe Insemination in verfassungrechtlicher Sicht*, Würzburg, 1971, pp. 16 e 32, JAHN *Der Bundesjustizminister zur künstlichen Insemination*, Dt. Arzteblatt, 1972, 6, p. 310, este numa perspectiva de que o direito do indivíduo ao conhecimento das origens biológicas nos casos de inseminação artificial deve ser igualmente tutelado como o é nos casos fora da inseminação artificial.

³³⁸ A Alemanha apenas admite a doação de esperma, apesar de, na prática se verificar a utilização também de embriões doados. Cfr. STANZIONE, Maria Gabriella, *Anonymous birth...*, ob. cit., p. 102

³³⁹ Interessante é o caso que chegou ao Tribunal Superior de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*), em 2015, em que duas crianças, nascidas através de inseminação artificial heteróloga, reclamavam o seu direito ao conhecimento das suas origens genéticas que viam impossibilitado de tutelar fruto de um contrato entre a clínica e o dador, estabelecido antes dos tratamentos, em que o segundo renunciava à sua identificação (BUNDESGERICHTSHOF, Urteil, XII ZR 201/13, 28 januar 2015, disponível online <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&client=12&nr=70419&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (consultado a 27/04/20)) O Tribunal Superior acabou por deferir o pedido das crianças ao conhecimento da identidade do seu dador, considerando não existir uma idade mínima para reivindicar tal direito, baseando-se no seu direito à identidade, história pessoal e dignidade humanas e considerando que “a renúncia à identificação por parte dos contratantes – país legalmente incumbidos – assim como o pacto de sigilo guardado entre doador de gametas – pai biológico – e clínica de reprodução, não podem afetar a escolha da filiação em tomar conhecimento de si”. Analisando este caso, pondo-se em confronto os direitos gerais de personalidade e a mitigação do princípio *pacta sunt servanda*, veja-se, SALLES DOS SANTOS, Glauco, *Treu und Glauben e direito ao reconhecimento da origem genética em inseminação artificial heteróloga: notas sobre a decisão XII ZR 201/13 proferida pelo Superior Tribunal de Justiça da Alemanha*, in *Revista Âmbito Jurídico* nº 161, Ano XX, junho 2017, disponível online <https://ambitojuridico.com.br/revista-ambito-juridico/revista-ambito-juridico-no-161-ano-xx-junho-2017/> (consultado a 27/04/20)

16 anos³⁴⁰. Mas interessante é a solução encontrada pelo ordenamento jurídico da Suíça em que se revela uma aparente solução harmonizadora³⁴¹, procurando responder aos interesses de ambas as partes. A sua *Loi fédérale sur La procréation médicalement assistée*, du 18 de décembre 1998, estabelece que a partir dos 18 anos a criança concebida terá direito a conhecer a identidade do dador e estipula que, no momento da doação de esperma, os dadores serão previamente informados de tal direito que assiste à criança que será gerada. No entanto, quando o pedido para se aceder às informações sobre o dador é feito, antes de estas serem cedidas informa-se, primeiro, o mesmo de tal pretensão. Caso recuse a estabelecer contacto com o filho, este último é informado dos direitos que cabem também ao dador em relação à preservação da sua identidade e proteção da vida íntima e familiar. Não obstante, o filho tem direito a levar a sua vontade avante e, aí, os dados ser-lhe-ão entregues (art. 27º). Para formalizar tal prática, um ano mais tarde, a Constituição Suíça, na reforma de 18 de abril de 1999, veio a consagrar expressamente o direito ao conhecimento das origens biológicas dispondo, no seu art. 119º, nº 2, al. g) “*toute personne a accès aux données relatives à son ascendance*”.

b) Razões Invocadas Para o Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas

Primeiramente, há que referir que fruto das evoluções no âmbito da genética e da tecnologia revela-se cada vez mais difícil a ocultação ao indivíduo de que foi concebido através das técnicas de PMA³⁴². O conhecimento do modo como se foi gerado pode acabar por ser inconvenientemente revelado fruto de alguma doença que a pessoa possa desenvolver e que implique uma compatibilização genética ou, até, para a prevenção do seu aparecimento, sendo necessário recorrer-se a características hereditárias para o fazer. Perante tal situação, o acesso às informações sobre o dador pode revelar-se fundamental para que se crie um historial clínico genético necessário à tomada de decisões médicas³⁴³ tornando-se infrutífera a manutenção do segredo. Assim, a defesa de um anonimato absoluto ignora que, muitas vezes, a informação genética é indispensável para a obtenção de melhores cuidados

³⁴⁰ REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 428

³⁴¹ *Idem*, pp. 434-435

³⁴² Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *O nosso pai é o dador nº XXX...*, ob. cit., p. 11; Debruçando-se sobre a evolução dos testes da genética e o seu impacto no anonimato dos dadores de gâmetas, revelando que “*Over 3 million people have already used direct-to-consumer genetic testing to find information about their ancestry, and many are participating in international genetic genealogy databases that will match them with relatives*”, veja-se HARPER, Joyce, et al., *The end ...*, ob. cit., pp. 1135-1136

³⁴³ Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?...*, ob. cit., p. 650

de saúde e vedar-se tal alcance pode aumentar as preocupações individuais, pessoais e psicológicas da criança³⁴⁴ e, em última linha, pôr em causa o seu direito à saúde³⁴⁵.

Considera-se, ainda, que a armadura do anonimato como fundamento para assegurar a paz familiar poderá facilmente cair e deixar a descoberto um facto que, em vão, se pretendeu ocultar. Para tal, basta que um terceiro que conheça a situação de infertilidade do casal se descuide em conversações e a criança fique a tomar conhecimento que o(s) seu(s) pai(s) não o é(são) verdadeiramente³⁴⁶. Não será de negar que o choque e a perturbação emocional e psicológica nestes casos se revelariam bem mais gravosas do que a mera revelação ponderada e prevista pelos próprios pais. Sendo o princípio da verdade um princípio basilar no direito, também o é ao nível das relações pessoais³⁴⁷. Manter tais relações com base numa mentira não será, porventura, a melhor fundação para elevar as estruturas das relações parentais³⁴⁸ e promover um ambiente saudável e harmonioso. O recurso à PMA heteróloga, como forma de combater a infertilidade do casal para que consigam alcançar o projeto parental tão almejado, não pode levar à priorização dos interesses destes pais em detrimento dos dos filhos. Proteger o segredo da infertilidade com base noutro segredo levará a um receio constante de que aquele possa descobrir, por qualquer forma, as condições da sua conceção, enquanto os pais se deveriam focar numa relação baseada na confiança e sem “fantasmas” a rondar as suas relações.

Quanto ao argumento de que a revelação da identidade dos dadores levará a que haja uma diminuição do número de dádivas “*esse argumento não pode, por si, ser decisivo*”³⁴⁹. O que pode acontecer é que se verifiquem mudanças no tipo de dadores que queiram contribuir com os seus gâmetas³⁵⁰. Há que notar que este fundamento só toma em

³⁴⁴ *Idem*

³⁴⁵ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade...*, ob. cit., p. 807. De notar que a tendência é para que quando este direito esteja em causa, o anonimato ceda, prevalecendo o direito à integridade física e psíquica.

³⁴⁶ Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, Maria, *El derecho (¿constitucional?)...*, ob. cit., p. 288. Note-se que quando falamos “verdadeiramente” não estamos a pôr para segundo plano as relações que se estabelecem baseadas na afetividade, apenas como uma verdade biológica.

³⁴⁷ Como assevera Benjamim Rodrigues, na sua declaração de voto ao Ac. do TC nº 101/2009, p. 12472, “*Ora, se existe aspeto estrutural da formação da personalidade é o conhecimento da sua origem natural humana. O direito à verdade constitui algo que está inscrito na dimensão própria da natureza humana*”.

³⁴⁸ Cfr. DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas?...*, ob. cit., p. 48

³⁴⁹ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *O nosso pai é o dador nº XXX...*, ob. cit., p. 12;

³⁵⁰ Um estudo na Suécia demonstrou que após a alteração da lei para a quebra do anonimato, ao invés do típico dador jovem estudantil, aumentou o número de dadores em idade adulta, mesmo já com filhos próprios e em relações estáveis. Cfr. PENNING, Guido, *The Reduction of Sperm Donor...*, ob. cit., p. 618; A semelhantes resultados chegou o estudo *SEED Report* em 2005, no Reino Unido – cfr. LOUREIRO, João Carlos, *O nosso pai é o dador nº XXX...*, ob. cit., pp. 12-13; Ainda, HARPER, Joyce, et al., *The end...*, ob. cit., p. 1136

consideração os interesses do dador de gâmetas, pois que poderá rezear que lhe sejam requeridas responsabilidades que, na verdade, a lei não lhe atribui em caso algum. Como vimos *supra*, a criança gerada com recurso à PMA não poderá impugnar a paternidade do marido da mãe para tentar estabelecer qualquer relação sucessória ou patrimonial com o seu dador³⁵¹. Nem tão-pouco manter a primeira e usufruir destas relações. A eventual relação que se poderia criar seria a nível pessoal, mas nem esta poderá ser reclamada pela criança. Assim, não contendo o conhecimento da ascendência biológica com a filiação, não se poderá alegar que será mais importante preservar o anonimato dos dadores para se garantir um número estável, quando tal não pressupõe quaisquer encargos ou reivindicações ao dador, e implique a exclusão de um direito fundamental que é parte integrante da vida da criança assim gerada. O que deve acontecer é procurar-se outros mecanismos que permitam manter o número de dadores³⁵² e que os protejam de eventuais abusos ou reivindicações por parte dos indivíduos gerados por PMA. Ademais, há quem entenda que os efeitos que o seu ato de doação provoca não se esgotam somente na sua esfera jurídica. Tem repercussões noutra indivíduo e contende com direitos fundamentais de outrem, pelo que o seu direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar não poderá ser absoluto nem prevalecer sobre os direitos da criança³⁵³.

Argumenta-se ainda que “[N]ão deixa de ser paradoxal que o sistema jurídico preveja ações de investigação da maternidade ou da paternidade precisamente para facultar esse conhecimento”³⁵⁴ e depois venha estipular um anonimato absoluto, ou faseado, mas sem que nunca se permita a revelação da identidade do dador. Nesta linha, tal impossibilidade revelaria uma discriminação em relação aos filhos nascidos por ato sexual dado que estes poderão intentar uma ação de investigação oficiosa da paternidade ou maternidade, enquanto os primeiros terão de confiar que os pais “legais ou sociais” serão os

³⁵¹ Como assevera DUARTE, *In Vitro Veritas?...*, ob. cit., p. 65, “Esta possibilidade vai, (...), contra todo o espírito do sistema relativo à dação de material genético, seja ou não reconhecido o anonimato do dador,...”

³⁵² “*When payment is stopped, other forms of compensation like social benefits (gratitude) or psychological satisfaction (improved self-image) must be offered. The same applies to anonymity. It has already been suggested that when anonymity is abolished, the maximum number of offspring by one donor should be decreased. Simultaneously, legal rules that protect the identifiable donor against possible abuses and unjustified claims by the offspring should be adopted. Information and awareness campaigns might also help to change the global image of sperm donation in society at large. If the rule change is accompanied by supporting measures, the effects on the number of donor candidates may be less dramatic*”, cit., PENNINGS, Guido, *The Reduction of Sperm Donor...*, ob. cit., p. 618

³⁵³ Neste sentido, vai a declaração de voto de Benjamim Rodrigues do Ac. do TC nº101/2009, p. 12472

³⁵⁴ Cit. RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade*, ob. cit., p. 798

seus pais biológicos e, quando descubram que não o são, não terão meios para averiguar quem o seja na sua realidade³⁵⁵.

O animato torna, ainda, patente uma atitude discriminatória entre os próprios indivíduos concebidos através de PMA³⁵⁶ cujos beneficiários sejam, por um lado, um casal heterossexual e, por outro, um casal de mulheres ou uma mulher sozinha. Para as crianças destas últimas, torna-se óbvio que não descendem de ambas³⁵⁷, sendo escassas as alternativas sobre a sua conceção (adoção ou recurso a PMA). Constata-se, deste modo, que estas mulheres não conseguirão ocultar ou escapar às questões sobre a conceção. Por ser notória a ausência de um elemento masculino, o segredo do anonimato fica em risco tendo estas crianças uma vantagem sobre as demais que não terão forma de exigir esclarecimentos sobre o tema³⁵⁸ por não se revelar tão perceptível a sua ascendência biológica.

Há ainda que notar um potencial risco na manutenção do anonimato, principalmente para os países onde não se estabeleça um número máximo de utilização de gâmetas doados: poderá ocorrer que se estabeleçam relações de consanguinidade matrimoniais ou de uniões de facto, demonstrando-se necessário alcançar, nestes casos, um mecanismo que permita que a pessoa conheça o seu estatuto de criança gerada por PMA para fazer face a estas situações³⁵⁹.

Revela-se patente que na base dos argumentos contra o anonimato se fazem emergir os vários interesses dos adultos, sejam eles os beneficiários ou dadores, protegendo-se através de argumentos que invocam um interesse e uma proteção da criança assim concebida. *A “noção de interesse da criança, representando um progresso ideológico e retórico, tem um caráter vago e aberto, que se presta a interpretações subjetivas e a manipulações, que traduzem apenas formas de continuar a proteger, acima de tudo, os interesses dos*

³⁵⁵ Certo é que, se teria de prever um mecanismo que permitisse aos filhos gerados através da PMA conhecerem os seus ascendentes biológicos sem que tal implicasse qualquer tipo de relação jurídica.

³⁵⁶ Para não falar da discriminação entre estas crianças e as que são geradas por relação sexual que têm, sempre assegurada a sua história e identidade pessoais.

³⁵⁷ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *O nosso pai é o dador n.º XXX...*, ob. cit., p. 12

³⁵⁸ Cfr. CLARK, Brigitte, *A Balancing Act?*..., ob. cit., p. 657

³⁵⁹ Na Irlanda, existe um registo nacional em que todas as pessoas poderão ser informadas sobre a sua forma de conceção através de PMA, bastando requerer-se uma certidão do seu registo de nascimento. Cfr. HARPER, Joyce, et al., *The end...*, ob. cit., p. 1136. Porém, tal forma de conhecimento das origens poderá ser chocante e sustentamos que o Estado não deverá impor um conhecimento através destas vias por não ser da sua competência intrometer-se nesta esfera tão privada da intimidade do indivíduo, pois temos que o indivíduo também terá direito a não querer saber. Razão pela qual o argumento de se sustentar as relações familiares na verdade se revela primordial. Neste sentido vai QUESADA GONZÁLEZ, Maria, *El derecho (¿constitucional?)*..., ob. cit., p. 289

*adultos*³⁶⁰, pondo-se de lado o verdadeiro interesse de quem é elemento principal e mais vulnerável nesta querela - cujos direitos fundamentais estão a ser preteridos em prol de uma “paz” incerta para todas as partes. Assim, entendem os defensores da queda do anonimato que garantir o direito ao desenvolvimento da personalidade, ao conhecimento da sua história e identidade pessoal deverá prevalecer sempre sobre “*capricho o el deseo de unos adultos en devenir padres*”³⁶¹.

3. Direito ao Conhecimento das Origens em Portugal. Evolução da Discussão

Em Portugal, apesar de só em 2006 se ter estabelecido uma lei reguladora das técnicas de PMA, já muito antes de debruçava sobre estas matérias, não tendo esses debates sido sempre coerentes com a solução, que se estipulou na Lei 32/2006, de 26 de julho, do anonimato dos dadores.

A primeira vez que nos dedicámos à doação de gâmetas de dadores, num plano mais técnico e jurídico, foi no âmbito da Comissão para o Enquadramento das Novas Tecnologias em 1987, iniciando-se, assim, o percurso ético relativo ao anonimato dos dadores, em projetos e pareceres oficiais. Na esteira da referida Comissão, o “Projeto 87”³⁶² estipulou o anonimato dos dadores de gâmetas apenas se admitindo o conhecimento das suas características genéticas perante questões médicas, mas sem nunca ser revelada a sua identidade³⁶³. Em 1993 o Relatório do CNECV sobre a Reprodução Medicamente Assistida (3/CNECV/93), numa perspetiva de negação da PMA heteróloga demonstrou desfavor em relação ao anonimato pois que tal implicaria uma “*privação das relações filiais com o seu progenitor (a que tem direito), desinserindo-o das suas raízes genéticas*”³⁶⁴, sendo que o Parecer 23/CNECV/97 já admitia o reconhecimento deste direito, incluindo a identificação

³⁶⁰ Cit. SOTTOMAYOR, Maria, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica...*, ob. cit., p. 24

³⁶¹ Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, Maria, *El derecho (¿constitucional?)...*, ob. cit., p. 288; PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade...*, ob. cit., p. 73, considerou que “*Não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo (...) que possam impedir alguém de conhecer a respetiva origem e o património genético*”, elencando, de seguida, as razões para que além do direito a conhecer a origem, se deverá estabelecer um direito a conhecer a identidade dos dadores.

³⁶² Assim designado por ARCHER, Luís, *Da Genética à Bioética*, , Coimbra: Associação Portuguesa de Bioética: Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina da Universidade, Gráfica de Coimbra, maio 2006, p. 249, para se referir à “*Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projeto)*”, elaborado pela referida Comissão. O Projeto não seguiu, mas foi publicado: *Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Publicação nº 1, 1990, pp. 35-88

³⁶³ Veja-se os argumentos a favor do anonimato lançados pelo Projeto, *Idem*, pp. 262-263

³⁶⁴ Cit. Relatório -Parecer sobre a reprodução medicamente assistida (3/CNE/93), p. 10

do dador, sem qualquer restrição³⁶⁵, por oposição expressa à Proposta de Lei n.º 135/VII, em 1997, que veio reforçar o anonimato considerando que somente por questões médicas comprovadas ou por razões ponderosas, que o Tribunal reconhecesse³⁶⁶, se poderia levantar o anonimato.

Em 1999, o Decreto n.º 415/VII, num sentido divergente da anterior Proposta de Lei, veio propor a possibilidade da pessoa gerada por PMA, atingindo a maioria, poder ter acesso à identidade do dador, independentemente do consentimento do mesmo³⁶⁷.

No Parecer 44/CNECV/2004, já seguindo os Pareceres 3/CNE/93 e 23/CNECV/97, dispôs-se que “[n]o caso de PMA com recurso a dador de gâmetas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioria legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica. Não obstante, 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 maioria do filho biológico, pelos representantes legais deste³⁶⁸”, mantendo-se sempre o entendimento que do conhecimento não adviria qualquer relação de filiação entre o dador e o ser gerado.

Contudo, as diversas propostas de lei para a regulamentação das técnicas de PMA que os partidos do BE, PS, PCP, e PSD seguidamente expuseram³⁶⁹, acabavam por restringir a possibilidade de conhecimento da identidade do dador às situações médicas ou a outros motivos ponderosos, rompendo com o entendimento que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida tinha em relação a uma abertura ao mesmo.

Foi seguindo esta última linha política orientadora que, aquando da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o legislador adotou a posição do anonimato em relação aos intervenientes nestes processos. Estipulou, face ao ser gerado com recurso a estas técnicas e aos

³⁶⁵ Cfr. ARCHER, Luís, *Da Genética...*, ob. cit., p. 264. No mesmo sentido vai o “Relatório sobre o Projeto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida”, por Joaquim Machado e que precede ao Parecer, onde afirma que “O conhecimento da identidade dos progenitores faz parte da historicidade pessoal e, portanto, da identidade própria e singular, pelo que a ninguém deve ser negado o acesso a esse conhecimento; (...) Aliás, o primeiro dos direitos reconhecidos no n.º 1 do art.º 26.º da Constituição da República Portuguesa é precisamente o da “identidade pessoal”. (...) E não colhe o argumento de que o reconhecimento deste direito levará à inexistência de dadores de sémen”, disponível online in https://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf, p. 4 (consultado a 17/04/2020)

³⁶⁶ Cfr. ARCHER, Luís, *Da Genética...*, ob. cit., p. 265

³⁶⁷ Cfr. *Idem*, p. 266 e REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit. p. 436. Decreto este que acabou vetado pelo Presidente da República

³⁶⁸ Cit. Parecer 44/CNECV/04, p. 5

³⁶⁹ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit. pp. 437-438

beneficiários das mesmas, a confidencialidade sobre o dador e o sigilo do procedimento³⁷⁰. Assim, dispôs no seu art. 15º, nº 1 que *“todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da procriação medicamente assistida”*³⁷¹.

Não obstante, esta restrição só se punha relativamente à identidade do dador dado que o diploma nunca impediu o conhecimento referente às características e condições da genética do mesmo com o intuito de permitir prévios diagnósticos de doenças hereditárias ou apurar tratamentos necessários, tendo em conta a base genética do indivíduo gerado com recurso à PMA, e evitar uma eventual consanguinidade em processos de casamento. Assim dispunha o nº 2 do referido artigo *“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”*. Especificamente, quanto à identificação do dador, apenas se encontravam duas exceções ao anonimato podendo cair nos casos em que o dador o permitisse expressamente (nº 3) ou quando, invocadas “razões ponderosas”, o tribunal assentisse a obtenção de tal informação (nº 4).

O seu nº 3, apesar de indicar que o dador poderia expressamente permitir o levantamento do sigilo, resumia-se às situações em que a pessoa gerada com recurso a PMA tenha pedido informações sobre uma eventual existência de impedimento legal ao casamento que, não constando do registo de nascimento qualquer indicação sobre a forma como a pessoa foi gerada (nº 5 da redação anterior), implicaria efetuar tal pedido ao CNPMA. Contudo, tal demonstrava como o exercício do direito ao conhecimento das origens na PMA heteróloga, que o legislador “teria intenção” de estabelecer de forma a não submeter o nosso ordenamento jurídico a um anonimato absoluto, acabava por cair por terra dado que pressupunha que o sujeito assim gerado tivesse já prévio conhecimento de tal situação. Ora, como bem nota OLIVEIRA ASCENÇÃO, *“Se nada lhe disserem, não adianta dar-lhe o direito de se informar sobre impedimento legal para projetado casamento, (...), porque nem*

³⁷⁰ Confidencialidade imposta não só ao pessoal médico que interveio no procedimento, mas a todos os que *“por qualquer forma”* tomaram conhecimento do recurso à PMA ou da identidade do dador.

³⁷¹ Sendo mais tarde, na redação da Lei nº 25/2016, de 22/08 aditado a este nº os casos de gestação de substituição

*se apercebe da eventualidade. O que significa que o denso silêncio imposto quanto ao dador acaba por se virar contra o próprio ser que for gerado por PMA heteróloga”*³⁷².

Sendo as informações sobre o dador confidenciais, entende-se que os beneficiários destas técnicas não teriam direito a saber quem tinha sido o dador que lhes permitiu a concretização do projeto parental, pelo que o sujeito único detentor de um eventual direito a obter tais informações seria somente a pessoa gerada com recurso a estas técnicas. A orientação consagrada na primeira versão da LPMA levantou dúvidas quanto à constitucionalidade deste artigo devido ao patente entrave ao direito ao conhecimento das origens, uma vez que somente em casos excecionais se conseguiria obter informações relativas à identidade do dador.

JOÃO LOUREIRO³⁷³ considerou que esta lei da PMA “*veio trilhar um caminho de arrepio*” ao entendimento de inconstitucionalidade do anonimato do dador e que, assim sendo, a única forma para se poder alcançar a constitucionalidade desta norma seria se o preceito “razões ponderosas”³⁷⁴ fosse interpretado em termos amplos para que pudesse abarcar qualquer motivo que colidisse com o direito à identidade pessoal – tomando este direito à identidade “*motivo bastante para o desvelar da identidade do(a) dador(a)*”. No mesmo sentido, já em 1993, JOAQUIM MACHADO, no âmbito do Relatório que precede ao Parecer 23/CNECV/97, questionou se “*o querer saber quem é o progenitor “genético” não será, por si só, razão ponderosa?*”³⁷⁵. Contudo, JOÃO LOUREIRO acaba por concluir que tal leitura não seria conforme ao princípio da interpretação legal da Constituição que exige respeito pela *ratio legis*, pelo que tais razões terão de ser consideradas excecionais. Ou seja, seria contraditório que a lei estabelecesse como regra o anonimato dos dadores e depois,

³⁷² OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A Lei n.º 32/2006, sobre a procriação medicamente assistida*, in ROA, N.º. 3, Ano 67, Vol. III, dez. 2007, pp.977-1006, disponível online <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/> (consultado a 13/04/20)

³⁷³ LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor?*..., ob. cit., p.27-28, e ainda “*O nosso pai...*”, ob. cit. p. 37

³⁷⁴ OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A Lei n.º 32/2006...*, ob. cit., critica o legislador, dado que tendo tentado colocar exceções restritivas para a possibilidade do conhecimento da identidade do dador, pareceu depois, com este brocado, “*muda[r] bruscamente o flanco de jogo (...) enxertan[do]-se uma clausula aberta que pode dar para tudo*”. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 441 questionando a expressão “razões ponderosas”, integra em tal expressão qualquer “*desejo inexpugnável de conhecer as suas origens genéticas, em termos tais que o seu entorpecimento lhe afeta o desenvolvimento da própria personalidade*”. Para CAMPOS, Diogo Leite de, *A procriação medicamente assistida heteróloga ...* ob. cit., integram as situações em que “*o filho [possa] estar afetado psiquicamente, pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos*”

³⁷⁵ MACHADO, Joaquim, in 23/CNECV/97, disponível online https://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf, p. 4

através de uma interpretação ampla do preceito “razões ponderosas”, permitisse que qualquer invocação por parte do indivíduo gerado através destas técnicas fosse viável para a fazer cair.

DIOGO LEITE DE CAMPOS³⁷⁶ entendeu que este anonimato põe em causa o único interesse da pessoa “*cuja dignidade e identidade há que assegurar, e que é o filho*”, pelo que, sustentando-se na construção e identidade pessoal do ser humano e de que “*o sigilo sobre o dador viola o disposto nos artigos 2.º, 12.º, 1, 13.º, 1 e 3 da Constituição da República*”, considera que o ser gerado pelas técnicas de PMA tem direito a conhecer os seus pais biológicos.

E RAFAEL VALE E REIS considerou que este artigo apenas deixa aberta uma “*reduzíssima margem de concretização ao direito ao conhecimento das origens genéticas*”, sobrevalorizando-se a “*tutela (...) da reserva da intimidade da vida privada dos dadores (...), conseguida à custa de uma ofensa ao conteúdo essencial daquele direito*”³⁷⁷. Equivalendo, a níveis práticos, um anonimato com vários patamares de conhecimento a um anonimato absoluto³⁷⁸, o autor não opta, porém, por uma solução que estabeleça um livre acesso ao conhecimento das origens genéticas, porquanto tal “*esquece a importância do auxílio médico à reprodução e fecha farisaicamente os olhos ao real problema da escassez do número de dadores*”. Sugere então, o autor, uma opção inversa à tomada pelo legislador. Enquanto este instituiu o anonimato como regra e o direito ao conhecimento das origens como exceção, o autor professa um sentido das “*razões ponderosas*” como exceção ao direito ao conhecimento das origens, como uma espécie de “*cláusula de salvaguarda que evitasse a revelação da sua identidade, nos casos em que, comprovadamente, ela lhe causasse um prejuízo maior do que aquele que a efetivação do direito a conhecer as origens genéticas visa evitar*”. O autor defende, ainda, o conhecimento da identidade da mulher gestante para os casos de maternidade de substituição³⁷⁹.

Não obstante a análise deste artigo, PAULO OTERO, que ainda antes da Lei 32/2006 já se tinha debruçado sobre a eventual inconstitucionalidade de uma norma que estabelecesse o anonimato dos dadores, sustenta que tendo em conta os princípios e direitos fundamentais que são chamados à esfera jurídica do indivíduo nesta matéria – direito à identidade e

³⁷⁶ Cfr. Diogo Leite de, *A procriação medicamente assistida heteróloga ...* ob. cit.

³⁷⁷ Cit. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 475;

³⁷⁸ Cfr. *Idem*, p. 476

³⁷⁹ Cfr. *Idem*, p. 484

historicidade pessoal e respeito pela personalidade—, “...deve ter-se como inconstitucional qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o património genético” e “deve considerar-se proibida e, por isso mesmo, inconstitucional, qualquer regra de anonimato do dador do material genético”³⁸⁰. Continua, ainda, asseverando que “o património genético de cada indivíduo, constituindo um meio de identificação da pessoa física, passou a ser objeto de uma tutela constitucional autónoma”, e dado que “a exata configuração operativa da garantia da identidade genética do ser humano está deferida pela Constituição para o legislador (...) é possível extrair do artigo 26º, nº 3 (...)”³⁸¹ [que] o legislador tem de estabelecer (...) um conjunto de mecanismos tendentes a garantir a identidade genética do ser humano (...) [e] deparamo-nos com uma norma que permite considerar inválidos, isto por violação de lei constitucional, quaisquer atos normativos ou não normativos de direito ordinário, (...), cujo conteúdo seja atentatório da identidade genética do ser humano”³⁸².

Também GUILHERME DE OLIVEIRA, debruçando-se sobre esta questão e reconhecendo como válidos, através de uma reflexão comparatística da tendência adotada na adoção³⁸³, os argumentos estabelecidos contra e a favor da questão do anonimato do dador, acabou por confessar que “Não é nada fácil optar entre estas duas grandes tendências. Qualquer delas se apoia na defesa de valores ponderosos, respetivamente, na defesa da paz da família e na defesa da verdade acerca da ascendência biológica.”³⁸⁴

Perante tais dúvidas sobre a constitucionalidade do preceito, pronunciou-se o Tribunal Constitucional no seu Ac. nº 101/2009 de 1 de abril, ressaltando que o ordenamento jurídico português nunca adotou uma confidencialidade absoluta dadas as possibilidades que o art. 15º da LPMA previa ao exercício do direito em estudo. No entender do Tribunal “[a] questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total

³⁸⁰ Cit. OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade...*, ob. cit., pp. 72-73

³⁸¹ *Idem*, p. 85

³⁸² *Idem*, p. 86; No mesmo sentido da inconstitucionalidade de uma regra do anonimato vai o autor DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas?...*, ob. cit., pp. 44-49

³⁸³ Neste âmbito, OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito e Bioética*, in ROA, ano 51, Vol. 2, julho de 1991, pp. 447-448 não tutela uma comparação com o estipulado para adoção no art. 1987º CC, que proíbe o estabelecimento e a prova de filiação natural depois de decretada a adoção, por se revelar um preceito excecional. Considera, portanto, o autor que “Haja ou não laço de filiação, cada ser deveria poder conhecer donde provém. (...). Doutro modo, estaremos a condenando à generalização uma figura paralela a outra que foi sempre combatida – o filho de pai incógnito”. Assim, sustentando-se nos direitos de integridade moral e física e de identidade pessoal, conclui pela sua anuência ao “direito de qualquer pessoa conhecer a sua proveniência biológica, esteja ou não este conhecimento associado ao estabelecimento jurídico da filiação”.

³⁸⁴ Cit. OLIVEIRA, Guilherme, *Aspetos jurídicos...*, ob. cit., p. 18

*anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como exceção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade. (...) acerca da existência de um direito ao conhecimento das origens genéticas (...) essa existência não é posta em causa, estando apenas em jogo o peso relativo que tal direito merece e a importância que lhe é dada pela lei no regime que concretamente instituiu.”*³⁸⁵. Assim, reconhecendo que a todos é garantido um direito ao conhecimento das origens genéticas, o Tribunal Constitucional considerou, porém, que estando em confronto este direito e o direito ao anonimato do dador, se devem procurar “*soluções de equilíbrio ou de concordância prática*”, não imputando tanta importância aos vínculos biológicos no todo por que é compreendido o direito à historicidade e identidade pessoal³⁸⁶. Pelo que defendeu que “*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 refletir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal*”, conseguindo, assim, salvaguardar a paz e a intimidade da vida familiar.

Nota-se que o referido acórdão, apesar de ter tido uma correta leitura das questões que lhe foram apresentadas, acabou por não entender o sentido e alcance das mesmas, pelo que reforçou uma posição que já era assente no nosso ordenamento – a não existência de um anonimato absoluto. Assim, não consagrando uma resposta mais profunda à talvez imperfeita questão levantada, não adotou consenso generalizado o seu entendimento, mantendo-se as oposições ao referido artigo dado que, na ótica dos opositores, esta limitação, mesmo não sendo absoluta, revelava um âmbito de aplicação muito restritivo e limitado dos direitos da pessoa gerada através destas técnicas, sobrevalorizando a proteção do anonimato do dador de gâmetas.

4. A solução do Tribunal Constitucional – Ac. n° 225/2018

As sucessivas alterações legislativas que ocorreram após o acórdão de 2009 mantiveram inalterada a posição do art. 15º, mantendo-se a querela e a contestação da

³⁸⁵ Ac. do TC, n° 101/2009 de 1 de abril, p. 12463

³⁸⁶ “[A] identidade pessoal é um conceito referido à pessoa que se constrói ao longo da vida em vista das relações que nela se estabelecem, sendo que os vínculos biológicos são apenas um aspeto dessa realidade. E nesse sentido, a história pessoal de cada um é também a história das relações que vivenciou com os outros, de tal modo que — pode dizer -se — não é possível isolar a vida de uma pessoa da vida daquelas com quem familiarmente conviveu desde a nascença”, *Idem*, p. 12463, citando LOUREIRO, João Carlos, *O direito à identidade...*, ob. cit., p. 292

doutrina majoritária face à manutenção do direito do anonimato do dador. Não obstante, foram incluídos novos preceitos que permitiram aos opositores do anonimato reforçarem o seu entendimento de inconstitucionalidade patente em tal artigo.

Com a segunda alteração à Lei 32/2006 - a Lei 17/2016 de 20 de junho-, introduziu-se uma alteração significativa que permitiu alargar o âmbito subjetivo ao nível do recurso da PMA. Passou a estipular o art. 6º que o recurso a estas técnicas seria concedido aos casais heterossexuais, mas ainda a todas as mulheres que, sozinhas ou numa relação de facto ou marital homossexual, quisessem obter a prole através destes métodos. Ainda no mesmo ano, a Lei 25/2016 de 22 de agosto veio incluir, no âmbito das modalidades de PMA, os contratos de gestação de substituição no seu art. 8º provocando, também, alterações no âmbito da confidencialidade nos nº 1 e 5 do art. 15º da LPMA, de modo a aí serem incluídas.

Tais soluções levaram a um novo espoletar de dúvidas e vozes sobre o anonimato dos dadores³⁸⁷ mas, agora, alargando-se o âmbito da questão às gestantes de substituição dada a consciência do vínculo que se cria entre o embrião e bebé no seio materno, e a influência que a gestação tem na pessoa gerada com recurso a esta via em que, apesar de não se admitir uma relação genética³⁸⁸, se reconhece que entre a grávida e o embrião/feto é estabelecida uma relação biológica e até afetiva³⁸⁹. Ademais, mesmo permanecendo o regime legal de exceções restritivas ao anonimato, não se conseguia fazer corresponder tais possibilidades à maternidade de substituição porquanto na redação do art. 15º, no seu nº 2,

³⁸⁷ No âmbito destas alterações outras dúvidas se levantam, como a queda do propósito terapêutico destas técnicas, da validade do contrato de gestação de substituição e das consequências ao nível do direito da filiação. Neste sentido veja-se, PEREIRA, André Dias, *“Filhos de pai...”,* ob. cit., p. 42ss para quem o novo diploma de 2016 derroga uma das normas base da filiação – o art. 1864º CC (*“Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai”*) - e considera *“um desiderato (progressista) do direito da filiação das últimas décadas — do direito à historicidade pessoal e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Com efeito, se a tendência era a do estabelecimento da parentalidade, da criação de mecanismos em ordem à luta contra o flagelo da filiação anónima, alguns dos quais levados a cabo oficiosamente, esta norma [art. 6, nº 1 alterado pela Lei 17/2016, de 20 de junho] contradiz todas aquelas considerações, antevendo-se o renascer de filhos “sem pai” ou “filhos de pai anónimo”. E agora não como um facto indesejado ou uma falha do sistema, mas como uma consequência prevista (ou previsível) e intencionada (desejada?) pelo legislador histórico de 2016.”* (cit. p. 53)

³⁸⁸ Tal determina o art. 8º, nº 3 ao estipular *“não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante”*

³⁸⁹ *“A gravidez (...) constitui, (...), o momento por excelência de ativa programação do epigenoma do embrião-feto, condicionando e definindo a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (...) é moldada pela gestação intrauterina, ativando uns genes, desativando outros (...). O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado (...). A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião. E inversamente: o embrião/feto altera a mãe gestatória (...).”* Cit. Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição, elaborado pelo Conselheiro-Presidente Miguel Oliveira da Silva em vista do Parecer nº 63/CNECV/2012., *apud*, Ac. TC nº 225/2018, p. 1922

apenas se previa que as pessoas que nascessem *com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões* poderiam, junto dos serviços competentes, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, incluindo a identidade do dador, caso este o permitisse, no âmbito de pedido de informações sobre a eventual existência de impedimento legal a projetado casamento (nº3), ou perante razões ponderosas, por sentença judicial (nº 4). Sendo patente que a gestante não poderá contribuir com o seu património genético para a conceção do feto que irá carregar (art. 8º, nº 3), a maternidade de substituição estava excluída do âmbito da questão em análise.

Assim, um grupo de trinta deputados requereu à Assembleia da República a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos artigos 8º, nºs 1 a 12, art.15º, nºs 1 e 4 e art. 20º, nº 3, relativos, respetivamente, à *Gestação de Substituição*, à *Confidencialidade*, e à *Determinação da Parentalidade*, no âmbito das técnicas de PMA, suscitando a questão de se saber se seria constitucional um regime legal em que “*se estabelecesse como regra o anonimato dos dadores e como exceção a possibilidade de conhecimento da sua identidade*”³⁹⁰. De novo voltaram a ser invocados os princípios e direitos que desde o início foram lançados para a questão do direito ao conhecimento das origens genéticas (e, agora, biológicas), indagando a compatibilidade do art. 15º com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais à identidade pessoal, desenvolvimento da personalidade e da identidade genética da pessoa nascida através destas técnicas³⁹¹ (art. 26º, nº 1 e 3 da CRP). Daí, consideraram que se estaria a violar o princípio da igualdade (art. 13º da CRP) (“...*porquanto só uma parte da população portuguesa – a que não nasça por recurso às técnicas de PMA – tem direito ao conhecimento da sua identidade genética, dele ficando excluídos os que assim nasçam*”³⁹²), da dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 67/2/e da CRP) e do dever de proteção da infância³⁹³ fruto do alargamento subjetivo dos beneficiários e a possibilidade de se constituírem famílias monoparentais *ab initio*.

³⁹⁰ Cit. Ac. TC nº 225/2018, p. 1888.

³⁹¹ Cfr. *Idem*, p. 1933

³⁹² Cit. *Idem*, p. 1890

³⁹³ Cfr. *Idem*, pp. 1890-1892. Os requerentes asseveram que “*No contexto da presente lei, pois, é meridianamente evidente que, em nome de um direito a constituir família e de um direito à intimidade da vida privada e familiar, não só assistimos à coisificação da mãe de substituição mas, também, constatamos que a criança que vier a nascer é tratada como um produto (...) final que pode acabar por ser rejeitado por todos ou, pelo contrário, querido por todos*” (cit., p.1891).

Na sua ponderação e apreciação dos fundamentos invocados pelos requerentes, considerou, porém, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018, que o princípio da dignidade da pessoa humana não estaria ferido pela redação do artigo 15º da LPMA. Apesar de não negar a extrema importância dos vínculos biológicos e genéticos para a caracterização humana e construção identitária, entendeu que estes “*não definem o ser-pessoa: o que cada um é na sua realidade única e inconfundível, (...), na sua identidade pessoal, vai muito para além de tais aspetos. (...)*”. E para reforçar este entendimento, notou o Tribunal Constitucional que o nosso ordenamento jurídico não admitia um anonimato absoluto, permitindo que, em certos casos (ainda que indeterminadamente restritos), se pudesse alcançar a identidade do dador.

Não obstante tal posição relativamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, procedeu, contudo, à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, a uma especificação individual dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26º, nº 3 da CRP). Para fundamentar um direito ao conhecimento da identidade do dador, reforçou que o exercício do direito à identidade pessoal, no âmbito do conhecimento da ascendência genética, “*é um dado importante no processo de autodefinição individual*” e que “*permite ao indivíduo encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica, revelando-lhes as origens do seu ser*”³⁹⁴, mas que não implica qualquer ligação ao direito de estabelecer vínculos jurídicos de filiação³⁹⁵. O TC elencou duas dimensões integradoras da identidade pessoal: uma estática - “*onde avultam a identificação genética, (...) física, o nome e a imagem*” – e uma dinâmica – “*onde interessa cuidar da verdade biográfica e da relação do indivíduo com a sociedade ao longo do tempo*” – e compreendeu que aquela identidade se liga às dimensões do desenvolvimento da personalidade – a sua autodeterminação e relação consigo, e a sua relação com os outros³⁹⁶. Quanto à identidade genética, pouco se pronunciou apenas estabelecendo uma conexão entre esta e a identidade pessoal, ou seja, como sendo a primeira elemento integrante da segunda, pois que a unicidade daquela gera a individualidade desta.

³⁹⁴ Cit. Ac. nº 401/2011, *apud* Ac. TC nº 225/2018, p. 1942

³⁹⁵ Distinguindo entre o *direito ao conhecimento da ascendência genética* e o *direito ao estabelecimento da filiação* enquanto direito à conversão da filiação biológica em jurídica, veja-se, LOUREIRO, João, *Filho(s) de um gameta...*, ob. cit., p. 26

³⁹⁶ Cfr. Ac. TC nº 225/2018, p. 1942

Entendeu, ainda, que o argumento da afetação à paz e vida familiar e à estabilidade das relações familiares não poderia valer como escudo perpétuo ao exercício do direito em estudo. Por um lado, porque não é aos dadores que é dada a possibilidade de conhecer a sua descendência genética³⁹⁷ nem a identidade dos beneficiários das suas doações e, por outro, porque o interesse dos pais legais em ocultar a forma de conceção dos filhos da PMA é inversamente proporcional à maioridade e autonomia dos mesmos³⁹⁸. E entendeu, por fim, que o argumento da redução do número de dadores não poderia valer já que, exemplificado noutros ordenamentos jurídicos que consagraram o direito ao conhecimento das origens genéticas na PMA, essa tendência é meramente inicial demonstrando-se que, mais tarde, o número de dadores voltou a aumentar³⁹⁹.

Deste modo, criticou o dito Acórdão a manutenção de um anonimato dos dadores, ainda que não absoluto, perante um crescente reconhecimento (mesmo a nível internacional) da importância do conhecimento das origens para a construção da identidade pessoal do indivíduo, pelo que optou por declarar inconstitucional, com força obrigatória geral, as normas do nº 1 e 4 do art. 15º, propondo - para que a quebra do anonimato possa, não obstante, tutelar os demais direitos fundamentais dos dadores – uma solução já anteriormente avançada por RAFAEL VALE E REIS⁴⁰⁰: o direito ao conhecimento das origens como regra e “*a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente*”⁴⁰¹.

Perante uma eventual contradição que possa existir entre os preceitos que o TC declarou inconstitucionais (nº 1 e 4, do art. 15º) e a manutenção dos restantes que se mantiveram constitucionalmente aceites⁴⁰² (nº 2 e 3º), o próprio foro realizou que será necessário que se proceda a uma intervenção legislativa para se conseguir conjugar a

³⁹⁷ Neste sentido vai OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A Lei nº 32/2006...*, ob. cit., “*Pode perguntar-se se o direito de obter informações é recíproco: se o dador também o tem. Respondemos negativamente. O dador é um fornecedor de “material”, não um participante num projeto de paternidade. O conhecimento que pudesse obter de seres gerados a partir daí 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 só ele*”

³⁹⁸ Como nota o referido acórdão, p.1942, “*Aliás, a partir do momento em que o filho saiba ou tenha a suspeita de que nasceu em consequência de processos de PMA heteróloga e forme a vontade de clarificar as suas origens genéticas, a oposição dos pais a tal intenção é que poderá ameaçar a estabilidade dos laços afetivos entre estes e aqueles*”.

³⁹⁹ Cfr. Ac. TC nº 225/2018, p. 1943

⁴⁰⁰ REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., pp.475-480, cuja influência bebeu do sistema jurídico suíço.

⁴⁰¹ Cit., *Idem*, p. 1944

⁴⁰² Até porque, sobre os demais números do referido artigo, não foi requerida a fiscalização da constitucionalidade

inconstitucionalidade dos primeiros com os segundos e, ainda, para se determinar e regular em que moldes o exercício do direito ao conhecimento das origens no âmbito da PMA, poderá ser concretizado⁴⁰³.

4.1 Posição Adotada

Tendo sido posta em cima da mesa toda a evolução destas técnicas e os seus efeitos e consequências; tendo sido analisados os princípios e direitos que são invocados neste âmbito e que podem, ainda que de forma mais ou menos restrita, pôr em causa os direitos mais basilares e fundamentais necessários a um desenvolvimento pleno e consciente do ser humano; tendo, ainda, sido analisada, mesmo a nível do direito comparado, as variadas posições que este tema pode suscitar e a evolução do pensamento dos nossos ilustres doutrinadores, tememos, contudo, não conseguir alinhar perfeitamente com a solução estabelecida pelo Tribunal Constitucional.

Não temos dúvida de que tantos os argumentos invocados por quem defende o anonimato como os de quem considera o conhecimento da identidade do dador como parte fundamental para a noção e construção enquanto ser-humano são igualmente válidas e ponderadas e procuram, ambas, proteger os intervenientes neste processo.

Primeiramente, e fazendo uma análise aos vários argumentos invocados contra o anonimato, não recusamos que face aos avanços biogenéticos e tecnológicos e perante o aumento do número de doenças que as sociedades cada vez mais terão de enfrentar, a eventualidade de ser necessário que uma pessoa concebida através de PMA heteróloga tenha de recorrer à genética do ascendente para se precaver de uma doença ou para a combater é quase certa. Concordamos, também, que não será esta a via mais indicada para que a pessoa seja revelada as condições da sua conceção. Mas tanto não será esta como qualquer outra em que a revelação não tenha sido planeada e ponderada pelos pais.

Assim, coincidimos que será infrutífera a manutenção de tal segredo e que um anonimato absoluto poderá trazer consequências gravosas, mesmo a nível da estabilidade familiar se, por motivos de saúde, este for revelado fora do controlo dos mesmos. Não obstante, esta situação ficará acautelada com a mera revelação da condição de conceção da pessoa, e da sua acessibilidade às características genéticas para que possa fazer face à sua patologia, não sendo necessário, nem para a obtenção de melhores cuidados de saúde, nem

⁴⁰³ Cfr. Ac. n° 225/2018, p.1932

como remédio às preocupações pessoais e psicológicas da mesma, um conhecimento da identidade do dador genético.

Quanto à possível instabilidade familiar que a revelação poderá causar, essa situação será acautelada se, como dissemos, os pais se prevenirem e conversarem com o filho sobre tal situação. Perante uma estabilidade familiar, um clima de compreensão e verdade, explicando-se, de forma adequada à idade em que se revele tal facto, as razões que levaram ao recurso de tais métodos e qual o único papel que o dador aqui desempenhou, o choque ou perturbações emocionais serão minimizados. Não decorre da lei um dever legal de revelação, mas um dever moral é inequivocamente invocado neste âmbito, principalmente porque estamos no seio de relações familiares onde a base de confiança se revela como primordial. Não se revelar por conforto ou mero receio de instabilidade não é razão para não se revelar porquanto apenas prova a existência de uma falsa paz familiar. Assim, apenas está em causa e deve ser garantido o direito do indivíduo a conhecer a sua forma de conceção.

Quando estamos perante uma colisão entre dois direitos fundamentais⁴⁰⁴ – o da reserva da intimidade da vida privada e familiar do dador, e o direito à identidade genética refletida num direito à identidade pessoal por quem foi concebido através da PMA heteróloga -, torna-se necessária uma ponderação dos interesses em conflito de modo a que se consiga alcançar a solução mais justa, sem nunca perder em linha de conta nenhum dos dois, de forma a que não se absolutize um⁴⁰⁵ para fazer cair no esquecimento o outro, pois que ambos constituem parte integrante do princípio mãe que orienta qualquer Estado de Direito – a dignidade da pessoa humana. Porém, só estaremos realmente perante um confronto de direitos fundamentais na medida em que se entender que o exercício do direito à identidade genética só estará completo com o acesso à identidade civil do dador. Deste modo, será necessária uma opção harmonizadora⁴⁰⁶ de forma a conciliar estes dois direitos,

⁴⁰⁴ Segundo CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 1229, “*Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um “choque”, um autêntico conflito de direitos*”.

⁴⁰⁵ O mesmo autor, *Idem.*, p. 1182, ensina que “*A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta de que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação ou concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso*”.

⁴⁰⁶ Cfr. CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 1225

pelo que se torna evidente a restrição de um em relação ao outro⁴⁰⁷. “*Impõe-se, neste caso, a necessidade de restringir o seu âmbito de proteção a fim de se obter uma concordância prática com os outros bens ou direitos protegidos a nível jurídico-constitucional*”⁴⁰⁸. E tal acontece porque, apesar de fundamentais, não são direitos absolutos⁴⁰⁹. Pelo que, na busca de uma lei harmonizadora, torna-se inevitável a restrição e o sacrifício de um dos direitos em prol do outro mesmo que corretamente compreendido o “*âmbito de proteção do direito em causa, ou seja, a definição do seu conteúdo dos valores ou bens que ele procure tutelar, [e] que formas de exercício do direito são protegidas – trata-se de uma tarefa de interpretação dos conceitos indeterminados contidos nos preceitos constitucionais pelos aplicadores do Direito (...), em abstrato (...), destinada a determinar os limites imanentes ou intrínsecos do direito fundamental*”⁴¹⁰. Isto porque, como dispõe RAFAEL VALE E REIS, como “*estes valores são de realização hétero-excludente (...), o legislador está, afinal, a criar as condições para que, na situação concreta, um deles prevaleça...*”⁴¹¹

Mas tal lei restritiva não poderá ser feita arbitrariamente, devendo ter como estrela guia, além do princípio da dignidade da pessoa humana, a observação de requisitos expressamente estabelecidos por lei (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade e garantia do núcleo essencial), e a certeza de que se está a restringir um direito com “*autorização constitucional*” para se “*salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”⁴¹² de forma a que sejam minimizadas as lesões que a restrição de um implique ao titular do outro.

⁴⁰⁷ ANDRADE, Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 4ª edição, 2009, pp. 285-286, ensina que “*estes problemas de colisão e de conflito, que implicam uma limitação recíproca dos direitos colidentes ou conflituais, podem surgir em abstrato, ao nível legislativo, quando o preceito constitucional não tenha previsto qualquer restrição para um determinado direito ou se torne necessário ir além das restrições legislativas previstas (...) [ou em concreto] quando se tenha de conciliar preceitos constitucionais diretamente aplicáveis que numa situação de facto conflituem entre si*”

⁴⁰⁸ Cit. CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 1986, p. 476

⁴⁰⁹ Não o são na “*dimensão subjetiva porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respetivo interesse, e também porque é inevitável e sistémica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros*”, nem enquanto valores constitucionais já que obedecem a “*limites «internos» do subsistema jusfundamental, que resultam das situações de conflito entre os diferentes valores que representam as diversas facetas da dignidade humana*”, e também aos “*limites «externos», pois não-de conciliar as suas naturais exigências com as imposições próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, entre outros*”. Cit. ANDRADE, Vieira de, *Os direitos fundamentais...*, ob. cit., pp. 283-284

⁴¹⁰ Cit. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 133

⁴¹¹ *Idem*, p. 138

⁴¹² Cit. CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, p. 477

No âmbito do direito ao conhecimento das origens, vimos já que não se poderá absolutizar um direito ao anonimato do dador pois que tal contendria com o direito à identidade pessoal e genética, com o direito à historicidade pessoal e da própria dignidade da pessoa humana. Além de que poderia, ainda, pôr em causa um direito à própria saúde quando as informações sobre o dador fossem necessárias para o tratamento ou prevenção de doenças hereditárias. Não obstante, igualmente não se poderá absolutizar o direito a conhecer as origens numa dimensão ampla que integre a identidade do dador por tal também constituir uma violação ao direito da reserva da vida privada do mesmo que é, também ela, parte integrante da dignidade da pessoa humana. Uma opção absolutamente restritiva tornará vazia qualquer tentativa de harmonização de direitos.

A vontade de conhecer a identidade do dador é mera curiosidade⁴¹³, característica inerente ao ser humano, mas que não se deve transpor para o âmbito jurídico sem mais, principalmente quando estão em causa outros direitos. Não descaramos que o *superior interesse da criança* deverá ser tido em conta, no âmbito da PMA, e prevalecer sobre os demais, mas questionamos se estará verdadeiramente em causa um interesse da mesma. Este princípio, sendo a pedra angular das decisões que recaiam sobre as crianças, “*deve abarcar tudo o que envolva os legítimos anseios, realização e necessidades daquele (menor) nos mais variados aspetos: físico, intelectual, moral, religioso e social*”⁴¹⁴. Mas nenhum destes aspetos é violado, uma vez que não lhe sendo negada a consciência e conhecimento das características genéticas - e, eventualmente, quais delas foram herdadas do seu dador – não necessitam que, para tal, lhes seja atribuída identidade civil. O que poderá surgir é, como dissemos, uma extrema curiosidade – compreensível – na tentativa de associar o gene a um nome. Mas valerá sem mais e a todo o custo essa curiosidade? Além de que nos questionamos: qual será a utilidade prática de tal dado, uma vez que daí não poderão decorrer quaisquer efeitos? É que se com a obtenção do nome se iniciar uma busca incessante e uma tentativa de estabelecer forçosamente uma relação, não há qualquer dúvida de que tal

⁴¹³ Já entendia MELO, Helena, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 40 que “*A lei, ao exigir razões ponderosas, está a excluir a mera curiosidade...*”, no mesmo sentido veja-se a declaração de voto ao Ac. do TC n.º 225/2018, p. 1970, da juiz Catarina Sarmento e Castro

⁴¹⁴ Cit. Ac. do TR de Lisboa de 02/07/2013, Processo n.º2325/08.8TBCSC.L1-1 (Relatora: Teresa de Sousa Henriques), disponível online www.dgsi.pt (consultado a 23/05/20). SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são...*, ob. cit., pp. 59-60 nota que este interesse deve estar identificado com a “*estabilidade das condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social*” permitindo esta noção “*limitar a discricionariedade judicial*”. Deste modo, o que se procura encontrar é o “*interesse concreto e atual de cada criança*”.

consubstancia uma violação direta à intimidade da vida privada do dador que não pode ser tolerada

Não privilegiamos, de todo, os interesses dos beneficiários – no sentido de um eventual receio de instabilidade e afetação da paz familiar – e consideramos que o superior interesse da criança deve prevalecer. Não obstante, a nosso ver e neste âmbito, tal interesse não está posto em causa. É que não recusamos o direito a conhecer as características genéticas do dador pois que são essas que influenciam a nossa fisiologia e características internas – seja ao nível de propensão para determinada doença ou vício, seja ao nível de características físicas, como a cor dos olhos ou da pele – e são essas que correspondem às dimensões da identidade pessoal enquanto “...conjunto de atributos e características que permitem individualizar cada pessoa na sociedade e que fazem com que cada indivíduo seja ele mesmo e não outro, diferente dos demais...”⁴¹⁵, ou seja, que nos identificam numa “perspetiva estática – onde avultam a identificação genética, (...) física, o nome e a imagem – e numa perspetiva dinâmica – onde interessa cuidar da verdade biográfica e da relação do indivíduo com a sociedade ao longo do tempo”⁴¹⁶. Mas como referem JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, a identidade pessoal revela-se como “aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal”⁴¹⁷. Ou seja, o que identifica verdadeiramente uma pessoa são as suas características aliadas às suas experiências, vivências, recordações e relações interpessoais. Ora, para esta última dimensão, em nada o dador de gâmetas contribuiu ou influenciou, pois que é o ambiente em que estamos inseridos que determina e condiciona os nossos pensamentos e crenças e, quanto à primeira, as características fisiológicas ou genéticas nunca deverão ser vedadas ao conhecimento da pessoa nascida com recurso à PMA. A não atribuição de um nome às características genéticas que já são, elas próprias, integradoras e cumpridoras de um direito ao conhecimento das origens em nada alterará o exercício integral e pleno desse direito.

Por outro lado, e como dito *supra*, o argumento da diminuição do número de dadores, em caso de conhecimento da identidade dos dadores, não o podemos tomar como certo. Já

⁴¹⁵ Cit. Ac. n.º 401/2011, *apud*, Ac. TC n.º 225/2018, p. 1941

⁴¹⁶ Cit. Ac. n.º 401/2011, *apud*, Ac. TC n.º 225/2018, p. 1942

⁴¹⁷ Cit. MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 2º ed. Revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 444

noutros países se revelou a alteração da tendência da diminuição dos mesmos⁴¹⁸ e, em Portugal, não se elaborou nenhum estudo que permita avaliar qual a propensão dos nossos dadores. Não sejamos hipócritas: por certo que a repentina alteração de posição do Tribunal Constitucional poderá levar, inicialmente, a uma diminuição do número de dadores disponíveis para intervir em tais procedimentos sabendo que, futuramente, poderão ter de ser confrontados com uma pessoa desconhecida que lhes revele uma relação sanguínea comum. Mas passando a tormenta da fase inicial, os dadores poderão revelar-se— ainda que com características diferentes – e, se forem tomadas medidas de esclarecimento aos mesmos, explicando-lhes que serão salvaguardados uma vez que nenhuma relação ou dever jurídico lhes será exigido, acreditamos que não passaremos a ter uma total ausência de dadores. Além do mais, não deverá ser a redução do número de dadores que deve obliterar o reconhecimento deste direito⁴¹⁹, pelo que não consideramos que este argumento seja suficientemente estável para proteger em absoluto o anonimato do dador, apenas se baseando em interesses dos beneficiários que receiam perder oportunidades de conseguir obter a prole desejada, de clínicas que temem perder um negócio que, afetando muitos, é acessível a poucos, e de dadores que ignoram, ou não são esclarecidos, quanto aos efeitos do seu ato.

A motivação que nos faz desviar de um regime em que se admita a quebra absoluta do anonimato resume-se num único ponto que, apesar de poder parecer minoritário, se revela, a nosso ver, o cerne da questão: *Conhecer a identidade genética é diferente de se conhecer o nome do dador de quem a nossa genética provém*. De outro modo, não negamos que a identidade genética seja elemento integrante da identidade pessoal, mas a identidade do gene ascendente não é exclusivo dela, nem a mesma se esgota nele para que se feche os olhos a outros direitos que são considerados fundamentais para o nosso ordenamento jurídico, como é o respeito e a proteção da intimidade e da vida privada e familiar do dador⁴²⁰. E sustentamos tal posição devido à relação que se estabelece entre o dador de gâmetas e o indivíduo gerado com recurso à PMA heteróloga: que é nenhuma! Face ao que

⁴¹⁸ O Ac. TC n° 225/2018, p. 1943 refere o Reino Unido como exemplo do aumento do número de dadores nos últimos anos, apesar da quebra do anonimato do dador.

⁴¹⁹ *Idem*

⁴²⁰ Neste sentido, NETO, Luísa, *Novos Direitos...*, ob. cit., p. 33, “É certo que o direito à identidade genética, que se pode considerar um direito de 4º geração hoje previsto no art. 26 da nossa Constituição, não se pode confundir simplisticamente com o direito ao conhecimento do progenitor. Ou seja, sendo do conhecimento generalizado que o material hereditário de um ser é constituído no seio da célula original e que muito da criança que irá nascer resulta definido pelas combinações dos genes masculinos e femininos e que o conhecimento do património genético de um indivíduo é um dos meios para detetar doenças genéticas e anomalias graves, daí não resulta diretamente a obrigatoriedade de conhecimento de quem seja o progenitor”.

foi dito sobre o direito à identidade e a sua correlação com o direito à historicidade, revela-se que, na realidade, não existe qualquer história que una os dois interessados principais neste âmbito. A nossa história, e correndo o risco de repetição, é o conjunto das vivências, experiências, aprendizagens com os outros, o que implica sempre uma relação interpessoal, ausente no caso dos dadores de gâmetas e de embriões. O próprio TC, não considerando que o anonimato estabelecido pela LPMA à altura da sua fiscalização de constitucionalidade, em 2018, afetasse a dignidade do indivíduo concebido por tais técnicas asseverou que “os vínculos biológicos – genéticos, epigenéticos e gestacionais-, sendo fundamentais para a auto-compreensão de cada um e para a construção da respetiva identidade (...), não definem o seu ser-pessoa: o que cada um é na sua realidade única e inconfundível, o mesmo é dizer, na sua identidade pessoal, vai muito além de tais aspetos⁴²¹”. E continua reconhecendo que “A regra do anonimato ora em análise reportada aos dadores e à gestante anula parcialmente a historicidade pessoal de cada pessoa nascida nessas circunstâncias, mas, por si só, é insuficiente para a despersonalizar – tornando um certo indivíduo noutra que ele não é (...). Por isso, mesmo lesado num dos seus direitos fundamentais, nem por isso aquele que se vê impedido de conhecer as suas origens pode considerar-se degradado no seu ser-humano, inexistindo, (...), uma autónoma e específica violação da respetiva dignidade”⁴²².

O que se revela um direito absoluto para o indivíduo gerado através destas técnicas é o de saber quais foram os métodos utilizados na sua conceção e todas as informações relativas às características genéticas do seu dador quer tenham, ou não, consequência ou efeito na sua pessoa ou tenham contribuído para a sua corporização, de forma a que seja salvaguardada a identidade do indivíduo. Daí que indagamos se será razoável e proporcional o estabelecimento de um direito ao conhecimento das origens absoluto que integre a identidade do dador, porquanto os interesses de quem foi gerado com recurso a PMA se encontram acautelados e preenchidos através das restantes informações relativas ao mesmo. Pela questão do confronto entre dois direitos que parecem estar no mesmo patamar, será necessária a intervenção do juiz para, perante o caso concreto, fazer o exercício de ponderação dos interesses em jogo procurando harmonizar de forma mais razoável e proporcional tais direitos.

⁴²¹ Cit. Ac.TC n° 225/2018, p. 1940

⁴²² Cit., *Idem*

Relativamente ao argumento lançado por VERA LÚCIA RAPOSO⁴²³, tentando fazer uma equiparação das doações de gâmetas no âmbito da filiação - onde se admite uma investigação oficiosa da paternidade ou maternidade, ou uma impugnação da mesma para o estabelecimento de outro vínculo filiativo - aqui a diferenciação de regimes é patente com base, precisamente, no nosso entendimento de historicidade pessoal enquanto componente da identidade pessoal. É que a investigação oficiosa ou a impugnação da paternidade sustenta-se na existência de uma relação pré-estabelecida entre os sujeitos. Senão entre o progenitor e o filho (no caso do pai), entre os pais do mesmo. Ou seja, para o nascimento de tal filho terá de ter existido uma relação, ainda que fortuita, entre os progenitores⁴²⁴ e a sua responsabilização perante uma gravidez e nascimento de uma criança é de acarretar. Do lado da mãe, além da relação com o outro progenitor, estabelece-se uma relação biológica com a criança inegavelmente influenciadora para a mesma. Aliás, o próprio Acórdão quando se debruça sobre a ligação entre as gestantes de substituição e o feto, faz referência ao Parecer nº 63/CNECV/2012 que considerava que *“a gestante não é neutra nem biológica nem afetivamente em relação ao feto e que existe uma interação entre ambos muito significativa”*⁴²⁵. Assim, se tal acontece para as gestantes, ainda mais acontecerá para as mães que o são genética e biologicamente. Pelo contrário, o dador apenas doou o seu esquema genético nunca procurando qualquer tipo de reconhecimento ou vontade de estabelecer com a criança uma relação parental. Ademais, sendo que se admite a constitucionalidade dos prazos para a prescrição para intentar ações de investigação de paternidade⁴²⁶, não se entende como não admitiu o TC que se mantivesse a proteção do dador

⁴²³ RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à Imortalidade*, ob. cit., p. 798 que recuperamos: “[N]ão deixa de ser paradoxal que o sistema jurídico preveja ações de investigação da maternidade ou da paternidade precisamente para facultar esse conhecimento” e, depois, venha estipular um anonimato absoluto, ou faseado, mas sem que nunca se permita a revelação da identidade do dador.

⁴²⁴ Neste sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, Ac. TC nº225/2018, p. 1975

⁴²⁵ Ac.TC nº 225/2018, p. 1922; Também o Relatório e Parecer nº 87/CNECV/2016, p. 15, veio esclarecer que existe *“alguma evidência quanto à ligação (psicológica, biológica/epigenética) que se estabelece durante a gestação entre o feto e a mulher grávida, ligação que é importante para o desenvolvimento futuro da criança”*

⁴²⁶ Veja-se o Ac. TC 23/2006, processo nº 885/2005, publicado in *Diário da República*, I-Série A, nº 28, de 8 de fevereiro de 2006, pp. 1026-1034, disponível online https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/554128/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&print_preview=print-preview&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar (consultado a 27/05/20), cujo prazo que o CC estipulava ser de 2 anos para as ações de investigação da maternidade e paternidade (*ex vi* art. 1873º CC) foi julgado inconstitucional e foi alterado pela redação da Lei nº14/2009, alterando-se para 10 anos tal prazo (art. 1817º, nº 1 CC). Com o Ac. nº 404/2011, de 22 de setembro, o TC optou pela constitucionalidade do preceito normativo. Apesar disso, permanece a disputa sobre a constitucionalidade de tais prazos. Veja-se, a título de exemplo, o Ac. do STJ, Processo nº 759/14.8TBSTB.E1.S1 (Relator: Lopes Rego), de 9-3-2017, *“Conforme se decidiu no Ac. 401/11 do TC, a norma do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, na redação da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, na parte em que, (...), prevê um prazo de dez anos para a propositura da ação, contado*

dado que, aqui, não há qualquer tipo de relação estabelecida entre o “pai genético” e o filho, enquanto no caso das ações de investigação da ascendência é possível, até, que o progenitor e a criança se conheçam⁴²⁷. Assim, enquanto no primeiro caso a recusa de responsabilização e de tomada de posição de ato parental se revela como uma atitude de cobardia, a segunda é prova de ato de altruísmo.

Quanto às gestantes de substituição, não nos competindo neste estudo uma análise detalhada sobre a mesma, nem aferir da sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico, apenas reiteramos o que o Parecer nº 63/CNECV/2012 asseverou quanto à influência da gestação na identidade pessoal e genética da pessoa, e que consideramos ser base sólida para fundamentar uma atitude divergente quanto ao conhecimento da identidade das “barrigas de aluguer” e dos dadores: *“O microambiente uterino condiciona o funcionamento da placenta e o desenvolvimento do epigenoma fetal, isto sem alterar a sequência do DNA, leva a modificações do epigenoma (conjunto das modificações na cromatina [...], por metilação da DNA, modificações na histona e no micro RNA não codificante (non-coding). A gravidez (...) constitui, entre outros aspetos, o momento por excelência de ativa programação do epigenoma do embrião-feto, condicionando e definindo a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (ativação e desativação) do embrião/feto/criança é moldada pela gestação intrauterina, ativando uns genes, desativando outros⁴²⁸, muito se jogando logo desde a própria implantação do embrião no útero. A implantação é um fenómeno (...) determinante no futuro do embrião-feto e que,*

da maioria ou emancipação do investigante, não se afigura desproporcional, não violando os direitos constitucionais ao conhecimento da paternidade biológica e ao estabelecimento do respetivo vínculo jurídico, abrangidos pelos direitos fundamentais à identidade pessoal, previsto no artigo 26.º, n.º 1, e o direito a constituir família, previsto no artigo 36.º, n.º 1, ambos da Constituição”; ou o Ac. STJ, Processo nº 2886/12.7TBCL.G1.S1 (Relator: Tavares de Paiva), de 04-05-2017 onde se lê *“V – Deve-se desatender o entendimento que pugna pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 1817.º do CC (...), porquanto o interesse da segurança jurídica não pode ser posto em causa por uma atitude desinteressada do investigante, revelando-se aquele normativo conforme ao princípio da proporcionalidade... ”*; e, do outro lado, os Ac. do STJ, Processo nº 440/12.2TBCL.G1.S1 (Relator: Pedro de Lima Gonçalves), de 31-01-2017 que considera que a em apreço *“é inconstitucional, uma vez que o direito a conhecer a ascendência biológica constitui dimensão essencial do direito à identidade pessoal (...) e o direito a estabelecer os concomitantes vínculos jurídicos traduz uma dimensão do direito a constituir família... ”*; e Processo nº 123/08.8TBMDR.P1.S1 (Relator Bettencourt de Faria), de 27-01-2011 *“I - Declarado inconstitucional o prazo de 2 anos para a caducidade do direito de ação de investigação da paternidade do art. 1817.º, n.º 1, do CC, o novo prazo de 10 anos, estabelecido pelo art. 3.º da Lei n.º 14/09, de 01-04, é, também, inconstitucional. II - Isto porque é limitador da possibilidade de investigação a todo o tempo, constituindo uma restrição não justificada, desproporcionada e não admissível do direito de conhecer a ascendência.”*; todos disponíveis online in <http://www.dgsi.pt>. (consultados a 27/05/20)

⁴²⁷ Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, Ac. TC nº225/2018, p. 1975

⁴²⁸ Sublinhado nosso

*obviamente, varia de útero para útero. O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética). A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião*⁴²⁹. Daí que, em relação às gestantes de substituição, consideramos que andou bem o TC em reconhecer uma total ausência, no nosso ordenamento jurídico, de possibilidade do exercício do direito em análise e consagrou, para os indivíduos gerados por “barrigas de aluguer”, um direito ao conhecimento das origens que incluía a identidade das mesmas. Para aqueles cujo nascimento resultasse de uma gestação de substituição permitia-se, agora, pela primeira vez, questionarem e obterem informações sobre a identidade da gestante visto que, face à versão anterior à última alteração da LPMA, o artigo 15º apenas previa situações de dação de gâmetas e embriões deixando de lado, e entregue a um anonimato absoluto, todos os gerados por uma “mãe de substituição”. O regime de então parecia possibilitar de um lado e restringir do outro porque apesar de permitir a possibilidade de obter informações sobre o episódio genético do indivíduo (ainda que com condições), vedava o episódio biológico – efetiva parte integrante da história pessoal e identificadora do indivíduo, como visto *supra* -, de forma absoluta⁴³⁰. Ao contrário do que acontece nos dadores de gâmetas, consideramos que quando confrontamos os direitos em tensão, o direito a conhecer a identidade da gestante, fruto da relação biológico-afetiva que se estabelece, torna-se mais denso e consistente⁴³¹ para que possa fazer cair o direito à intimidade da sua vida privada e a estabilidade e paz familiar desta e dos beneficiários. A gestante, mesmo não prevendo, acaba por criar uma relação afetiva com o ser que está a gerar. Fala com ele, sente o bebé a mexer-se e tudo o que faça sabe que poderá condicioná-lo. E, do outro lado, também este sente a mãe gestante, reconhece a sua voz e cheiro e absorve os estados emocionais da mesma. Daí considerar que o não exercício do direito ao conhecimento das origens poderá pôr em “xeque” uma total compreensão de si, não permitindo uma noção verdadeira e completa da história e identidade pessoal do indivíduo⁴³².

⁴²⁹ Sublinhado nosso

⁴³⁰ Note-se que o nº 2 do art. 15 da versão anterior apenas se referia aos processos de PMA com recurso a dádava de gâmetas ou embriões, e o nº 4 reservava a obtenção de informações, através das razões ponderosas, à identidade dos dadores.

⁴³¹ RAPOSO, Vera Lúcia, *Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)*, Revista do Ministério Público, Nº 149, janeiro-março, 2017, p. 45 dispõe que “*existe de facto aqui uma ligação emocional com a criança – como a que necessariamente existe entre a criança e alguém que cuida dela durante 9 meses – que justifica o conhecimento da identidade da gestante por parte da criança*”.

⁴³² Neste sentido, veja-se a declaração de voto de Maria Clara Sottomayor e de Catarina Sarmiento e Castro.

Por igual razão de ser, não se poderá equiparar o regime dos dadores de gâmetas ou embriões ao regime da adoção para fazer cair o anonimato dos primeiros. Na adoção, fruto das razões acima enunciadas existe, natural e legalmente⁴³³, um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores dado que, como bem aponta PINTO MONTEIRO⁴³⁴, negar-se de forma radical este conhecimento levaria a um retrocesso do nosso ordenamento jurídico relativo à conceção da figura da adoção e dos objetivos que ela se propõe a cumprir – mormente, o superior interesse da criança. Isto porque, ao colocar o foco na questão da biologia para se recusar tal direito, este instituto voltaria a ser enfraquecido olhando-se para ele como um mecanismo de ficcionar uma verdadeira relação de filiação para ser utilizada unicamente para satisfazer os interesses do adotante. CAPELO DE SOUSA dispunha que “*a revelação da condição de adotado, reveste-se de muita delicadeza e deve ser feita com muitos cuidados, mas os pais que recuam diante desta revelação cometem um erro cujas consequências podem ser graves do ponto de vista do equilíbrio psíquico da criança*” uma vez que “*o adotado procura sempre saber a sua origem e acaba normalmente por sabê-la através de terceiros*”⁴³⁵. Além de que, como nota SOTTOMAYOR na sua declaração de voto, “*na adoção o Estado procura pais para crianças que já existem e têm uma história anterior à entrega aos adotantes*”⁴³⁶. E os motivos que estão na base do consentimento para a adoção, dado pela progenitora, revelam-se elementos fundamentais da historicidade pessoal que só poderão ser explicitados pela própria, “*sem paralelo ou semelhança com o conhecimento de um dador, que (...) nunca teve qualquer relação com a criança, nem a entregou ou abandonou*”⁴³⁷.

Por isso, não consideramos haver discriminação entre os filhos a conhecer a identidade da sua ascendência genética, mas sim um necessário tratamento diferenciado entre os que resultam de doação e os demais, por ausência de qualquer relação ou história comum. Poderá sim existir, e tal não deverá ser aceite, uma eventual discriminação para com

⁴³³ A Lei nº 143/2015 veio consagrar o direito ao conhecimento das origens para os adotados aditando o art. 1990ºA ao CC.

⁴³⁴ PINTO MONTEIRO, J.A., *O direito...*, ob. cit., pág. 69; Também sobre o tema da adoção surgiu a mesma querela considerando uns (como SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são...*, ob. cit., pp. 83-86) que o art. 1985º, nº 2 CC o art. 1985º englobaria o segredo de identidade dos pais naturais não só perante os pais adotivos como também perante o próprio adotado, enquanto para outros (como REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., pp. 229-233 e PINTO MONTEIRO, J. A., *O direito...* ob. cit., pp. 78-79), o adotado não estaria inserido nesse artigo

⁴³⁵ Cit. SOUSA, Capelo de, *A Adoção...*, ob. cit., pp. 165-166.

⁴³⁶ Cit. SOTTOMAYOR, Maria Clara, Ac.TC. nº225/2018, p. 1974

⁴³⁷ *Idem*

aqueles filhos que não foram fruto de uma relação sexual, na garantia do conhecimento das características da sua ascendência genética, por tal revelação do método de concepção estar somente nas mãos dos seus progenitores.

Pelo exposto, e fazendo minhas as palavras da juíza Catarina Sarmiento e Castro: “*a minha divergência (...) existe quanto à necessidade de identificação (no que mais releva, nominativa) do concreto dador, e não já relativamente à inexistência de sigilo quanto ao uso destas técnicas, ou quanto à revelação do património genético, desde que não concretamente referido a uma pessoa que aquele que foi gerado com recurso a PMA possa, por si, identificar.*”⁴³⁸ A posição que o TC adotou volta a dar uma prevalência da biologia sobre os afetos, de uma “*verdade biológica sobre uma verdade afetiva e social*”⁴³⁹ que, no caso dos dadores, não se justifica pela total ausência de relação - e é na relação social que o Direito intervém. Assim, sigo o entendimento do TC quanto ao reconhecimento de um direito ao conhecimento da identidade da gestante de substituição, não anuindo com a mesma regra para os dadores.

4.2 A Produção e Limites dos Efeitos Estabelecidos pelo TC

Independentemente da posição defendida, mais atónico se fica ante o facto de o TC não ter protegido as doações efetuadas antes da publicação da sua decisão, dada a ausência de referência quanto aos limites da mesma - no âmbito da produção dos seus efeitos - para a quebra do anonimato da identidade dos dadores de gâmetas e embriões. Tal surpresa decorreu do significado que os efeitos dos preceitos julgados inconstitucionais acarretavam pois, como estipula o art. 282º, nº 1 da CRP, “*A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reconstituição das normas que ela, eventualmente, haja revogado*”. Ora, os dadores que já tinham procedido à doação dos seus gâmetas ou embriões e que consentiram a sua utilização segundo uma perspectiva de reserva da sua identidade viram-se numa situação que não anteviram nem desejavam e que, pela redação do diploma, parecia fazer retroagir os seus efeitos – de se estipular como regra o direito ao conhecimento das origens genéticas - ao início da vigência da LPMA – ou seja, desde 2006. Tal solução não acolheu consenso generalizado⁴⁴⁰ considerando-se que o

⁴³⁸ Cit. *Idem*

⁴³⁹ Cit. SOTTOMAYOR, Maria Clara, Ac.TC. nº225/2018, p. 1974

⁴⁴⁰ Veja-se as declarações de voto dos juízes Maria José Rangel de Mesquita (p. 1961), Fernando Ventura (p. 1968), Catarina Sarmiento e Castro (p. 1971), Maria Clara Sottomayor (p. 1976) e o comentário de RAFAEL

Tribunal deveria ter sido mais prudente, ter ponderado os interesses e expectativas dos dadores e ter restringido tais efeitos apenas para doações posteriores à declaração de inconstitucionalidade podendo, para tal, ter-se apoiado no n.º 4 do art. 282º da CRP, “*Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2*”. Em consonância com a posição adotada quanto ao anonimato dos dadores de gâmetas e embriões, consideramos que esta decisão não deixaria desamparadas as pessoas geradas com recurso à PMA pois que, mantendo-se o anterior regime, estas poderiam exercer o seu direito ao conhecimento das origens, na forma final da identidade do dador, através da invocação de “razões ponderosas”, e por sentença judicial (anterior n.º4 do art. 15º).

Não obstante, questiona-se se tal solução terá sido, de facto, a mais justa, equilibrada e, até mesmo, proporcional. Por um lado, e como já referimos, ao não estabelecer limites no âmbito dos efeitos desta declaração passou-se por cima das legítimas expectativas dos dadores que, quando consentiram na doação anónima dos seus componentes genéticos curavam que a sua posição, enquanto tal, estaria protegida e que não seriam, mais tarde, importunados com esta questão. Por certo que no momento em que procederam a tal ato, o fizeram convictos de que sua identidade estaria salvaguardada, pelo que a formação da sua vontade em doar os seus gâmetas estava condicionada a este sigilo. Como considerou FERNANDO VENTURA na sua declaração de voto, “*A desconsideração da posição de tais sujeitos comporta riscos importantes para o sucesso de futuros apelos à doação, comprometendo a própria procriação heteróloga com recurso a dadores nacionais*”⁴⁴¹. E, por outro, se se pode entender uma aplicação de tais efeitos para quem ainda não é dador e decida sê-lo, “já

VALE E REIS em entrevista ao *Jornal Público*, onde declarou que “*Tudo se passa como se não existisse a norma do anonimato dos dadores, como se fosse inválida a partir do momento em que foi aprovada desde 2006. O TC podia ter limitado os efeitos dizendo que o fim do anonimato vigorava só a partir de agora. Não o tendo feito, é como se o anonimato nunca tivesse existido*”. Cfr. CORDEIRO, Ana Dias, in *Jornal Público, Tribunal Constitucional – A Procriação Medicamente Assistida: filhos vão poder saber quem foram os dadores*, peça de 26 abril de 2018, consultado online <https://www.publico.pt/2018/04/26/sociedade/noticia/filhos-nascidos-da-procriacao-assistida-podem-saber-quem-sao-os-dadores-1811678/amp> (consultado a 20/05/20)

⁴⁴¹ Cit. Ac. n.º 225/2018, p. 1968. O autor PENNING, Guido, *The reduction...*, ob. cit., p. 620, constata, também, que uma modificação dos efeitos do anonimato retroativamente se revela “*the most effective way to put a complete stop to the practice. It would introduce uncertainty about every rule that is governing the practice*”, considerando que não é o dador que deveria assumir a responsabilidade e o peso de uma alteração de medidas de forma retroativa dado que, desde o início das práticas de PMA, “[t]he anonymity of the donor was part of the attempt to transform donor insemination into a socially and morally acceptable solution to infertility”.

*será, (...), absurdamente pesado impor uma tal solução a quem se dispôs a dar de si, de forma totalmente livre de qualquer amarra, mesmo que não jurídica, em virtude das garantias de sigilo então em vigor*⁴⁴².

Assim, seria mais equitativo e tutelador da segurança jurídica que as doações feitas até à publicação da decisão do TC, fossem salvaguardadas e mantidas segundo a regra do anonimato, não obstante a que se procurasse contactar o dador e se questionasse quanto à sua admissibilidade de levantar a confidencialidade. Aliás, tal contacto assegura-se indispensável mas poderá levar a consequências nefastas em caso de recusa do levantamento do anonimato como a destruição de material genético já doado e a posição dos beneficiários que já iniciaram tratamentos e que o fizeram na segurança do anonimato, pois que vêm as suas legítimas expectativas defraudadas por mera ausência de cuidado por parte do TC em acautelar tais situações.

5. A solução de 2019 – A Lei nº 49/2018, de 8 de julho

Perante a visível transformação da orientação do ordenamento jurídico português plasmada no Acórdão de 2018, procedeu-se, assim, à sexta alteração da Lei nº32/2006, de 26 de julho, alterando-se o regime de confidencialidade dos anonimatos dos dadores e das gestantes de substituição. Apesar de o TC parecer preferir um sistema sem anonimato, a funcionar também retroativamente⁴⁴³, passou a prescrever o artigo 15º da referida lei:

«Artigo 15.º

Confidencialidade

1 - Quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou

⁴⁴² Cit. Catarina Sarmiento e Castro, p. 1971

⁴⁴³ Creemos que andou bem, neste ponto, a Lei de 2019 dado que se tivesse mantido a perspetiva de retroatividade do TC se estaria a violar o requisito da não retroatividade da lei restritiva, presente no art. 18º, nº 3 conjugado com o art. 17º, ambos da CRP. Cfr. CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 487

superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador.

3 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento.

4 - Para efeitos do n.º 2, entende-se como 'identificação civil' o nome completo do dador ou dadora.

5 - (Anterior n.º 4.)

6 - (Anterior n.º 5.)»

A questão dos efeitos estipulados pela decisão de inconstitucionalidade quanto aos dadores de gâmetas acabou por ser acautelada pela Lei nº 48/2019, dado que o seu art. 3º veio estabelecer as normas transitórias para o regime da confidencialidade da identidade dos mesmos. Assim, a dádiva de gâmetas anteriores à data de publicação do Acórdão do TC – 7 de maio de 2018 - é protegida, contactando-se primeiramente os dadores para auscultar a sua posição quanto ao eventual levantamento da sua identidade. Caso pretendam manter o anonimato, se o seu material genético acabar por não ser utilizado nos seguintes 5 anos (3 no caso dos embriões) e o dador mantiver a sua posição, serão destruídos (nº 3). Quanto aos processos terapêuticos já iniciados em que se tenha utilizado material genético doado antes do referido Acórdão, estabelece-se o mesmo regime (nº1, al. c)). Estabeleceu ainda, quanto aos filhos gerados com recurso a dadores, que se manteria para as dádivas e conceções já efetuadas a possibilidade de obterem informações de natureza genética – excluindo-se a identidade do dador - que lhes digam respeito junto do CNPMA, atingida a maioridade legal (nº 2 articulado com o art. 15, nº 2 na nova redação legal), e de obterem informações quanto à eventual existência de impedimento legal a casamento, desde que tenham idade igual ou superior a 16 anos (art. 3º, nº 2 e art. 15º, nº 3) podendo, ainda, serem invocadas razões ponderosas reconhecidas pelo tribunal (art. 15º, nº 5 na redação atual).

Apesar da posição defendida anteriormente quanto ao sigilo da identidade do dador, alguns reparos há a fazer à redação desta nova lei, partindo-se do novo regime concebido.

a) A Absolutização do Direito ao Conhecimento da Identidade do Dador

Consideramos que a opção legislativa de se passar de um anonimato mitigado para um absoluto direito ao conhecimento das origens não se proporciona sensível aos demais interesses que possam conflitar. Deste modo, somos de preferir a orientação que o TC

propôs - igualmente já defendida por RAFAEL VALE E REIS - de se estipular o direito ao conhecimento das origens como regra, e propor a invocação de motivos ponderosos pelos dadores para os casos em que estes sentissem que devessem ser protegidos. A questão do anonimato implica uma ponderação dos interesses em jogo que são, de ambos os lados, fundamentais e que não se pode limitar a criar uma absolutização de um direito que não tem em linha de conta os restantes interesses, nem salvaguarda o núcleo essencial⁴⁴⁴ dos demais⁴⁴⁵. Damos o exemplo: suponhamos que um anónimo doou o seu gâmeta e, anos mais tarde, esse anónimo se torna uma pessoa conhecida pelo público em geral. Os interesses deste dador em permanecer no anonimato são deveras justificados pois que os efeitos na sua esfera da intimidade da sua vida privada e familiar se poderão revelar enormes com a descoberta de tal situação. O legislador poderia ter acautelado os dadores neste sentido, parecendo descurar por completo os direitos, também eles fundamentais, que os mesmos detêm. Consideramos, então, que não se acautelou um dos requisitos⁴⁴⁶ que qualquer lei que procure ser harmonizadora deve comportar. Sendo a proibição do excesso regra limitadora da atuação do legislador, consideramos que no plano da proporcionalidade se adotou uma carga excessiva e desajustada em relação aos resultados obtidos⁴⁴⁷. É que a redação da lei de 2019 não assegurou, de nenhum modo, o direito do dador a manter-se no anonimato, não consagrando qualquer proteção para este direito também ele tutelado pela nossa CRP. Consideramos que não se tendo optado por manter o anonimato da identidade civil do dador, uma absolutização do direito a conseguir tal identidade é atentatória da dignidade da pessoa humana, pelo que a optar-se por se conceder maior força ao direito ao conhecimento das origens de forma ampla, a opção legislativa proposta por RAFAEL VALE E REIS se revelaria

⁴⁴⁴ Segundo VIEIRA DE ANDRADE, o núcleo essencial de um direito fundamental “*corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projeção da ideia de dignidade humana individual na respetiva esfera da realidade — abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autónoma daquele direito fundamental*”, in *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, 165, *apud.*, OLIVEIRA, Bárbara, *et al.*, *Os direitos fundamentais em Timor-Leste. Teoria e Prática*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, março 2015, , p. 235 disponível online http://www.igc.fd.uc.pt/timor/pdfs/cap_III.pdf (consultado a 10/04/20)

⁴⁴⁵ Cfr. OLIVEIRA, Carla Patrícia, “*Entre a Mística do Sangue...*”, *ob. cit.*, p. 154

⁴⁴⁶ A restrição de direitos deve ter em linha de conta 6 requisitos para que seja constitucionalmente admissível: ser uma lei formal ou organicamente constitucional (fruto de uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei do Governo autorizado), ter autorização expressa na CRP para que se estabeleçam limites através da lei (art. 18º, nº 2 CRP), ter caráter geral e abstrato, não ter efeitos retroativos (art. 18º, nº3 CRP), respeitar o princípio da proibição do excesso e não se afetar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art. 18º, nº3, *in fine*). Sobre a análise destes requisitos, veja-se CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional*, *ob. cit.*, p. 483ss

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 488

suficientemente adequada e proporcional a garantidora do exercício de tal direito, não descurando as situações em que, na ponderação concreta de interesses, este devesse ser remetido para 2º plano.

b) O Alcance da Nova Lei Quanto à Maternidade de Substituição

Por outro lado, não se entende como após a profunda análise constitucional sobre o processo da maternidade de substituição, do reconhecimento pelo TC da total ausência de um direito a conhecer as origens genéticas nesses casos e de declarada a inconstitucionalidade de tal ausência, que o legislador se tenha “esquecido” de as incluir no âmbito do art. 15º. De facto, este artigo mantém a sua concentração nos dadores de gâmetas e embriões não se referindo, em qualquer momento, quanto às “barrigas de aluguer”. Não parece, pela letra da lei, que se possa aplicar analogicamente um direito ao conhecimento da identidade da mãe gestante (apesar de considerar que a estas se deverá aplicar tal direito) dado que o legislador é bem restritivo quando apenas se refere aos dadores no caso do conhecimento e, quanto à manutenção deste segredo, inclui as “barrigas de aluguer” (art. 15º, nº 1). Assim, ficou por definir o alcance do regime da confidencialidade aos casos da maternidade de substituição.

c) Idade Para o Exercício do Direito ao Conhecimento das Origens

Relativamente à idade permitida para se aceder a tal informação, o regime adotado para a PMA não esteve a par e par com o regime previsto para a adoção, também ele tutelador de um direito ao conhecimento das origens. O art. 1990.º-A do CC dispõe que “*Às pessoas adotadas é garantido o direito ao conhecimento das suas origens...*”, remetendo para o Regime Jurídico do Processo de Adoção, mais precisamente para o seu art. 6. O seu n.º 1 veio determinar que o adotado com idade igual ou superior a 16 anos pode solicitar expressamente aos organismos de segurança social aconselhamento e apoio técnico no acesso ao conhecimento das suas origens. A delimitação dos 16 anos como a idade a partir da qual o adotado, com a autorização dos seus pais adotivos, pode ter acesso ao conhecimento das suas origens teve influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros. No direito alemão⁴⁴⁸ já se considerava que esta seria a idade ideal para aceder a estes dados uma

⁴⁴⁸ Na Alemanha, desde 1989 se reconhece o direito fundamental ao conhecimento das origens biológicas, fundado no direito geral de personalidade. Segundo a Lei alemã sobre o estado civil – a *Personenstandsgesetz* – a partir dos 16 anos o adotado pode consultar os registos e obter as correspondentes certidões, só podendo, antes de tal idade, os pais adotivos e os representantes exercer essas faculdades. Contudo, este direito não é

vez que a criança, sendo mais velha, teria a sua personalidade mais desenvolvida e, por conseguinte, mais maturidade para lidar com estas informações. Além de que, é nesta idade, no auge da adolescência, que as questões de identidade pessoal se fazem sentir geralmente com maior intensidade numa tentativa de descoberta de “quem sou eu”.

A idade dos 16, juridicamente, parece a mais adequada dado que, apesar de o regime das capacidades jurídicas determinar que os menores são incapazes para o exercício de direitos (art. 123º CC.) sendo que só a partir dos 18 anos se adquire a plena capacidade para tal (art. 129º CC), esta regra comporta exceções, como é o caso da capacidade para contrair matrimónio. A lei, no seu art. 1596.º impõe que o casamento só possa ser celebrado por quem tenha capacidade para o fazer apesar de o menor de 16 anos, com autorização parental, poder realizar este contrato (arts. 132º, 133º, 1601º, al. a) e 1604º, al. a) CC). Deste modo, a fixação desta idade revela-se prudente e equilibrada dado que será necessário que o menor que com tal idade queira contrair casamento, possa conhecer da existência de qualquer impedimento legal a casamento, para se evitarem relações incestuosas.

Apesar de também se estabelecer a idade dos 16 anos para aceder à identidade do dador, contrariamente ao estipulado para a adoção, o art. 15º, nº3 LPMA apenas se restringiu às situações em que estes menores queiram obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento. Pensamos que em nome do princípio da igualdade e de uma coadunação ao regime que o nosso ordenamento jurídico estabeleceu quanto a um direito absoluto ao conhecimento das origens, não parece razoável que se impeçam os restantes menores, com a mesma idade, mas que não queiram contrair casamento, a exercer tal direito.

Assim sendo, tendo como estrela polar o superior interesse da criança, teria sido preferível adotar-se o mesmo regime que foi pensado para a adoção quanto a um processo de acompanhamento psicológico e apoio técnico ao menor, que o ajudasse a obter tais informações e a gerir as emoções e os eventuais impactos que tal revelação poderá acarretar. Este necessitará de um acompanhamento desde o momento em que lhe seja revelada a sua origem e forma de conceção, passando pela obtenção das informações que pretende obter e a explicitação de quais serão os seus limites de atuação face ao dador. O que, neste momento,

considerado absoluto “podendo ceder (...) e admitindo-se, portanto, a manutenção do segredo sobre a identidade da família biológica quando tal seja imposto para a tutela da unidade da família adotiva”. Apesar disso tende-se a recusar o segredo sobre o conhecimento da história pessoal e das origens. Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., pp. 216-218

não está previsto na lei. Para além disso, não se encontra salvaguardado o núcleo essencial do direito do dador à proteção da intimidade da sua vida privada e familiar que, apesar de poder ter de cair perante um direito ao conhecimento das origens, não poderá ser arrasado por completo colocando o dador numa situação de exposição e de intromissões indesejadas. Para tal ser evitado, deveriam ter sido estabelecidas medidas de proteção contra invasões pessoais ou tentativas forçadas de estabelecimento de relações tanto dos indivíduos concebidos por PMA heteróloga para com os dadores, como o contrário.

CONCLUSÃO

É patente do exposto no nosso estudo a evolução ao longo dos últimos tempos das técnicas de PMA, para além do campo científico, no plano social e legal. O desenvolvimento técnico-científico permitiu-nos proporcionar mecanismos que conseguem contornar as leis da natureza e “fazer de Deus”, criando-se métodos que superem condições de saúde impossibilitadoras de gerar a prole. Não obstante, tal desenvolvimento acarreta necessariamente contenção e responsabilização pelo que a intervenção do Direito se revela essencial para que se consigam salvaguardar direitos fundamentais de forma a que não se caia na tentação de se instrumentalizar o ser humano em nome da experienciação e evolução científica.

Apesar de tardia a legislação neste âmbito – tendo em conta os anos passados desde a primeira inseminação em Portugal -, em 2006 o legislador estabeleceu um regime que sofreu, ao longo dos anos, seis alterações, o que prova a sensibilidade do tema e os constantes debates legais, éticos e morais que concentra.

Um dos temas que mais questões levanta neste âmbito é relativo ao conhecimento da ascendência genética. Tal procura é fruto da curiosidade natural do Homem em saber a sua base e proveniência, consciente que tal influencia o modo como se é e como se revela aos outros. Assim, a consciência da importância das origens foi, desde cedo, acautelada no ordenamento português, sendo tutelado através do direito, que a todos é reservado, à sua historicidade pessoal e identidade genética e pessoal baseado, ainda, num direito à saúde pelo facto de tais informações genéticas poderem ser relevantes para o tratamento ou prevenção de doenças. Não obstante, a questão que verdadeiramente se colocou é a de se saber se a identidade do dador, apesar de integrar o conjunto de informações que compreendem esta identidade, se revela indiscutivelmente essencial para uma completa realização destes direitos. Isto porque, se assim for, contende com outros igualmente tutelados constitucionalmente que são o direito a constituir família e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Perante os direitos em jogo, consideramos necessária uma ponderação de interesses que não violem e não conduzam a uma intromissão desproporcional na esfera da vida privada dos intervenientes deste tema. Como dissemos, não nos compadecemos nem colocamos em primeira linha os interesses dos beneficiários da PMA dado que, com a abertura do recurso a estas técnicas a quem não padeça de qualquer problema de infertilidade, estas não se

revelam já um tema tabu para a sociedade. Mesmo que não queiram ver revelado o seu recurso a tais técnicas, se as relações familiares se basearem na verdade e na confiança, se existir um acompanhamento do menor e forem explicadas as razões pelas quais a elas se recorreu, não nos parece que se coloque em causa a estabilidade e a paz no seio familiar. Quanto à eventual intromissão do dador na vida familiar, tais situações poderão ser acauteladas através de um processo que o Estado ou bancos/clínicas de dadores desenvolvam e que procurem aproximar o dador à pessoa gerada por tais métodos, fora do seio familiar, e que aconselhe, tanto um como outro, na forma de atuação de cada um.

Quanto aos direitos dos dadores, apenas colocamos o foco nas consequências que uma absolutização do direito ao conhecimento das origens que inclua a identidade do dador possa revelar no âmbito da intimidade da vida privada e familiar deste. Não pomos ênfase no argumento da diminuição dos dadores que tal abertura poderá provocar, porque caberá ao Estado procurar e desenvolver mecanismos que consigam atrair novos dadores, agora mais conscientes do seu papel, na ajuda a outras pessoas para obtenção da prole⁴⁴⁹. Não obstante, a verdade é que o regime que o ordenamento português estabeleceu, em 2019, desproviu totalmente de qualquer boia de segurança o dador de modo a que não veja a sua vida totalmente revistada por um estranho, por quem não nutre qualquer tipo de sentimento nem pretende estabelecer nenhuma relação. É que, na verdade, a obtenção da identidade do dador revela-se, a nosso ver, como uma extrema curiosidade sobre o método de conceção do indivíduo que, apesar de se enquadrar no direito ao conhecimento das origens, a sua ausência em nada viola tal direito e não demonstra densidade suficiente para fazer cair um outro direito fundamental, cada vez mais importante na era tecnológica em que vivemos. A verdade é que pode ser obtido todo um conjunto de informações sobre o dador que apesar de individualizadoras não são identificadoras e, assim, permitem um equilíbrio entre os dois direitos em conflito dado que, por um lado, não comprometem um exercício cabal do direito em estudo nem, por outro, colocam desprotegidos os dadores ignorando as razões por que doaram os seus gâmetas, castigando e trazendo consequências indesejadas a quem apenas quis ajudar.

Consideramos que o exercício do direito ao conhecimento das origens não fica desprotegido com a ocultação da identidade do dador e que não se revela uma informação cuja ausência irá desconstruir o direito à historicidade e identidade pessoal do indivíduo. Isto

⁴⁴⁹ Cfr. PENNING, Guido, *The reduction of sperm donor...*, ob. cit., pp. 618-619

porque, como argumentámos, não existe qualquer ligação que tenha sido previamente estabelecida entre dador e “filho”, que seja justificação de uma total rutura com o direito dos dadores. Daí que não defendemos nenhum regime aplicável à PMA que se revele extremista pelo que existirá, sim, um direito ao conhecimento das origens, mas somente nos casos em que se revele fundamental para a estabilidade emocional, psíquica ou médica de quem, por direito, pretenda saber tal informação. É que não vemos de que forma tal revelação será benéfica para a pessoa gerada com recurso a PMA. Por um lado, revela-se mera curiosidade deste e o seu direito esgota-se na obtenção dessa informação não se revelando qual a utilidade prática e, por outro, a obtenção da identidade levará a uma curiosidade maior e a uma busca de outro tipo de informações que, consideramos, já serão abusivas. E a tentativa de estabelecer uma relação quando, por vontade contrária à do dador, se obteve a sua identidade, em nada será vantajoso para aquele, podendo desencadear expectativas frustradas e dor que seria perfeitamente evitável se apenas se admitisse a revelação da identidade em caso de consentimento do dador ou quando fossem invocadas razões que o Tribunal considerasse ponderosas e necessárias a tal revelação.

Não obstante, a ter que optar por um regime que requeira uma abertura maior ao exercício do direito ao conhecimento das origens - admitindo que, em certos casos, tal direito poderia, no regime anterior, ser restritivo -, não seguimos a opção legislativa de 2019 por não tomar em consideração, nem acautelar, eventuais situações que se possam revelar maior importância e que justifiquem a vedação a tal informação, desprotegendo totalmente o dador⁴⁵⁰. Neste sentido, somos de preferir o regime defendido por RAFAEL VALE E REIS no sentido de se estabelecer o direito ao conhecimento das origens como regra, mas prevendo, para situações analisadas caso a caso, a possibilidade de se fazer prevalecer o direito do dador à salvaguarda da intimidade da sua vida privada. *“O interesse tutelado em primeira linha passaria a ser o direito ao conhecimento das origens biológicas, e o legislador enviaria uma mensagem suficientemente tranquilizadora aos potenciais dadores,*

⁴⁵⁰ Nas palavras de REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 476, “...um modelo puro de revelação da identidade do dador, na sua ânsia tuteladora do direito ao conhecimento das origens genéticas, esquece a importância do auxílio médico à reprodução e fecha farisaicamente os olhos ao real problema da escassez do número de dadores”. Apesar de não utilizarmos este último argumento como válido para o não exercício do direito ao conhecimento das origens, a verdade é que não sabemos, ainda, o impacto que tal solução poderá provocar no nosso ordenamento jurídico e não somos de esquecer o impacto que se sentiu noutros países.

de tal forma que estes saberiam poder contar com alguma proteção legal em caso de futura concretização de pretensão revelatória”⁴⁵¹.

Além disso, notamos a falha que o legislador demonstrou ao não contemplar, no exercício deste direito, os casos de maternidade de substituição voltando, de novo, a não se estabelecer um regime que acautelasse as crianças nascidas e concebidas através das “barrigas de aluguer”. Consideramos que tal direito deverá ser aplicável nestes casos fruto do inegável vínculo biológico e emocional que se estabelece entre o feto-bebé e a gestante. Faltará, futuramente, ao legislador debruçar-se sobre estas situações e procurar estabelecer a mesma opção legislativa que estabeleceu para os dadores.

Ainda de notar a falta de estabelecimento de um regime que demonstre a forma como se irá acautelar o exercício do direito ao conhecimento das origens. Caberá ao Estado estruturar um mecanismo para estes casos da mesma forma que o fez para a adoção através do RJPA? E de que forma? Apontámos, também, que a estabelecer-se tal direito para menores que se emancipem através do casamento, de igual modo deverá ser permitido a menores que, apesar de não quererem contrair casamento, pretendam obter tais informações de forma a que não se viole o princípio da igualdade nem haja discriminação com base em impedimento legal a projetado casamento.

Por fim, apenas referir que andou bem o legislador ao restringir os efeitos da inconstitucionalidade com força obrigatória geral declarada pelo TC de 2018, de modo a salvaguardar as dádivas e os procedimentos terapêuticos já efetuados antes da publicação do acórdão do TC. Deste modo, não se pôs em “xeque”, nem se frustraram as legítimas expectativas de tais dadores que consentiram na doação sabendo da condição de se manterem anónimos face à criança e aos beneficiários..

Certa da densidade que este tema comporta e ousando questionar o que parece ser uma posição maioritária já estabelecida em Portugal, há que entender que, mesmo no Direito, não existem verdades absolutas mas sim uma evolução de pensamento que resulta de debates e de diversos pontos de vistas que nos ajudam a tomar consciência dos diversos ângulos que este tema revela. As evoluções sociais, religiosas, económicas e jurídicas vão contribuindo para estes desenvolvimentos e cabe ao Direito procurar a melhor forma de conseguir conciliar todos os direitos invocados para tutelar os interesses de quem é parte nos litígios. Este tema não terminou em 2019 com a nova lei pois que agora será necessário verificar os

⁴⁵¹ *Idem*, p. 477

efeitos que as novas alterações irão produzir para uma melhor e correta análise dos mesmos.
E tal só será possível daqui a, pelo menos, 16 anos.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR, Francisco, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Vol. 41, N.2, 2000
- ANDRADE, Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 4ª edição, 2009
- ANTUNES VARELA, João, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 127, 1994-1995, N.º3843-3853
- ARCHER, Luís, *Da Genética à Bioética*, , Coimbra: Associação Portuguesa de Bioética: Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina da Universidade, Gráfica de Coimbra, maio 2006
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Vol. I, 2008, disponível online <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, *A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*, in ROA, N.º 3, Ano 67, 2007, pp. 977 -1006
- AZEVEDO, Luis Eloy, “*O Direito da Procriação, entre a ordem e o caos*”, in Revista do Ministério Público, Ano 23, n.º 90, abril/junho 2002, pp.91-112
- BARACHO, José Alfredo, *A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito*, consultado a 16/03/20, disponível online https://www.jurisite.com.br/textos_juridicos/a-identidade-genetica-do-ser-humano-bioconstituicao-bioetica-e-direito/
- BARBAS, Stela, *Clonagem, Alma e Direito*, in «*Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*», Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, Coimbra
- BASTOS DE ALMEIDA, Teodoro, *O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspetiva de direito comparado*, Boletim da Faculdade de. Direito Universidade de Coimbra, Vol. LXXIX, 2003, pp. 355-436
- BELEZA, Teresa Pizarro e MELO, Helena Pereira de, *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*, Revista do Ministério Público, n.º 123, julho/setembro 2010, pp. 18-22, disponível online https://rmp.smp.pt/wp-content/uploads/2010/11/123_2pp_3.Discriminacao.pdf

BUNDESGERICHTSHOF, Urteil, XII ZR 201/13, 28 januar 2015, disponível online <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&client=12&nr=70419&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>

Bloco de Esquerda, Projeto de Lei n.º 36/XIII (1.ª): *Garante o acesso de todas as Mulheres à Procriação Medicamente Assistida (PMA) e regula o acesso à Maternidade de Substituição, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro*, 19 de novembro de 2015, *Diário da República*, II Série – A, n.º 9, pp. 5-10, disponível online <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/009/2015-11-19/5?pgs=510&org=PLC&plcdf=true>

CAMARA AGUILA, M., *Sobre la constitucionalidad de la ley de técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STC 1/6/1999 de 17 de junio)*, in *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13, Enero-Diciembre, pp. 117-148;

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 66, Vol. III, dez. 2006, disponível online <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, 4 edição, Coimbra Editora, 2007

CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 1986

CARDOSO, A. Lopes, *Procriação Humana Assistida: Alguns Aspectos Jurídicos*, in *ROA*, Ano 51, Vol. 1, abril 1991, pp. 5-27

CARVALHO, João Luís e SANTOS, Ana, *AFRODITE – Caracterização da Infertilidade em Portugal*, estudo realizado em parceria entre a Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Sociedade Portuguesa da Medicina da Reprodução e KeyPoint, 2009, disponível online <http://static.publico.pt/docs/sociedade/AfroditeInfertilidade.pdf>

CLARK, Brigitte, *A Balancing Act? The rights of donor-conceived children to know their biological origins*, in *Georgia Journal of International and comparative Law*, Vol. 40, N.º 3, 2012, pp. 619-661

Congregazione Per La Dottrina Della FEDE – II Rispetto Della Vita Umana Nascente e La Dignità Della Procreazione”, em 1987, disponível online http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_it.html

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93*, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1.ª) PS, 29/XIII (1.ª) PAN, 36/XIII (1.ª) BE e 51/XIII (1.ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS), 87/CNECV/2016*, disponível em <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF16/012470%20CNECV%20parecer%2087.CNECV.2015.pdf>

Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, *Deliberação sobre testes genéticos pré-implantação*, http://www.cnpma.org.pt/profissionais/Documents/Deliberacao_PGT_MAIO2019.pdf

Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, disponível online <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/221563/details/maximized?jp=true>

Decreto-Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, disponível online <https://dre.pt/home/-/dre/105643546/details/maximized>

Decreto-Lei n.º 415/VII de 17 de junho de 1999, in Diário da República, II Série – A, n.º 80, págs. 2296 a 2300, e online em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/080/1999-07-16/2296?pgs=22962300&org=PLC&plcdf=true>

Sobre este DL 415 - Diário da República, II Série A, n.º 82, pág. 2316, disponível online in <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/082/1999-08-03/2316?pgs=2316&org=PLC>

Diário da República, n.º 109/2001, Série I-A de 2001-05-11, disponível online <https://dre.pt/pesquisa/-/search/314194/details/maximized>

Diário da República, Série I, n.º 116/2016, de 20 de junho de 2016, disponível online https://dre.pt/home/-/dre/74738646/details/maximized?p_auth=57fsVbIR

Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, no seu ponto (29) e art. 14º, n.º 3, in Jornal Oficial da União Europeia, disponível online http://www.cnpma.org.pt/CNPMA%20Legislacao/Legislacao_Directiva_2004_23_CE.pdf

Diretiva 2006/17/CE da Comissão de 8 de fevereiro de 2006, in Jornal Oficial da União Europeia, págs. 40 e 47, consultado online, in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6078f8c9-bd97-4fd0-86c8-5fe7621822ab/language-pt>,

DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996

DUARTE, Tiago, “*In Vitro Veritas?*” A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei, Almedina, Coimbra, fevereiro 2003

FERNANDEZ, Maria Carcaba, “*Los Problemas Jurídicos Planteados por las nuevas Técnicas de Procración Humana*”, Jose Maria Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1995

FERRANDO, Gilda, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in Corriere giur., 2004

FREITAS, Susana, *O anonimato do dador e o direito a conhecer a própria origem. Uma aproximação de direito comparado*, in *Dereito* Vol. 19, n.º 1, 2010, ISSN 1132-9947, pp. 41-69

FURKEL, M.F., *Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d’Allemagne*, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, 49, 4, Octobre-décembre 1997, pp. 931-959

GEORGE, Francisco Henrique, *Saúde Reprodutiva, Infertilidade, Cuidados de Saúde Primários – Normas Direção Geral da Saúde*, Direção-Geral da Saúde, Lisboa 2010

HARARI, Yuval Noah, *Sapiens, História Breve da Humanidade*, 21.º edição, Elsinore, setembro 2019

HARPER, Joyce, et al., *The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business*, in *Human Reproduction*, Vol. 31, nº6, 2016, pp. 1135-140

Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations, 2004. Disponível online <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1511/made>

IVONE, Vitulia, *Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudenciais*, pp. 189-205 in “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, investigadoras responsáveis NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira, disponível online https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf

JAHN *Der Bundesjustizminister zur künstlichen Insemination*, Dt. Arzteblatt, 1972, 6

KLEINEKE, Wilhelm, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976

LOUREIRO, João Carlos, *Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinae Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 6, 2006, pp. 5-48

LOUREIRO, João Carlos, *O direito à identidade genética do ser-humano*, Portugal-Brasil, 2000, *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 40, Colloquia 2, 1999, pp. 263-389

LOUREIRO, João Carlos, “*O nosso pai é o dador nº XXX*”: *A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga*, in *Lex Medicinae*,

Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Ano 7, nº 13, 2010, pp. 5-42

MELO, Helena, *O direito ao conhecimento da origem genética*, in Revista do Ministério Público, n.º 142, abril/junho 2015, pp. 35-57

MEYER, Petra, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung*, Nomos Recht, 2005

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 2º ed. Revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017

MOTA PINTO, Paulo, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, Studia Iuridica 40, Colloquia 2, Portugal-Brasil, Coimbra Editora, 2000

Mother or nothing: the agony of infertility, in Bulletin of the World Health Organization, Vol. 88, N.º 12, dezembro 2010, pp. 881-882, disponível online <https://www.who.int/bulletin/volumes/88/12/10.011210.pdf?ua=1>

MOUTINHO, Sandra, *Tudo por um filho – Viagem ao Mundo da Infertilidade em Portugal*, Dom Quixote, 1.º edição, janeiro de 2004

National Institute for Health and Care Excellence, disponível online <https://pathways.nice.org.uk/pathways/fertility>

NETO, Luísa, *Novos Direitos ou Novo(s) Objeto(s) para o Direito?*, U. Porto Editorial, 1.º edição, Porto, 2010, pp. 24-25.

NETO, Luisa, *O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições*, in “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, investigadoras responsáveis NETO, Luísa e PEDRO Rute Teixeira, pp. 83-91, disponível online https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf

NUNES, Rui e MELO, Helena, *Relatório/Parecer nº P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida*, disponível online http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf

OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A Lei nº 32/2006, sobre a procriação medicamente assistida*, in Revista da Ordem dos Advogados, N.º. 3, Ano 67, Vol. III, dez. 2007, pp.977-1006, disponível online <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>

OLIVEIRA ASCENÇÃO, *A reserva da intimidade da vida privada e familiar*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII, nº 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 9-25

OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito e Bioética*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, Vol. 2, julho 1991, pp. 429-458

OLIVEIRA, Bárbara, *et al.*, *Os direitos fundamentais em Timor-Leste. Teoria e Prática*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, março 2015, disponível online http://www.igc.fd.uc.pt/timor/pdfs/cap_III.pdf

OLIVEIRA, Carla Patrícia, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afetos: o Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra Editora, 1.º edição, janeiro 2011

OLIVEIRA, Guilherme, *Aspetos jurídicos da procriação assistida*, in “Temas do Direito da Medicina”, Coimbra Editora, 2ª edição, 2005, pp. 5-25

OLIVEIRA, Guilherme de, *Beneficiários da Procriação Assistida*, in “Temas de Direito da Medicina”, Coimbra Editora, 2.º edição, 2005, pp. 31-58

OLIVEIRA, Guilherme de, *Critérios Jurídicos da Parentalidade*, in “Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho”, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, disponível online <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Criterios-juridicos-de-parentalidade.pdf> a 06/01/20

OLIVEIRA, Guilherme de, *Impugnação da Paternidade*, Separata do Boletim da FDUC, Suplemento XX, Coimbra, 1979

OLIVEIRA, Guilherme de, *Legislar sobre a Procriação Assistida*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, N.º 3840 a 3842, p. 75, associa, também, esta condição a um sofrimento asseverando que o objetivo da procriação assistida será “*vencer a esterilidade, dar um filho a um casal que sofre por não o ter*”.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (uma), Duas!*, Coimbra Editora, 1992

OLIVEIRA, Guilherme de, *O direito da filiação na jurisprudência recente*, in Homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro, pp. 119-142, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-direito-da-filiacao-na-jurisprudencia-recente.pdf>

OLIVEIRA, Guilherme de, *O sangue, os afetos e a imitação da natureza*, in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 5-16

OLIVEIRA, Guilherme de, *Procriação com dador. Tópicos para uma intervenção*, in «Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar, 12-13 dezembro de 1991», Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1993, pp. 33-40

OSSWALD, Walter, *As técnicas de Procriação Medicamente Assistidas com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)*, in Cadernos de Bioética, Revista Portuguesa de Bioética, Ano XVII, n.º 40, abril, 2006, pp. 7-11

OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil Constitucional da Bioética*, Coimbra, Almedina, 1999

PAMPLONA CORTE-REAL, *Os efeitos familiares e sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A)*, in CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.), «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles», Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 347-366

PAN Projeto de Lei n.º 29/XIII (1.ª), Diário da República, II Série – A, n.º8, págs. 8 a 10 disponível online: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/008/2015-11-13/8?pgs=810&org=PLC&plcdf=true%2C>;

PATRÃO-NEVES, Maria, *A infertilidade e o desejo de procriar: perspetiva filosófica*, in NUNES, Rui, e MELO, Helena (Coord.), “*A ética e o direito no início da vida humana*”, Serviço de Bioética e Ética Médica, FMUC, Gráfica de Coimbra, outubro, 2001, pp. 75-97

PEDRO, Rute Teixeira, *Uma Revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida*, p. 158 , in “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, investigadoras responsáveis NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira,

PENNINGS, Guido, *The Reduction of Sperm Donor Candidates Due to the Abolition of the Anonymity Rule: Analyss of na Argument*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Vol. 18, n.º 11, 2001,

PEREIRA, André Dias, *Filhos de pai anónimo no século XXI!*, in “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, investigadoras responsáveis NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira, pp. 41-54, disponível online https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf

PEREIRA COELHO, Francisco e Guilherme de Oliveira com colaboração de Rui Moura Ramos “*Curso de Direito da Família*”, Vol. II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da filiação, Adoção, Coimbra: Coimbra Editora, 2006

PEV Projeto de Lei n.º 51/XIII (1.ª), Diário da República, II Série – A, n.º10, de 20 de novembro de 2015, pp. 37-39, disponível online: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/010/2015-11-20/37?pgs=3739&org=PLC&plcdf=true%2C>

PIMENTA, José da Costa, *Filiação*, Livraria Petrony, Lda, 4.º edição, 2001

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.º edição, AAFDL Editora, 2018

PINHEIRO, José Duarte, *Critério biológico e critério social ou afetivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, n.º 9, 2008, pp. 5-12

PINTO MONTEIRO, J., *O direito a conhecer as origens na adoção*, *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 4, nº 8, 2007, pp. 65-86

PIRES, Luz Céu, *Novas Tecnologias do Nascimento: Técnicas de Reprodução Medicamente Assistidas (T.R.M.A.)*, in *Análise Psicológica* (1990), 4 (VIII): 425-428, disponível online http://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/2912/1/1990_4_425.pdf

PS Projeto de Lei n.º 6/XIII (1.ª), *Diário da República*, II Série – A, n.º 1, págs. 12 a 15, disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/001/2015-10-23/12?pgs=1215&org=PLC&plcdf=true>;

QUESADA GONZÁLEZ, Corona, *El derecho (?constitucional?) a conocer el próprio origen biológico*, in *Anuário de Derecho Civil*, 1994- II, págs. 237-302

RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *A Adoção, Regime Jurídico Atual*, 2.º edição, Quid Juris, 2007

Vera Lúcia, *De mãe para mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia, *Direitos Reprodutivos. Lex Medicinae*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 2, n. 3, pp. 111-131, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo, *Aspetos Jurídicos da Reprodução Post-Mortem, em Perspetiva Comparada Brasil-Portugal*, *Lex Medicinae*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, Ano 7, N.º 14, 2010, pp. 81-94

RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra: Almedina, 2014

RAPOSO, Vera Lúcia. *Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, *Lex Medicinae*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n. 8, 2007b, pp. 59-84

RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André Dias, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)*, *Lex Medicinae*, Ano 3, N.º 6, 2006, pp 89-104

REIS, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Aspectos jurídico-privados más relavantes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción assistida*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, ano 43, nº 1517, Madrid, 1989, pp. 551-581

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La Constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C.*

116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre), in Revista Jurídica de Catalunya, nº 1, 2004, pp. 105-134

SALLES DOS SANTOS, Glauco, *Treu und Glauben e direito ao reconhecimento da origem genética em inseminação artificial heteróloga: notas sobre a decisão XII ZR 201/13 proferida pelo Superior Tribunal de Justiça da Alemanha*, in Revista Âmbito Jurídico nº 161, Ano XX, junho 2017, disponível online <https://ambitojuridico.com.br/revista-ambito-juridico/revista-ambito-juridico-no-161-ano-xx-junho-2017/>

SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel e CABRAL, Rita Amaral, “Relatório – Procriação Medicamente Assistida”, in Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Julho 2004, Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf

SANTOSUOSSO, F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004;

STANZIONE, Maria Gabriella, *Anonymous birth, medically assisted procreation techniques and right to know one's origins in a comparative perspective*, in “Debatendo a procriação medicamente assistida”, 16-17 March 2017, University of Porto, pp. 93-105, disponível online [file:///C:/Users/Alexandra/Downloads/Ebook_PMA_2018%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Alexandra/Downloads/Ebook_PMA_2018%20(3).pdf)

SERRÃO, Daniel, *Livro Branco – Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica*, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, maio de 2003, disponível online in http://www.familiaesociedade.org/saudereprodutiva/PMA/Livro_Branco_sobre_o_uso_de_embrioes_em_IC.pdf

SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada* Coimbra: Editora, 1.º edição, março 2011

SILVA, Paula Martinho da, *O anonimato do dador, um exemplo...* in Boletim da Ordem dos Advogados, 1987, nº 1, pp. 1-3

SILVA PEREIRA, Maria Margarida da, *Direito da Família*, Nova Causa, Edições Jurídicas, 2016

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva*, in Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”, Coimbra Editora, 2008

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Quem são os verdadeiros pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in “Abandono e Adoção”, Coord. SÁ, Eduardo, et. al, 3.º edição, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 53-103

SOUSA, Capelo de., *A Adoção: constituição da relação adotiva*, Coimbra, Editora, 1973

SOUSA, Capelo de., *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1.º edição, janeiro 2011 (reimpressão)

STOLL, Jane, *Swedish donor offspring and their legal right to information*, Uppsala, 2008.

WARNOCK, Dame Mary, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, July 1984, HMSO, 1984, disponível online https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf

Zegers-Hochschild et al., “International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology”, 2009, Vol. 92, No. 5, November 2009, pág. 1522, consultado online https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2.pdf?ua=1 (a 25/01/2020)

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 5/12/1995 Processo: n.º 130/94, Relator: Conselheiro Ribeiro Mendes, consultado online a 06/01/20, in http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=ac%F3rd%E3o&ficha=10348&pagina=413&exacta=&nid=7267

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 1 de abril, publicado in *Diário da República* n.º 64/2009, Série II de 2009-04-01, disponível online <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, processo n.º 95/17, publicado in *Diário da República*, 1.ª série, N.º 87, 7-05-2018, Relator: Pedro Machete

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, n.º 1974/13.7TBFAF.G1, Relatora: Maria Carvalho, de 10-07-2014, disponível online www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, n.º 25735/15.0T8SNT.L1-2, Relator: Ondina Alves, de 25-05-2017

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6/11/2018 n.º 2790/16.0T8VFX.L1.S1, Relator: Pinto de Almeida, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6127be61d57a7578802583430055941f?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 1731/16.9T8CSC.L1.S1, Relator: Paulo Sá, de 14-05-2019

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 2344/15.8T8BCL.G1.S2, Relatora: Graça Amaral, de 15-02-2018

Rose v. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embryology Authority, [2002] EWHC 1593 (Admin). Consulta sobre o acórdão disponível online <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1fb2c94e0775e7ef597>