



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Rita dos Santos Oliveira

**PARENTALIDADE NA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA**

**Dissertação no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de
Mestre)
Orientada pela Professora Doutora Paula Sofia Couceiro Almeida Távora Vítor e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Outubro de 2020



Ana Rita dos Santos Oliveira

Parentalidade na Procriação Medicamente Assistida

Parentality in Medically Assisted Procreation

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre)

Orientadora: Prof^ª. Doutora Paula Sofia Couceiro Almeida Távora Vítor

Coimbra, 2020

Agradecimentos

À minha mãe e ao meu pai por todo o amor e apoio incondicional, mesmo nos momentos mais difíceis e quando o mundo parece desabar à nossa frente.

À minha família por toda a compreensão, em especial aos meus avós, ao meu irmão e à minha sobrinha Leonor que me alegra em qualquer momento.

Ao Ricardo por todo o amor e paciência.

Aos amigos que fizeram de Coimbra a minha segunda casa.

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Paula Sofia Couceiro Almeida Távora Vítor, pelas orientações e pela paciência.

A todos o meu muito obrigada!

Resumo

Vivem-se novos tempos, novas possibilidades relativamente à procriação medicamente assistida. Atualmente, com a alteração da Lei da PMA no que diz respeito ao conhecimento da identidade dos dadores, o problema do seu desconhecimento já não se colocará, a não ser para os casos em que esta alteração ainda não se aplica. Tendo a possibilidade de conhecer a sua origem genética, apesar da discussão estar mais calma, haverá sempre inúmeras posições doutrinárias. No entanto, quanto ao estabelecimento da parentalidade, tal situação não tem relevância, uma vez que o dador nunca será tido como pai ou mãe para efeitos jurídicos.

Para tal será importante, numa fase inicial, tentar esmiuçar os contornos do tema, analisar a realidade dos processos de averiguação oficiosa da parentalidade, com foco na PMA, e posteriormente analisar a PMA e a sua evolução relativamente aos ascendentes, quer no que toca à «vontade do ascendente enquanto critério de parentalidade», quer no direito ao conhecimento da verdade biológica.

Faz-se referência aos critérios tradicionais e os “novos critérios” de parentalidade na PMA e uma breve referência de Direito Comparado.

Entende-se que os novos casos de PMA heteróloga se baseiam na parentalidade da vontade, consentimento e autonomia e há o afastamento da averiguação oficiosa.

Palavras-chave: Procriação Medicamente Assistida, Nascimento, Parentalidade, Direito.

Abstract

New times are being lived, new possibilities regarding medically assisted procreation. Currently, with the amendment of the PMA Law with regard to knowledge of the identity of donors, this problem will no longer arise, except for the cases in which this change does not yet apply. Having the possibility to know its genetic origin, although the discussion is calmer, there will always be numerous doctrinal positions.

To this end, it will be important, at an early stage, to try to scrutinize the outlines of the theme, to analyze the reality of the unofficial investigation of parenting processes, focusing on PMA, and subsequently to analyze PMA and its evolution in relation to the ancestors, both with "The ascendant's will as a parenting criterion", or in the right to knowledge of biological truth.

Reference is made to the traditional criteria and the "new criteria" for parenting in PMA and a brief reference to Comparative Law.

It is understood that the new cases of heterologous PMA are based on the parenting of the will, consent and autonomy and there is a departure from unofficial investigation.

Keywords: Medically Assisted Procreation, Birth, Parenting, Law.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – acórdão

ADN – ácido desoxirribonucleico

al. – alínea

art. – artigo

arts. – artigos

CC – Código Civil

CC br. – Código Civil Brasileiro

CC Fr. – *Code Civil Français*

cfr. – confrontar

CNECV – Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CPC – Código de Processo Civil

CRC – Código de Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSP – *Code de la Santé Publique*

IRN – Instituto dos Registos e do Notariado

MP – Ministério Público

nº - número

n^{os} – números

p. – página

PMA – Procriação Medicamente Assistida

pp. – páginas

proc. – processo

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TC – Tribunal Constitucional

Índice

Introdução	6
1. Determinação da parentalidade	8
1.1. Estabelecimento da paternidade.....	8
1.2. Estabelecimento da maternidade	25
2. A PMA e a sua evolução em paralelo com a sociedade	32
2.1. Critérios tradicionais e os “novos critérios” de parentalidade na PMA	32
2.2. PMA e o direito ao conhecimento da verdade biológica	34
3. Novos desafios colocados pela utilização das técnicas de PMA.....	42
4. Breve referência de Direito Comparado.....	46
Conclusão.....	55
Bibliografia	58
Jurisprudência e Pareceres	61
Legislação	62

Introdução

O conceito geral de família não se transformou, contudo, a percepção da família tem vindo a alterar-se bastante nas últimas décadas. As famílias ocidentais sofreram inúmeras mudanças sociopolíticas e culturais. Assim, a escolha do cônjuge, que antigamente se baseava em casamentos combinados entre as famílias, predominando na base desta escolha as questões patrimoniais, foi-se alterando ao longo do tempo, passando de um “casamento aliança” para, em toda a Europa a partir do século XIX e em Portugal por volta dos anos 60, um “casamento romântico” baseado na ideia de amor¹, de uma escolha livre e espontânea dos nubentes.

No passado predominavam as famílias numerosas, sendo visto o casamento como uma rede de procriação em que os filhos tinham um papel instrumental, como mão de obra e riqueza. Já as famílias contemporâneas têm cada vez menos filhos, predominando agora os valores afetivos e de amor e, reduzindo este número, perspectiva-se, assim, uma família com melhores condições financeiras para proporcionar um melhor desenvolvimento e bem-estar de todos os seus membros.

O modo como é exercido o papel do pai e da mãe também teve muitas alterações nos últimos anos. No passado, o pai tinha o papel económico de “trazer dinheiro para casa” e de autoridade e de poder², já a mãe desempenhava o papel educativo, de cuidar da casa e da família, não havendo uma abertura para uma relação de afeto, de carinho entre os filhos e os seus progenitores, como há atualmente em que a parentalidade é vista como um projeto de vida a dois.

Na atualidade, e desde o século dezanove, as famílias são mais nucleares³, diferentemente das famílias alargadas do passado. Nesse tempo as ruturas familiares eram raras e aconteciam predominantemente com a morte de um dos progenitores. Já as famílias contemporâneas caracterizam-se por uma pluralidade de famílias, devido ao aumento de ruturas familiares e também à existência de um novo tipo familiar. Durante muitos anos a família tradicional era constituída por um pai, uma mãe e os filhos. A sociedade mudou e,

¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Transformações do Direito da Família*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 763 a 779.

² OLIVEIRA, Guilherme de, *Transformações (...) ob. cit.* pp. 776 e 777.

³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Transformações (...) ob. cit.* p. 763.

com a evolução da sociedade e com a evolução legislativa, passaram a existir mais famílias monoparentais, parentalidade derivada de processo de adoção, assim como famílias com dois pais, ou com duas mães, ou somente uma mãe, no caso de concepção através de técnicas de PMA, apenas por uma mulher (concepção independente), com recurso a dador de gâmetas. Evoluiu, assim, a paternidade desde a biológica, à adotiva, ou à socio-afetiva.

A filiação biológica é o modo mais antigo de filiação jurídica que conhecemos. O nosso direito é visto como biologista na sua essência. Não obstante existem vários outros vínculos concorrentes. A filiação adotiva, pelo qual a adoção é um vínculo que se estabelece “à semelhança da filiação natural mas independente dos laços de sangue”, como refere o art. 1586º do CC, é apenas regulada pelo Direito Português, pelo CC de 1966, e que, no entanto, tendo sido alvo de sucessivas alterações, abriu assim o leque de possibilidades de recurso a este tipo de filiação. Não se irá analisar detalhadamente o modo de filiação adotiva por não caber no âmbito deste trabalho.

A filiação afetiva ou sociológica impede a averiguação da filiação biológica, e perpetua os laços de afeto e vivência. Tem consagração legal tendo que se ter em conta os prazos de caducidade que impedem a propositura deste tipo de ações de investigação, e na relevância da posse de estado que, também, impede a pesquisa de vínculo biológico, como se falará mais à frente.

Nos casos de utilização de técnicas de PMA, com recurso a dadores, prevalece o vínculo social e afetivo sob o biológico⁴.

Tendo em conta os temas que se irão tratar, será de todo pertinente fazer uma breve referência à evolução da averiguação oficiosa da parentalidade e, também, a alguns princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, relevantes para esta análise.

É certo que a filiação estava tradicionalmente ligada ao critério biologista, mas com a evolução da sociedade e o desenvolvimento das técnicas de PMA o direito teve de se adaptar, alterando o modo de estabelecimento da parentalidade, empregando de outra forma os critérios tradicionais biologistas e criando novos critérios, como se irá analisar.

⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Sangue e o Direito: entre o ser e o pertencer*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 134, n.º 3924 e 3925, 2001, pp. 66 a 71 e *O sangue, os afectos e a imitação da natureza*, *Lex Familiae* Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 5 a 16.

1. Determinação da parentalidade

A determinação da parentalidade, quer da paternidade quer da maternidade, pode ser feita de inúmeras formas, como está devidamente regulamentado no CC, na lei geral.

No entanto, nesta análise iremos debruçarmo-nos, mais extensivamente, no que respeita às diferenças e pontos de contacto da parentalidade do regime geral e dos casos de recurso a técnicas de PMA.

1.1. Estabelecimento da paternidade

A menção da paternidade é obrigatória como referem os artigos 118º do CRC e 1835º do CC. Esta menção é obrigatória nos casos de paternidade presumida e, se o registo de casamento dos pais vier a ser efetuado posteriormente ao assento de nascimento do filho, não constando a paternidade, será averbada oficiosamente a paternidade presumida.

A paternidade pode ser estabelecida por presunção, perfilhação ou reconhecimento judicial.

Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe, é o que dispõe o art. 1826º, nº 1 do CC. Esta regra já vem do direito romano segundo a qual *“pater is est quem nuptiae demonstrant”*.⁵

O momento da conceção do filho é fixado, segundo o art. 1798º do CC, para os efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam ao nascimento, salvas exceções determinadas por lei.

A fixação do período legal de conceção, antigamente tinha bastante relevância para a determinação da filiação legítima, a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos foi abolida em 1977. Atualmente já não se coloca este problema. Embora esta determinação continue a ter interesse para averiguar a paternidade dos filhos, como acabado de referir, no entanto, devido aos avanços da medicina e da tecnologia, existem meios científicos para determinar a paternidade com elevado grau de certeza.

⁵ VARELA, Antunes e LIMA, Pires de, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra Editora, 1995, p. 116.

Salvo raras exceções, entende-se que o período máximo de gestação uterina é de 300 dias. É de conhecimento comum que a duração de uma gravidez é de, aproximadamente, 9 meses/40 semanas, ou seja, entre os 270 e os 280 dias, no entanto há gravidezes que duram mais ou menos tempo, sendo que os peritos, com base nos ensinamentos clínicos, fixaram os prazos de 180 e 300 dias como prazos mínimo e máximo de gestação uterina do ser humano.⁶ Sendo fixado pelo legislador no art. 1798º do CC como momento de concepção entre os 120 e os trezentos dias que precederam o nascimento, presume-se que a concepção se realizou nestes limites temporais. Esta é uma presunção *juris tantum*, ilidível mediante prova em contrário (cfr. 350º, nº 2 do CC), sendo admitida ação judicial destinada a fixar a data provável da concepção, dentro do período acima referido, ou a provar que o período de gestação do filho foi inferior ou superior a esse período. Se dentro dos 300 dias anteriores ao nascimento tiver sido completada ou interrompida outra gravidez, não são contabilizados para a determinação do momento da concepção os dias que tiverem decorrido até ao parto ou à interrupção da gravidez, como dispõe o art. 1799º, nº 1 do CC. A concepção de um segundo filho só poderia acontecer depois de ocorrer um destes factos. Nas contagens destes limites, como estipula o art. 279º al. b) do CC, não se conta o *dies a quo*, o dia em que ocorreu o evento.

A presunção de paternidade abrange os casos em que o filho foi concebido e nasceu na constância do casamento, nos casos em que o filho foi concebido antes do matrimónio, tendo nascido após o casamento, e nos casos em que foi concebido durante o casamento apesar de ter nascido depois da dissolução do mesmo. Sendo que, nestes casos, há uma probabilidade elevadíssima do filho ser do marido da mãe.

Quando a concepção do filho teve lugar num momento anterior ao casamento, inferior a 180 dias, este compromisso evidencia de certo modo a probabilidade de a paternidade do filho ser do marido, segundo Pais de Amaral⁷. O momento de dissolução do casamento, por divórcio ou da sua anulação, é o do trânsito em julgado da respetiva sentença. No casamento católico só se considera nulo ou dissolvido por dispensa a partir do registo da decisão proferida pelas autoridades eclesiásticas, como dispõe o nº 2 do art. 1826º do CC.

⁶ NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 19ª edição, Ediforum, 2016, p. 1460.

⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 5ª edição, Almedina, 2018, p. 223.

A declaração de nulidade do casamento católico⁸, transcrito o registo civil, ou a anulação do casamento civil, segundo o artigo 1827º do CC, não excluem a presunção de paternidade.

A presunção de paternidade cessa nos casos previstos nos artigos 1828º, 1829º e 1835º do CC. Tendo o filho nascido dentro dos 180 dias posteriores à celebração do casamento, cessa a presunção de paternidade se a mãe ou o marido desta declararem no ato de registo de nascimento que este não é o pai da criança, como resulta do primeiro artigo referido, no entanto, o art. 119º do CRC, apenas faz referência a declaração efetuada pela mulher. Cessa também esta presunção se o nascimento do filho ocorrer passados 300 dias depois de finda a coabitação dos cônjuges, sendo que a coabitação considera-se finda na data da conferência de separação⁹, ou na data da citação do réu para a ação de separação sem o consentimento de um dos cônjuges¹⁰, ou na data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação, ou na data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em ação de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida – art. 1829º do CC. No entanto, a presunção que cessa nos termos deste último artigo pode voltar a ser presumida, recuperando os seus efeitos, como no caso de reconciliação, regresso de ausente, ou o trânsito em julgado da sentença que não decretou o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens e pôs termo ao respetivo processo, tendo, assim, lugar o reinício da presunção de paternidade – art. 1830º do CC, e renasce a mesma presunção por decisão judicial, no sentido de que, no período legal da conceção existiram relações entre os cônjuges que tornem verosímil a paternidade do marido ou que o filho, na ocasião do nascimento, beneficiou de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges. Existe posse de estado por ambos os cônjuges quando é tratado como filho por ambos e também é reputada como tal nas relações sociais, especialmente nas respetivas famílias – cfr. art. 1831º, n^{os} 1 e 2 do CC.

⁸ O casamento católico não produz qualquer efeito em termos de presunção de paternidade, enquanto não for transcrito no registo civil.

⁹ O artigo 1829º, n^o 1 do CC, ainda faz referência à “*primeira conferência*”, no entanto agora a conferência é única, cfr. art. 1776º do CC, alterado pela lei n^o 61/2008, de 31 de outubro.

¹⁰ Apesar de na letra do artigo 1829º, n^o 2 do CC ainda fazer referência a “*divórcio ou a separação litigiosos*”, atualmente já não tem esta denominação, mas sim por mútuo consentimento ou sem o consentimento de um dos cônjuges, como refere no artigo 1773º do CC, alterado pela lei n^o 61/2008, de 31 de outubro.

Nos casos em que a mãe celebrou outro casamento sem ter respeitado o prazo internupcial previsto no artigo 1605º do CC, ou em que foi praticada bigamia, a paternidade presumida é a do segundo marido, por haver maior probabilidade. No entanto, se houver impugnação da paternidade, renasce a presunção relativa do primeiro marido, artigo 1834º, nº 2 do CC.

Os artigos 1834º e 1848º do CC procuram evitar conflitos de paternidade, regulando a dupla presunção de paternidade e as regras de reconhecimento e de prioridade de registo.

Conforme dispõe o art. 1796º, nº 2 do CC, a paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento. As formas de reconhecimento da paternidade são legalmente determinadas pelo artigo 1847º do CC, sendo que o reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimónio efetua-se por perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação.

A perfilhação é uma forma de reconhecimento voluntário do filho, sendo um ato pessoal e livre, como refere o art. 1849º do CC. A perfilhação é, assim, uma declaração de vontade do perfilhante, não tendo de se relacionar com o vínculo biológico. Esta pode ser realizada pelo perfilhante ou por intermédio de procurador com poderes especiais, através de declaração prestada perante o funcionário do registo civil, por testamento, por escritura pública, ou por termo lavrado em juízo, como dispõe o art. 1853º do CC, este último, como dispõe o art. 64º do RGPTC, será lavrado na presença do MP.

O testamento é um ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles – art. 2179º, nº 1 do CC, tendo assim essencialmente carácter patrimonial, no entanto, a perfilhação, mesmo tendo carácter não patrimonial, pode ser feita em testamento. Este artigo, no seu nº 2, dispõe que o testamento pode conter disposições não patrimoniais, sendo válido se for revestido de forma testamentária e para isso não necessita de ter qualquer disposição de carácter patrimonial. Sendo neste caso a perfilhação mantida em segredo até à morte do perfilhante. É certo que o reconhecimento de paternidade não é admitido se for contrário ao que conste no registo de nascimento e enquanto o registo não for retificado, declarado nulo ou cancelado, conforme consta do art. 1848º do CC, no entanto, após retificação, declaração de nulidade ou cancelamento, é admitido o reconhecimento e o estabelecimento da filiação tem eficácia retroativa – art. 1797º, nº 2 do CC. São incapazes de testar, conforme dispõe o art. 2189º do

CC, os menores não emancipados - al. a); e os maiores acompanhados, apenas nos casos em que a sentença de acompanhamento assim o determine - al. b). No decurso da averiguação oficiosa ou nos casos de investigação de paternidade se o investigado reconhecer a paternidade que lhe é imputada, será lavrado, em juízo, termo de perfilhação e, posteriormente certidão judicial para averbamento na repartição do registo civil competente para o registo – cfr. arts. 1853º, 1865º, nº 3 e 1869º do CC.

A perfilhação é um ato irrevogável e, mesmo quando estabelecida através de testamento, ainda que este seja revogado, a perfilhação não o será – art. 1858º do CC. A perfilhação deve corresponder à verdade e, caso tal não aconteça, é impugnável em juízo, a todo o tempo – art. 1859º do CC, mesmo após a morte do perfilhado¹¹. Este ato não comporta cláusulas que limitem ou modifiquem os efeitos que lhe são atribuídos por lei, nem admitem condição ou termo, como dispõe o art. 1852º, nº 1 do CC. Estando, assim, vedadas quaisquer limitações à titularidade do exercício do poder paternal ou às responsabilidades parentais ou qualquer cláusula limitativa dos efeitos da perfilhação, caso existam, são consideradas não escritas, art. 1852º, nº 2 do CC.

A perfilhação pode ser feita a todo o tempo, antes ou após o nascimento ou morte do perfilhado – art. 1854º do CC. Já a perfilhação do nascituro só é válida se for posterior à sua conceção e o perfilhante identificar a mãe – cfr. arts. 1855º do CC e 132º, nº 1 do CRC.

Como refere o art. 1850º, nºs 1 e 2 do CC, os indivíduos com mais de dezasseis anos, se não forem maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais nem forem afetados por perturbação mental notória no momento da perfilhação, têm capacidade para perfilhar; os menores ou maiores acompanhados que se enquadrem nestes leques, não têm de ter autorização dos pais ou tutores para perfilhar.

Este ato pode ser judicialmente anulável por erro ou coação moral, a requerimento do perfilhante, pois é um ato livre, art. 1860º, nº 1 do CC. A ação de anulação caduca no prazo de um ano a contar do momento em que o perfilhante teve conhecimento do erro ou em que cessou a coação, como refere o art. 1860º, nº 3 do CC. No caso de o perfilhante se tratar de um menor não emancipado ou maior acompanhado com restrições ao exercício de

¹¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 5ª edição, Almedina, 2018, p. 227.

direitos pessoais, a ação só caduca decorrido um ano sobre a maioridade, emancipação, cessação ou modificação bastante do acompanhamento – n° 4 do art. referido.

Este ato é anulável por incapacidade do perfilhante a requerimento deste ou dos seus pais, tutor ou acompanhante, se assim resultar de medidas de acompanhamento judicialmente decretadas. A ação de anulação por incapacidade do perfilhante pode ser intentada dentro de um ano a contar: da data da perfilhação, quando intentada pelos pais, tutor ou acompanhante com poderes especiais; da maioridade ou emancipação, quando intentada pelo que perfilhou antes da idade exigida por lei; do termo da limitação, quando intentada por quem perfilhou estando em situação de acompanhamento ou se encontre afetado por perturbação mental notória – art. 1861° do CC.

No caso da perfilhação ser posterior à morte do perfilhado, esta só produz efeitos em favor dos descendentes, a perfilhação *post mortem* apesar de ter eficácia retroativa (art. 1797°, n° 2 do CC), não aproveita ao perfilhante, afastando a possibilidade de recorrer a este ato apenas para se habilitar à herança do perfilhado.

Já na perfilhação de filho maior ou emancipado, ou de filho predefunto de quem vivam descendentes maiores ou emancipados, apenas produz efeitos se este ou estes ou, tratando-se de maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais, o acompanhante, precedendo autorização judicial, derem o seu assentimento, art. 1857°, n° 1 do CC. O assentimento pode ser dado antes ou após a perfilhação, mesmo que o perfilhado já tenha falecido, sendo o registo da perfilhação considerado secreto até ser prestado o assentimento necessário, tendo qualquer interessado direito de requerer judicialmente a notificação pessoal do perfilhado, dos seus descendentes ou dos seus representantes legais para declararem, no prazo de 30 dias, se dão o seu assentimento à perfilhação, considerando-se esta aceite no caso de falta de resposta e sendo cancelado o registo em caso de recusa, como referem os n°s 2, 3 e 4 do artigo referido. O assento de perfilhação deve considerar-se secreto, como dispõe o art. 133° do CRC. Não obsta à perfilhação o facto de a maternidade do perfilhado não se encontrar declarada no registo – art. 1851° do CC, assim como também nada obsta à perfilhação de filhos incestuosos, apenas não pode ser intentada a averiguação oficiosa da maternidade ou paternidade – arts. 1809° e 1866° do CC.

O reconhecimento judicial é outro modo de estabelecimento da paternidade, que pressupõe a proposição de uma ação com essa finalidade, podendo a paternidade ser

reconhecida em ação especialmente intentada também pelo filho caso a maternidade já esteja estabelecida ou se for pedido conjuntamente, ou pela mãe da criança em representação do filho (arts. 1869º e 1870º do CC).

Como acabado de referir, a ação de investigação da paternidade, em princípio, é intentada após a maternidade já estar estabelecida, mas também podem ser requeridas conjuntamente. Já o artigo 1851º do CC refere que o facto de a maternidade do perfilhado não se encontrar declarada no registo não obsta à perfilhação.

A ação de investigação de paternidade deve ser proposta pelo filho contra o pretense pai, até atingir a maioridade ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. No caso de falecimento deste na pendência da ação, podem prosseguir na ação o seu cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou os seus descendentes – cfr. arts. 1873º, 1817º a 1819º do CC.

Nesta ação é possível a coligação de investigantes filhos da mesma mãe em relação ao mesmo pretense pai, como dispõe o art. 1872º do CC.

Salvo disposição em contrário, tal como refere o artigo 123º do CC, os menores carecem de capacidade para exercício de direitos. Os menores e os maiores acompanhados sujeitos a representação só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, exceto quanto aos atos que possam exercer pessoal e livremente, conforme dispõe o art. 16º, nº 1 do CPC. No caso de a mãe ser menor, conforme disposto no art. 1870º do CC, esta tem legitimidade para intentar a ação em representação do filho sem necessidade de autorização dos pais, mas é sempre representada na causa por curador especial nomeado pelo tribunal. Esta exceção justifica-se por ser a mãe, apesar de ser menor, é a pessoa que está em melhores condições para identificar o pai do seu filho. Sendo que um menor com 16 anos tem capacidade para perfilhar, compreende-se que a mãe com igual idade tenha legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, mesmo que tenha idade inferior a 16 anos, sendo reconhecida como mãe faz sentido que também possa intentar tal ação, sem que necessite de autorização dos seus pais.¹² A nomeação do curador é requerida segundo os trâmites dispostos no art. 17º do CPC, justificando-se tal nomeação para melhor defesa dos interesses do seu filho, dada a falta de preparação da mãe para tal.

¹² AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões (...)* ob. cit. p. 230.

As presunções não são mais do que ilações que a lei ou o julgador tiram de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido, art. 349º do CC. O artigo 1871º, nº 1 do CC faz referência a presunções legais de paternidade que se baseiam em cinco circunstâncias: 1) a posse de estado do filho, isto é quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretenso pai e reputado como filho também pelo público; 2) declaração escrita do pretenso pai em que assume a paternidade, na existência de uma carta ou outro escrito no qual o pretenso pai declare inequivocamente a sua paternidade; 3) união de facto ou concubinato entre a mãe e o pretenso pai, ou seja, quando durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretenso pai; 4) quando o pretenso pai tenha seduzido a mãe, no período legal da concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento desta foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade; 5) provando que o pretenso pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção. O nº 2 deste artigo refere que a presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado. Tratando-se de uma presunção, e podendo ser ilidida mediante prova em contrário (cfr. art. 350º, nº 2 do CC). Caso haja uma recusa injustificada do réu em se sujeitar a exames hematológicos terá que ser sancionada com a inversão do ónus da prova – art. 344º, nº 2 do CC, presumindo-se a paternidade. Citando o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra *“Há inversão do ónus da prova, quando a contraparte tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, mormente em litígios em que estejam em causa direitos de personalidade, como aquele direito à identidade pessoal e genética, na vertente da paternidade.*

*4. - Sabendo-se que esses exames genéticos constituem hoje prova plena do ponto de vista científico da paternidade, quem (pretense pai) culposamente impede a respetiva realização, recusando, sem justificação atendível, submeter-se a eles, assim prejudicando a descoberta da verdade, cai na previsão do n.º 2 do art.º 344.º do CCiv., conjugado com o art.º 417.º, n.º 2, do NCPCiv., se notificado com a legal cominação.”*¹³

¹³ Ac. da Relação de Coimbra, de 06-02-2018, Proc. nº 5525/16.3T8CRB.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/49bbb7753413416d8025824a0050f1f6?OpenDocument>.

Coloca-se aqui a questão de saber se se pode obrigar a realizar o teste de paternidade coercivamente. Esta é uma questão que gera muita discussão na doutrina e jurisprudência. Aqui existem dois direitos conflituantes, o direito à descoberta da verdade e o direito fundamental à integridade física e moral¹⁴, diretamente relacionado com o princípio da reserva da vida privada e da dignidade da pessoa humana. Sendo que nestes casos, invocando a violação da integridade física ou moral, a recusa é considerada legítima, art. 417º, nº 3, al. a) do CPC. No entanto, o réu recusante será obrigado a pagar uma multa, e o juiz pode apreciar livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova anteriormente referido, havendo o dever de cooperação para a descoberta da verdade – nº 2 do mesmo art. do CPC. Como é referido no Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-09-2009, proc. nº 486/2002.L1-2 “1. *Extrai-se do artigo 1801º do Código Civil o princípio da liberdade de prova, pelo que, no âmbito do processo de investigação da filiação é, não só admissível, como até, sempre que possível, exigível, a realização de testes de ADN, podendo o juiz, ao abrigo do disposto no nº 3 do artigo 265º do CPC, ordenar, oficiosamente, a realização de testes de ADN, por virtude dos amplos poderes instrutórios do julgador, o que pode ser determinado até ao encerramento da produção de prova.*

2. *No caso específico dos processos de investigação de filiação, a colaboração exigível impõe que a parte – o pretense pai – ou terceiros que apresentem com aquele uma afinidade genética, nomeadamente os pretensos avós do investigante, realizem os testes de ADN.*

3. *A restrição dos direitos dos visados, quer à liberdade, quer à integridade física, decorrente da realização de um teste de ADN, sempre se terá de considerar proporcionada e adequada ao fim que com a restrição desses direitos se visa obter, ou seja, um resultado judicial na ação de investigação de paternidade mais compatível com a realidade, sabendo, como se sabe, que no atual estado do conhecimento científico, o teste de ADN é a melhor prova e a mais segura para o estabelecimento da filiação fundada numa derivação genética, logo, mais conforme ao interesse superior da criança, por estar em causa o direito à sua identidade pessoal.”¹⁵*

¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, MONIZ, Helena, *Utilização de informação genética em ações de filiação — perguntas e respostas*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano II, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora, 2005, pp. 42 e 43.

¹⁵ Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-09-2009, proc. nº 486/2002.L1-2, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/597BAB21BBFBFFEC802576650060EE03>

No caso de reconhecimento judicial da paternidade, tal como em todos os casos em que há decisões proferidas em ações respeitantes a factos sujeitos a registo que devam ser averbadas, o tribunal deve comunicar a decisão proferida a qualquer conservatória do registo civil, sempre que possível por via eletrónica. Só assim não será nos casos em que haja recurso da decisão proferida – arts. 78º e 274º do CRC. Como estipula o nº 2 do art. 78º do CRC, a comunicação feita pelo tribunal à conservatória é enviada no prazo de um dia após o trânsito em julgado da decisão, dela constando a indicação do tribunal, juízo e secção em que correu o processo, a identificação das partes, o objecto da ação e da reconvenção, caso exista, os fundamentos do pedido, a transcrição da parte dispositiva da sentença, a data desta e do trânsito em julgado, assim como os demais elementos necessários ao averbamento.

O Ordenamento Jurídico Português sempre prezou pela preservação da segurança jurídica, das relações familiares e em nome do interesse da mulher, ficou em causa o interesse da criança em ter um pai, ou saber pelo menos a sua identidade. Impondo, assim, a lei portuguesa tem limites temporais muito curtos para a impugnação da paternidade, prevendo que se possa tentar saber quem é o pai, recorrendo à justiça, até aos 28 anos, ou seja, até 10 anos após atingir a maioridade no caso de haver factos novos, e três anos depois de estes terem surgido, levando a concluir que este não será filho do marido da mãe, este é o prazo mais alargado para o poder fazer – artigo 1842º, nº 1 do CC. No caso de o registo da criança ser omissivo quanto à maternidade, este prazo de três anos é contado a partir do estabelecimento da maternidade, nº 2 do mesmo preceito legal. No caso de a ação de impugnação de paternidade ser intentada pelo marido da mãe, no prazo de três anos contados desde que se teve conhecimento de circunstância pela qual se possa concluir pela sua não paternidade ou pela mãe, dentro dos três anos posteriores ao nascimento.

Já no que respeita à impugnação da maternidade esta pode ser realizada a todo o tempo, tal como é estipulado no artigo 1807º CC, pela pessoa declarada como mãe, pelo registado ou por quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da ação ou pelo MP.

Segundo Guilherme de Oliveira, *“nada pode fazer caducar a responsabilidade individual pela procriação; o reconhecimento jurídico do parentesco pode chegar a todo*

tempo, seja de modo voluntário seja de modo judicialmente imposto, numa ação de investigação”¹⁶ devendo ter o mesmo prazo para a maternidade e para a paternidade.

Quanto à impugnação da paternidade em casos de aplicação de técnicas de PMA com recurso a dador de sémen, a nossa lei exclui esse direito ao cônjuge ou unido de facto que consentiu, como podemos retirar do disposto nos arts. 1839º, nº 3 do CC e 20º, nº 4 da lei da PMA. Esta restrição impõe, também, um compromisso firme e inalterável, estando relacionada com a ideia de estabilidade do projeto familiar concretizado pelo casal, não permitindo que, por alterações das circunstâncias ou conveniências ou da relação do casal, seja revogada ou posta em causa a paternidade da criança. Mantendo-se apenas o direito a impugnar a paternidade pelo marido ou homem com quem vive em união de facto se este não tiver dado o seu consentimento para o recurso a essas técnicas ou tiver consentido, mas especificamente para procedimento diferente. Tendo em conta o modo controlado e exigente de prestar o consentimento, como refere o art. 14º da Lei da PMA, este último caso não acontecerá, mas poderá o consentimento realizado ser prestado apenas para uma inseminação através de sémen de um dador com determinadas características, este consentimento é prestado, mas é inválido nos termos gerais do direito civil.¹⁷

Guilherme de Oliveira, refere que o filho produto dessa conceção, mantém o seu direito a impugnar a paternidade, tendo uma posição e interesse diferentes do marido ou unido de facto da mãe, que pretenderia impugnar para se livrar de qualquer responsabilidade mesmo tendo dado o seu consentimento.

A averiguação oficiosa não é um modo de estabelecer a paternidade, nem a maternidade, apenas evidencia a atividade desenvolvida com a finalidade de estabelecer a paternidade ou pela perfilhação ou pelo reconhecimento judicial.¹⁸

A averiguação oficiosa faz sentido nos casos em que a paternidade é desconhecida, tendo o filho o direito a conhecer o seu progenitor, sobressaindo aqui o direito à identidade pessoal, um direito constitucionalmente reconhecido como um dos direitos, liberdades e garantias pessoais no art. 26º, nº 1 da CRP, direito este que tem por base o direito ao

¹⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perflhar, a pretexto do Acórdão N° 401/2011 do Tribunal Constitucional, Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano IX, n.ºs 17 e 18, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2012, pp. 112 a 115.

¹⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento de Filiação*, janeiro 2019, Petrony Editora, pp. 250 e 251.

¹⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões (...)* ob. cit. p. 222.

conhecimento da sua identidade genética, a identidade dos seus progenitores, a sua localização familiar, geográfica e social.

Para a descoberta da paternidade desconhecida do filho deve o Estado tomar iniciativa para averiguar oficiosamente a paternidade. A averiguação oficiosa da parentalidade (maternidade e paternidade) tem como objetivo a proteção do superior interesse da criança/menor. Sendo este processo regulado na lei geral, nos artigos 1808º ss. e 1864º ss. do CC.

No entanto, os processos de investigação nem sempre cumprem este objetivo da mesma maneira. A aplicação da lei em determinados casos é mais literal, aproximando-se mais da sua letra em situações mais comuns, como é o caso de uma investigação da paternidade quando o pai não é casado com a mãe do menor e este não procede ao registo da criança, sendo intentada uma ação de averiguação oficiosa da paternidade. Já nos casos menos típicos, como é o caso de uma situação de P.M.A., não era possível proceder do mesmo modo, num sentido mais literal da lei geral, mas obrigava a uma conciliação da normal legal com o conhecimento da prática utilizada. Atualmente, tal questão já não se coloca, pois está devidamente regulada em sede da lei própria, Lei nº 32/2006, de 26 de julho, doravante Lei P.M.A., nos artigos 20º, nº 3 e 21º, havendo, assim, um afastamento do processo de averiguação oficiosa nestes casos.

Os processos de averiguação da parentalidade, como acontece com alguns processos judiciais, nem sempre correspondem ao que é expectável quer pelas partes, quer pelo processo em si ou pela sua conclusão. Muitas vezes o direito não é de muito fácil aplicação, mesmo para os aplicadores da lei, como os juízes, tendo de ser ajustado às novas práticas e em função da evolução da sociedade, nem sempre a “*Law in books*” é passível de ser aplicada.

Como refere Susana Costa¹⁹, quando a mãe da criança não consegue identificar o pai biológico, é prática comum o MP após duas tentativas para averiguar quem é o pai biológico da criança e não o consiga identificar, não realiza mais diligências no sentido de apurar a sua identidade. Tentado apenas a identificação de dois pretensos pais, se nenhum deles for o pai biológico, o processo acaba por ser arquivado com despacho de inviabilidade.

¹⁹ COSTA, Susana, (*Sem nome do pai*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 87, dezembro 2009, pp. 175, 176 e 179.

A mesma autora²⁰, na mesma obra, refere um estudo que realizou aos processos de averiguação oficiosa da paternidade num tribunal no Norte, entre fevereiro de 2001 e outubro de 2008, analisando 123 processos. Nessa recolha de dados, constatou que cerca de 50% dos casos o pretense pai acabava por livre iniciativa perfilhar o menor, sendo uma perfilhação voluntária. Também uma perfilhação voluntária, mas apenas após a realização do teste de ADN, era o que acontecia em 31% dos casos, sendo que só após a intervenção judicial ou pericial é que o pai biológico perfilhava o menor. Já nos restantes casos, não se chegou à verdade biológica, não sendo estabelecido por lei o pai do menor, com ou sem recurso a testes de ADN, ou por lapso ou erro do tribunal competente, não se apurou a paternidade da criança. Este estudo revela que apesar das técnicas utilizadas para a averiguação da paternidade nem sempre é possível chegar a uma identificação do pai do menor, como aconteceu nestes 18% dos casos em análise.

Como está previsto na lei, deve ser instaurado um processo de averiguação oficiosa da parentalidade sempre que não for conhecido um dos seus ascendentes. Mas é certo que a realidade familiar, como já foi referido, está em constante mudança, e provoca alterações a todos os níveis. No passado existia apenas casamento entre pessoas de sexos diferentes e também procriação apenas de forma natural, o que fazia com que muitas pessoas não tivessem filhos, nem constituíssem uma família, estando-lhes como que vedado um direito constitucional por motivos biológicos. Atualmente, com a evolução da medicina e de inúmeras técnicas, é possível recorrer a meios que ajudam na procriação, sendo cada vez maior o número de pessoas que recorrem a técnicas de procriação medicamente assistida, como inseminação artificial, *in vitro*, etc. Também quando a reprodução não é conseguida, por algum problema/*deficit* de um dos gametas, é possível recorrer a bancos de esperma ou de ovócitos para que se consiga, através de outros meios, gerar um filho, que é tão desejado por estes pais.

Na prática há formas de contornar a lei para que não seja instaurado um processo de averiguação oficiosa da paternidade pelo MP, isso deve-se principalmente à subjetividade do MP, sendo uma delas através da indicação do nome de um amigo, ou alguém próximo, para que dê apenas o nome, para que não apareça no registo ‘pai incógnito’ ou ‘sem nome’. Claro que isto terá implicações legais para a pessoa que dá o nome, sendo um caso de

²⁰ COSTA, Susana, (*Sem nome do pai* (...)) *ob. cit.* pp. 175, 176 e 179.

perfilhação, mas sendo um acordo entre ambos, será delineado e estruturado para não haja efetivamente um relacionamento parental entre o filho e este, por exemplo através de um contrato bilateral de confidencialidade (a sua validade legal já seria assunto para outra dissertação). Também há vários casos em que não é indicado o nome do pai e o MP, por algum “lapso”, nem instaura o processo, ou é apenas dito que foi realizada uma inseminação artificial no país ou no estrangeiro e nem é pedido comprovativo de tal procedimento, apenas se extingue/arquiva o processo ou nem sequer é instaurado. Sendo que, neste último caso, há um desmazelamento por parte do MP, e que leva, muitas vezes, a uma não correspondência com a verdade, que neste caso seria a biológica. O MP tem um vasto espaço para a discricionariedade.

Por vezes, não é instaurado um processo de averiguação da parentalidade pelo MP, mas deveria ter sido. Por desleixo ou descuido, muitas vezes o processo não é instaurado, mesmo havendo motivos para o ser, por dispensar a prova de PMA, ou pelo facto de o MP não estar tão atento, como deveria, ao processo e procedimento do registo, evitando, assim, recorrer a averiguação oficiosa de crianças que nasceram de forma ‘natural’, não sendo produto de PMA, não tendo conhecimento do seu pai, nem ser registada com o seu nome, como deveria acontecer por ser levado este processo de registo de forma relaxada.

No entanto, tal como refere o art. 1864º do CC, sempre que seja lavrado um 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 officiosamente a identidade do pai. O mesmo é determinado no art. 121º do CRC, impondo ao conservador o dever de remeter ao tribunal certidão de cópia integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai, quando o registo de nascimento do menor tenha sido lavrado apenas com a maternidade estabelecida. Esta remessa só não ocorre, no caso disposto no nº 3 do mesmo artigo, se o conservador verificar que, com base no nome do pretense pai, este e a mãe sejam parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral.

Há casos em que não é admitida a averiguação oficiosa da paternidade, por força do disposto no art. 1866º do CC. Não podendo essa ação ser intentada quando: a mãe e o pretense pai sejam parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha

colateral, não tendo lugar este processo nos casos de filiação dos incestuosos²¹, mas ficando aberta a perfilhação e a ação judicial de investigação, por iniciativa e vontade dos interessados – pai, mãe e filho, e não pelo MP, não sendo feito o reconhecimento judicial desta paternidade; ou se tiverem decorridos dois anos da data do nascimento da criança. Sendo também uma forma de contornar o prosseguimento da averiguação oficiosa da paternidade quando a mãe indica o nome de um familiar em linha reta, como por exemplo, um irmão seu como pretense pai da criança, fazendo então cessar tal investigação, acautelando o superior interesse da criança, por se tratar de uma possível situação de incesto, mas isso será uma fraude à lei.

A contagem do prazo de dois anos para intentar a ação de averiguação oficiosa, foi alvo de muita discussão, sobretudo na jurisprudência. Discutindo-se se tal prazo se conta a partir do nascimento ou do registo do nascimento²². Atualmente a solução parece estar estabilizada, com o Ac. do STJ²³, de 25-3-2004, proc. nº 04A511, referindo que este prazo de dois anos se conta da data do nascimento do pretense filho.

Este prazo de dois anos após a data do nascimento, revela um condicionamento/restricção do direito de investigação, visando ponderar o direito do filho a ver reconhecida a sua paternidade e visando preservar a paz familiar e conjugal no interesse no pretense progenitor investigado. No entanto, por causa desta restrição temporal, deve a instrução do processo de averiguação oficiosa ser realizado no mais curto espaço de tempo possível desde o nascimento da criança, com vista a alcançar maiores garantias para a descoberta da verdade. Temos este princípio como base.

Para além destes dois casos referidos no art. 1866º do CC, haverá um terceiro caso em que a averiguação oficiosa não será admitida, tal como refere Guilherme de Oliveira²⁴, no caso de utilização de técnicas de PMA não está prevista esta exclusão, mas impõe-se que assim seja. Como já referido, este regime legal de utilização da PMA permite o seu acesso a mulheres, com uma relação heterossexual, ou homossexual casados/casadas ou que vivam

²¹ O incesto sempre foi repugnado pelos povos mais civilizados, sendo até proibida a perfilhação de filhos incestuosos pelo Código Civil de 1867 no seu art. 122º.

²² OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento de Filiação (...)* ob. cit. p. 184.

²³ Ac. do STJ, de 25-3-2004, proc. nº 04A511, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6c45048ba7b55f0b80256e85002c9836?OpenDocument>

²⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento de Filiação*, janeiro 2019, Petrony Editora, p. 185.

em condições/situação análogas às dos cônjuges e também a mulheres sós, ‘*todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual*’ como refere o art. 6º, nº 1 da Lei da PMA, segundo atualização pela Lei nº 17/2016, de 20 de junho; tal como refere o art. 20º, nº 3 da Lei PMA ‘*Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação*’, não haverá lugar a processo de averiguação oficioso, também nos casos em que se trata de PMA por um casal homossexual, a criança será registada com o nome das duas mães, ou com o nome da mãe apenas e não haverá um pai registado, como se depreende do mesmo art. da Lei PMA, nºs 1 e 3.

A Lei da PMA opta pela ascendência social²⁵, em detrimento da biológica, quanto ao estabelecimento da paternidade e maternidade, estatuidando que, se do recurso a estas técnicas vier a resultar o nascimento de um filho, este é havido como filho da pessoa beneficiária e com quem esta esteja casada ou com quem viva em união de facto se esta tiver consentido, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo, como refere no artigo 20º, nº 1 desta lei. Sendo que em nenhum caso o dador será havido como pai, não tendo quaisquer direitos ou deveres, art. 21º da lei da PMA.

A Lei da PMA não utiliza o termo “estabelecimento” da filiação, mas sim “determinação” para se diferenciar do regime consagrado no CC.²⁶

Muitas vezes não é tido em consideração o depoimento da mãe da criança no que diz respeito à possível identificação do pretense pai, mas nos casos de procriação medicamente assistida a situação altera-se um pouco. O MP ou o Juiz têm por hábito relevar de forma diferente as declarações maternas quanto à identificação do pretense pai nos casos de averiguação oficioso em casos de submissão a técnicas de P.M.A., talvez pela condição social e económica mais elevada das pessoas que recorrem a este tipo de técnica²⁷.

²⁵ RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André Dias, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa da PMA (Lei nº32/2006, de 26 de julho)*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 3, nº 6, 2006, pp. 100 e 101.

²⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento de Filiação (...) ob. cit.* p. 235

²⁷ COSTA, Susana, *ob. cit.* p. 183.

Antes de 2016 a parentalidade constante do Cartão de Cidadão referia o nome do progenitor, da mãe e o nome do pai aparecia com um 'X', atualmente apenas constará o nome da mãe, não fazendo referência a qualquer outro nome.

Também, até 2016, os casos em que não constava o nome do pai no assento de nascimento, mesmo por recurso a técnicas de PMA no estrangeiro, por mães solteiras ou casais de mulheres homossexuais, o MP teria de instaurar um processo de averiguação oficiosa da paternidade, sendo posteriormente arquivado.

Atualmente, se for uma conceção com recurso a PMA por mãe solteira ou por um casal de mulheres homossexuais, não chega a haver necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação, art. 20º, nº 3 da Lei da PMA.

No entanto, nos demais casos, no processo de averiguação oficiosa da paternidade, o tribunal, sempre que possível, ouvirá a mãe acerca da paternidade a atribuir ao filho. Caso a mãe indique quem é o pai da criança, ou se chegar ao conhecimento do tribunal a identidade do pretense progenitor, este será igualmente ouvido. O pretense pai, nas suas declarações, confirmará ou negará a paternidade. Caso confirme, será lavrado o termo de perfilhação e remetida certidão para averbamento à repartição competente para o registo – cfr. arts. 1865º, nº 2 do CC e 129º *in fine* do CRC. Como já referido anteriormente, o artigo 64º do RGPTC também se ocupa do termo de perfilhação. Se o pretense pai negar ou recusar a confirmação da paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da ação de investigação de paternidade. Após instrução do processo, sendo a mesma secreta para evitar ofensa à reserva e à dignidade das pessoas, o MP profere decisão sobre a viabilidade ou inviabilidade da ação de investigação da paternidade. Se o MP decidir pela viabilidade, este propõe a ação em conformidade com o que consta nos arts. 62º do RGPTC, 1812º e 1868º do CC.

Por iniciativa do MP pode ter lugar um processo de investigação com base em processo crime, conforme refere o art. 1867º do CC, quando, neste processo se considere provada a cópula em termos de constituir fundamento para a investigação da paternidade e se mostre que a ofendida/mãe teve um filho em condições de período legal de conceção

durante a época do crime. Neste caso, o MP²⁸ deve instaurar a correspondente ação de investigação de paternidade independentemente do prazo de dois anos sobre a data do nascimento do filho. Não estando, assim, a instauração da ação pelo MP sujeita a este prazo de caducidade previsto no art. 1866º, al. b) do CC, no entanto, continua sujeita ao prazo geral de caducidade conforme resulta da análise dos arts. 1873º e 1817º do CC. Findo o processo crime, caso o pretense pai não reconheça voluntariamente a paternidade, será instaurada ação cível de investigação de paternidade. Nesta ação cível, conforme refere Pais de Amaral²⁹, o réu pode requerer a realização de exames de sangue ou quaisquer outros exames recorrendo a métodos científicos (art. 1801º do CC) ou invocando o *exceptio plurium* alegando que a mãe teve relações sexuais com vários homens durante o período legal de concepção, não sendo a demonstração da ocorrência da prática do crime, durante o período legal de concepção, suficiente para provar que o condenado é pai do filho.

Se a averiguação oficiosa de paternidade for julgada improcedente, nada obsta a que seja intentada nova ação de investigação da paternidade, mesmo que fundada nos mesmos factos, cfr. arts. 1813º e 1868º do CC. Sendo nestes casos retirada a força de caso julgado à decisão proferida na averiguação oficiosa, tendo como fundamento que o filho está em melhores condições do que o MP para conhecer os factos capazes de confirmar a paternidade anteriormente averiguada.

1.2. Estabelecimento da maternidade

Há casos em que a lei determina que não pode ser intentada ação da averiguação oficiosa de maternidade – art. 1809º do CC, são eles: se existindo perfilhação, a pretensa mãe e o perfilhante forem parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral, ou se tiverem decorridos dois anos da data do nascimento da criança. No primeiro caso referido, quando a pretensa mãe é ouvida em declarações e confirma que é mãe da criança e que têm esses laços referidos de parentesco ou afinidade, deverão tais declarações ser reduzidas a auto, justificando, assim, o término do processo, não havendo

²⁸ Esta investigação não é precedida de diligências *ex officio* do conservador e do tribunal, incluindo as destinadas a averiguar a viabilidade da ação, como refere VARELA, Antunes e LIMA, Pires de, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra Editora, 1995, p. 290.

²⁹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões (...)* ob. cit. p. 233.

lugar à elaboração do termo nem à remessa da certidão para averbamento, referido no nº 3 do art. 1808º do CC e no artigo 117º do CRC. O prazo de apenas dois anos sobre a data do nascimento para a admissibilidade da averiguação oficiosa da maternidade é curto, mas justifica-se, quanto mais tardia for a averiguação, maior é a dificuldade. No entanto, o prazo para propor a ação pelo filho é mais dilatado, art. 1817º do CC.

Para além destes dois casos referidos no art. 1809º do CC, haverá um terceiro caso em que averiguação oficiosa não será admitida, tal como refere Guilherme de Oliveira³⁰ e Pais de Amaral³¹, que é quando estamos perante utilização de técnicas de PMA. Esta exclusão não está prevista, mas impõe-se que assim seja. Este regime legal de utilização de técnicas da PMA permite o seu acesso a mulheres, com uma relação heterossexual, ou homossexual casados/casadas ou que vivam em condições/situações análogas às dos cônjuges e também a mulheres celibatárias, lavrando-se o registo de nascimento apenas com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação, como referem os artigos 14º e 20º, nº 3 da Lei da PMA, não havendo lugar a processo de averiguação oficiosa. Mas naturalmente serão casos excepcionalmente raros, o que não implica que não aconteçam na vida em sociedade.

O estabelecimento da maternidade, em princípio, segue as regras gerais, sendo a mãe a mulher que tem o parto, resultando a filiação do facto do nascimento, como refere o art. 1796º, nº 1 do CC. Não sendo afastada esta norma nos casos de utilização de técnicas de PMA, contendo apenas algumas exceções, como é o caso de gestação de substituição (art. 8º da Lei da PMA) e nos casos em que para além de ser beneficiária a pessoa com quem esta é casada ou unida de facto e tenha dado o seu consentimento para a utilização deste tipo de técnicas, também é tida como mãe do novo ser humano gerado (art. 20º, nº 1 da Lei da PMA).

O nascimento tem relevância jurídica mesmo não sendo possível estabelecer a maternidade ou a paternidade, como, por exemplo, no caso do registo de abandonados, sendo, assim, o nascimento/parto um facto jurídico autónomo. Pode, mesmo até antes do nascimento, ser feita a perfilhação pelo pai biológico, como refere a norma do CC no art. 1855º. No caso dos abandonados, o registo de nascimento é feito, mas não é possível fazer

³⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento de Filiação (...)* ob. cit. p. 185.

³¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões (...)* ob. cit. p. 217.

imediatamente o registo dos factos de maternidade e de paternidade, por falta de informação, por absoluta impossibilidade.

Mesmo antes do estabelecimento da maternidade e da paternidade e mesmo que não venha a ser possível descobrir a mãe ou o pai da criança ou os dois, o registo de nascimento tem de ser realizado pois é um facto obrigatoriamente sujeito a registo, como refere o art. 1º al. a) do CRC.

A existência do registo civil em Portugal para todos os indivíduos foi proclamada através de decreto publicado em 18 de Maio de 1832, e já desde essa data que o registo civil é tido como “*a matrícula geral de todos os cidadãos pela qual a autoridade pública atesta e legitima as épocas principais da vida civil dos indivíduos, a saber: os nascimentos, casamentos e óbitos*”³² (art. 69º do CRC). O registo civil, e a identificação dos cidadãos através deste, permite saber quantos somos e quem somos, sendo o registo de nascimento um direito fundamental não é um assunto pacífico nos estados desenvolvidos do ocidente³³.

Este registo permite o exercício de muitos direitos e deveres estaduais, como é o caso de recebimento do abono de família, o direito a votar na maioridade, entre outros.

Tal como refere Guilherme de Oliveira, em teoria, independentemente do nascimento, pode discutir-se a maternidade nos casos de maternidade de substituição. Pode discutir-se quem é a mãe da criança gerada, se é a mulher que teve o parto ou a outra que forneceu o óvulo. À regulamentação portuguesa não se coloca este problema em termos práticos, a mãe é a mulher que teve o parto, em regra (art. 1796º, nº 1 do CC), no entanto, exceccionalmente, será a mulher que recorreu à gestação de substituição (artigo 8º, nºs 1 e 7 da Lei da PMA, alterada pela Lei nº 25/2016, de 22 de Agosto).³⁴

Os negócios jurídicos de gestação de substituição só são possíveis a título exceccional e com natureza gratuita, apenas nos casos em que há ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que não permita de forma absoluta e definitiva a gravidez de uma mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, como refere o nº 2 do art. 8º da Lei da

³² SAMPAIO, Álvaro, Código do Registo Civil, Anotado e Comentado, 5ª Edição, Almedina, novembro 2019, p. 102.

³³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Direitos fundamentais à constituição da Família e ao desenvolvimento da personalidade, Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano IX, n.ºs 17 e 18, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2012, p. 5.

³⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento de Filiação (...) ob. cit.* p. 15.

PMA, podendo ser visto como a permissão para recorrer a este processo a todas as mulheres, incluído transexuais, apesar de ser muito abrangente. Ao contrário das técnicas de PMA em que é permitido o acesso a todas as mulheres, a gestação de substituição está limitada a circunstâncias de necessidade clínica – cfr. arts. 4º, nº 3 e 8º, nº 2 da Lei da PMA. Este negócio jurídico só pode ser autorizado através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de pelo menos um dos beneficiários e nunca podendo recorrer a ovócito da gestante como dadora. A gestante nunca poderá ser a mãe genética, será apenas a “mãe hospedeira” – nº 3 do mesmo artigo. O legislador teve em mente um afastamento da maternidade jurídica, sendo que, seria mais difícil se a mãe gestante pudesse dar o óvulo. Verifica-se, também, uma desvalorização do parto enquanto critério de maternidade, sendo corolário geral da verdade biológica.

Nestes casos de gestação de substituição, tal como nos casos de recurso a PMA, a gestante renuncia a todos os poderes e deveres próprios da maternidade, sendo a criança resultado deste processo tida como filha dos respetivos beneficiários – art. 8º, nºs 1 e 7 da Lei da PMA.

Na primitiva Lei da PMA, era feita referência a este conceito de gestação de substituição, neste mesmo artigo, no entanto, era um negócio jurídico expressamente proibido. Apenas passados dez anos, com a alteração da lei nº 25/2016, de 22 de agosto (Lei da Gestação de Substituição), foi permitido e regulamentado, prevendo, no art. 8º, um regime de controlo *ex ante*, sendo que a celebração deste tipo de contratos tem de ser previamente autorizado e supervisionado pelo CNPMA, nº 4 do mesmo art. Coloca-se aqui alguma dúvida quando se trata de um contrato nulo e arrependimento da gestante. Qual será a solução de filiação neste caso? A lei não prevê este tipo de situações. Mafalda de Sá³⁵ dá uma solução para o caso de o contrato ser nulo e não existir arrependimento da gestante, tendo por base uma extensão teleológica do art. 8º, nº 7 da Lei da PMA, devendo estabelecer-se a filiação a favor dos beneficiários. Já quanto ao caso de nulidade contratual e arrependimento da gestante esta é uma situação absolutamente limite e terá de ser analisada casuisticamente.

³⁵ SÁ, Mafalda de, *O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 15, nº 30, 2018, p. 89.

Quanto aos contratos de gestação de substituição validamente celebrados no estrangeiro, o Instituto dos Registos e do Notariado³⁶ vem divulgar um parecer onde diz que estes negócios jurídicos produzem efeitos em Portugal, quanto ao estabelecimento da parentalidade no registo de nascimento, desde que estes respeitem os princípios estruturantes da admissibilidade da gestação de substituição no território português – cfr. arts. 22º e 41º do CC e 8º da Lei da PMA. Nesse mesmo parecer também é referido que esse tipo de contratos celebrados em território nacional, que sejam nulos, nos termos do art. 8º, nº 12 da Lei da PMA, não produzem quaisquer efeitos, não permitindo, assim, a inscrição da parentalidade a favor dos beneficiários, no registo civil.

O artigo 1814º do CC estipula que quando não resulte de declaração, a maternidade pode ser reconhecida em ação especialmente intentada pelo filho para esse efeito, ou seja na falta do seu reconhecimento oficioso, como é referido no artigo 1808º do CC – caso de averiguação oficiosa, ou falta de declaração espontânea da maternidade por quem tenha legitimidade para o fazer no registo de nascimento, a maternidade pode ser reconhecida judicialmente em ação intentada pelo filho com esse objetivo. Não é, no entanto, admissível o reconhecimento de maternidade em contrário da que conste do registo do nascimento (art. 1815º do CC), não sendo permitida a instauração da ação de investigação de maternidade sem retificação ou declaração de nulidade ou cancelamento do registo.

Na ação de investigação da maternidade o filho deve provar que nasceu da pretensa mãe, tal como dispõe o art. 1816º, nº 1 do CC. No entanto também há casos em que a maternidade se presume, casos esses elencados no nº 2, al. a) e b) do mesmo artigo, casos de posse de Estado, em que o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também em público, ou quando exista documento escrito, como uma carta ou outro escrito no qual a pretensa mãe declare inequivocamente a sua maternidade. Esta presunção legal é ilidível mediante prova em contrário, ou no caso de existirem dúvidas sérias sobre a maternidade – cfr. arts. 350º, nº 2 e 1816º, nº 2 do CC.

O prazo para a propositura da ação de investigação de maternidade está previsto no art. 1817º do CC, referindo no seu nº 1 que esta “*ação de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua*

³⁶ Parecer do consultivo nº 44/CC/2018, de 23 de março de 2018, do IRN. Disponível em: https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2018/pareceres-18-32-2018/downloadFile/attachedFile_4_f0/44_CC_2018-CC8_2017_STJSR-CC.pdf?nocache=1546873427.56

maioridade ou emancipação”. Se for um caso em que não é possível estabelecer a maternidade por não admitido o seu reconhecimento por ser contrário ao que consta do registo de nascimento, a ação pode ser proposta nos três anos seguintes à retificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo inibitório – nº 2 do mesmo artigo.

A ação pode ainda ser proposta nos três anos posteriores à ocorrência dos factos referido no nº 3 do artigo 1817º do CC: ter sido impugnada por terceiros a maternidade do investigante com sucesso; ou quando o investigante tenha tido conhecimento de factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação, como quando cesse o tratamento como filho pela pretensa mãe, mesmo após ter atingido a maioridade ou terem passado dez anos após ter atingido a maioridade ou emancipação, neste caso, incumbindo ao réu a prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à propositura da ação; ou quando não exista maternidade determinada e o investigante tenha tido conhecimento superveniente de factos ou circunstâncias que possibilitem e justifiquem a investigação (cfr. art. 1817º, nºs 3 e 4 do CC).

Esta ação pode ser proposta contra a pretensa mãe, quem o autor aponta como sua progenitora; no caso de esta já ter falecido, contra o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens e também sucessivamente, contra os descendentes, ascendentes ou irmãos, neste caso não chamando os herdeiros, mas sim os parentes, tendo o legislador concedido esta possibilidade para se defenderem de uma intromissão familiar de uma pessoa estranha a esta relação; na falta destas pessoas será nomeado um curador especial nomeado pelo juiz. Já os herdeiros ou legatários, casos existam, e os seus direitos sejam atingidos pela procedência da ação, esta não produz efeitos se não tiverem sido também demandados, ficando assim protegidos - art. 1819º do CC.

Se se tratar de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe, a ação de investigação também deve ser intentada contra o marido desta, tal como dispõe o artigo 1822º, nº 1 do CC, e se existir perfilhação, ainda contra o perfilhante. Pretendendo, assim, que seja proposta uma única ação, com todos os interessados, com vista à descoberta da verdade, através da figura do litisconsórcio necessário (art. 33º do CPC). Sendo possível acumular na mesma ação várias averiguações, a investigação da maternidade, a investigação da paternidade presumida e a verdade sobre a perfilhação.³⁷

³⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões (...)* ob. cit. p. 218, 219.

Sendo o filho ainda menor, o artigo 1822º, nº 2 do CC dispõe que a ação pode ser intentada pelo marido da pretensa mãe, nesse caso instaurando ação contra a pretensa mãe e contra o filho e, se existir perfilhação também contra o perfilhante.

Como já foi referido, na ação de investigação de maternidade também pode ser impugnada a presunção de paternidade do marido da mãe. Tendo sido perfilhado por pessoa diferente do marido da mãe, a perfilhação só prevalecerá se for afastada a presunção de paternidade – cfr. art. 1823º do CC.

A Lei da PMA, na sua versão original, Lei nº 32/2006, de 26 de julho, fazia referência no seu artigo 20º à “determinação da paternidade”, no entanto, com a sua alteração pela Lei nº 17/2016, de 20 de junho, passou a ter a epígrafe “determinação da parentalidade”, uma vez que se introduziu a possibilidade de estabelecimento de dupla maternidade com o recurso a este tipo de procriação por casais de mulheres homossexuais e solteiras.

O princípio da verdade biológica continua a ser aplicado em larga escala no âmbito do estabelecimento da filiação mesmo recorrendo a técnicas de PMA, pois nos casos de PMA homóloga, os pais biológicos são também os pais jurídicos, tal como nos casos em que mulheres celibatárias que utilizam estas técnicas com recurso a dadores de esperma, as mães biológicas são também as jurídicas. No entanto, nos casos de PMA heteróloga, uma vez que se recorre a gâmetas masculinos ou femininos fora do casal, o estatuto de pai ou mãe jurídicos não serão atribuídos aos pais biológicos que doaram os gâmetas. Existindo, assim, vários desvios a este princípio da verdade biológica. O pai ou a mãe jurídicos serão as pessoas que recorreram a este tipo de técnicas, ou então aqueles que sejam casados ou vivam em união de facto com a beneficiária destas técnicas e tenham dado o seu consentimento, assumindo o estatuto de pai jurídico ou mãe mesmo que esta não tenha sido a progenitora, art. 20º, nº 1 da Lei da PMA. Apesar de não existir coincidência entre a verdade jurídica e a biológica, o legislador permitiu que os critérios de estabelecimento da parentalidade se baseassem na vontade de desenvolver um projeto parental³⁸.

³⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento de Filiação (...)* ob. cit. pp. 236 e 237.

2. A PMA e a sua evolução em paralelo com a sociedade

A PMA é um processo utilizado para auxiliar a reprodução humana, sendo as técnicas utilizadas para tal: inseminação artificial; fertilização *in vitro*; injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias, tal como a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a PMA em Portugal, enumera no seu art. 2.º. Este é um método subsidiário e não alternativo de procriação que, no entanto, é uma técnica cada vez mais utilizada pela população. Inicialmente, apenas seria possível ter acesso a este procedimento às mulheres que detivessem algum problema de saúde que inviabilizasse a conceção de forma natural, tendo problemas de fertilidade ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Atualmente, para além das mulheres com problemas de fertilidade ou doenças graves, as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade, como refere o n.º 3 do art. 4.º da Lei 32/2006, aditado este número pela Lei n.º 17/2016, de 20/06. Esta lei da PMA, Lei 32/2006 tem inúmeras deficiências jurídicas, algumas das quais vão sendo alteradas e corrigidas com alterações a esta lei primária.

2.1. Critérios tradicionais e os “novos critérios” de parentalidade na PMA

Nos casos de PMA homóloga, o critério tradicional do biologismo continua apto, tendo em conta que o material genético utilizado pertence a ambos os progenitores, sendo esse o casal que vai registar a criança como sua filha. O mesmo não acontece na PMA heteróloga, aí, o sistema jurídico afasta o critério de parentalidade biológico, uma vez que o material genético utilizado na PMA não é pertencente a ambos os elementos do casal, podendo ser um ou ambos os gâmetas fornecidos por terceiros dadores, e passam a ter em

conta um critério baseado na vontade de aceitar esta prática e assumir a parentalidade da criança.³⁹

O critério de determinação da parentalidade deixa, nestes casos, tal como nos casos de adoção, de ser biológico para passar a ser de vontade e afetividade, vontade do(s) ascendente(s) de desenvolver um projeto parental, de ser tido com pai/mãe da criança, de cuidar, de dar amor e de assumir as responsabilidades perante tal ser.

O direito constitucional de constituir família é-nos atribuído pelo artigo 36º, nº 1, 1ª parte da CRP, sendo um dos princípios constitucionais de extrema relevância. Este princípio tem como base o direito jurídico que todos temos de ver reconhecidos os vínculos de parentesco. Independentemente do “*direito de constituir família*”, o artigo 67º, nº 1 da CRP considera a família um “*elemento fundamental da sociedade*”, um “*direito à proteção da sociedade e do Estado*”, tornando-a objecto de uma garantia institucional.⁴⁰

A formação de uma família e a sua constituição enquanto tal, atualmente, prende-se muito mais a um projeto familiar de um casal ou de uma mulher do que a uma vontade natural/biológica, uma parentalidade tendo em conta uma vontade de cuidar, de amar e de proteger um ser, tendo ou não em conta o seu ADN, a sua parte genética.

A vontade de constituir uma família e de assumir o papel de mãe ou pai, enquanto critério fundamental para o estabelecimento da parentalidade, está, como já referido, evidente nos casos de adoção, mas também nos casos de PMA, em que essa vontade de participar nesse projeto parental se exprime através de um documento escrito, um “consentimento informado” antes do início dos procedimentos médicos, a ser aprovado pelo CNPMA, previsto no art. 14º da lei da PMA.

No caso de não haver um consentimento anterior ao início da realização de técnicas de PMA, ou já tiver nascido a criança, poderá apenas obter o estatuto parental nos casos em que já consiga demonstrar a posse de estado, ou a partir de um processo de adoção do filho do cônjuge.

³⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, Critérios Jurídicos da Parentalidade, pp. 274 e 275.

⁴⁰ COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família - Volume I - Direito Matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, abril 2016, pp. 154, 155.

O nosso ordenamento jurídico aceita a importância da vontade no que respeita a esta como critério de estabelecimento de maternidade e de paternidade, no entanto, concorre com o princípio da verdade biológica no âmbito da filiação recorrendo a técnicas de PMA. Nem sempre a “verdade jurídica” coincide com a “verdade biológica”.

A sociedade mudou e o modo como se pensa a figura da constituição familiar também. Atualmente, é visto como um projeto a dois de construção, em que também o modo de viver a parentalidade se alterou, deixando de ser tido como um modo de aumentar a família e apenas procriar, mas tendo em conta o projeto familiar de bem estar, tendo como fim último uma criação baseada em amor, afeto e continuidade, deixando para trás a ideia de instrumentalização dos filhos e de ligação apenas biológica, os laços de afetividade e amor sobrepõem-se. Também por esta alteração os casais têm cada vez menos filhos, pensando em primeiro lugar no bem-estar e condições de vida que lhes proporcionarão.

2.2. PMA e o direito ao conhecimento da verdade biológica

A questão do anonimato ou identificação dos dadores de gâmetas não é apenas de agora. A questão é tão antiga quanto a própria procriação heteróloga. Relativamente a este assunto tem corrido muita tinta, seja por parte da doutrina, seja pela jurisprudência. Uns defendendo o princípio do anonimato do dador, prendendo-se com os argumentos de defesa da paz familiar e da estabilidade psicológica e emocional do ser criado com recurso a técnicas de PMA e a dadores de gâmetas ou embriões; outros defendendo o princípio do conhecimento do dador, argumentado no sentido da defesa do direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito ao conhecimento da ascendência, tendo como corolário o direito à identidade pessoal constitucionalmente previsto.

Já em 1988, o Conselho da Europa se pronunciou sobre esta matéria, recorrendo a peritos sobre a Bioética (CAHBI⁴¹), tendo privilegiado o princípio do anonimato do dador, mas deixando à consideração de cada Estado decidir sobre o acesso à forma de conceção e ou à identidade do dador pela pessoa nascida com recurso a técnicas de PMA.⁴²

⁴¹ CAHBI, Comité ad hoc d'experts sur la Bioéthique.

⁴² SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 93.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, ao longo dos vários anos tem feito referência ao conhecimento das origens genéticas e o conhecimento da verdade biológica. Já em 1997, com o Relatório-Parecer 23/CNECV/97, é referido 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; à instância judicial cabe assegurar-lo, nunca avaliar da sua legitimidade”.⁴³ A identidade pessoal é um dos direitos constitucionalmente reconhecidos, presente no art. 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa. Estando previsto já em 1989 no preâmbulo da resolução sobre fertilização *in vitro* e *in vivo* do Parlamento Europeu salvaguardando os direitos do filho concebido através destas técnicas o “direito a uma identidade genética”.⁴⁴ Neste parecer também não se deixa de referir o outro lado, havendo sempre perigo de existirem consequências graves para o casal que utiliza estas técnicas e para as crianças fruto destes procedimentos. Sendo, o anonimato do dador e a não revelação aos filhos gerados do modo de conceção através de PMA com recurso a dador de gâmetas, pelos casais, são questões muito debatidas quer nacional quer internacionalmente e que continuam a ser muito controversas na sociedade atual.

No caso de PMA heteróloga, também no Parecer 44/CNECV/04, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida⁴⁵, refere que deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificar o dador, a partir da maioridade e a pedido do seu filho biológico, tendo conhecimento da sua identidade pessoal e biológica. Devendo, no entanto, estar disponível o acesso a informação genética relevante para a saúde do filho, mesmo não sendo identificável o dador, podendo ser tal informação solicitada pelos representantes legais do mesmo, não tendo este atingido ainda a maioridade. O conhecimento da identidade do dador por parte do filho biologicamente derivado não poderá, em caso algum, acarretar a reivindicação de direitos ou deveres por ambas as partes.

Apesar de se pensar que nos primórdios da análise da regulamentação da PMA por parte do CNECV se iria travar um longo debate, no entanto foi aprovado por unanimidade e

⁴³ Parecer 23/CNECV/97 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEU, «Recomendação sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética», 16 de março de 1989. «Recomendação sobre a fertilização artificial *in vivo* e *in vitro*», 16 de março de 1989.

⁴⁵ Parecer 44/CNECV/04, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, “Procriação Medicamente Assistida”, julho de 2004.

sem controvérsia o direito de o ser concebido através de PMA conhecer a sua origem biológica⁴⁶. No entanto, a Lei n.º 32/06 originária, traduz uma posição invertida da do CNECV, regendo-se, assim, pelo princípio do sigilo sobre a identidade dos dadores de gâmetas, tal como do ato de PMA, conforme resulta do artigo 15.º, n.º 1 da mesma lei. Este dever de sigilo mantém-se até hoje, no entanto os restantes números deste artigo têm sido alvo de inúmeras alterações não só a nível literal, mas no seu conteúdo, principalmente no que diz respeito à identificação do dador pelo ser que lhe sucede biologicamente. Este sigilo referido no n.º 1 é um sigilo geral, pois os profissionais de saúde, já estavam obrigados ao sigilo profissional, este dever de confidencialidade estende-se a todos aqueles que por alguma forma tomarem conhecimento de quem recorreu a estas técnicas e a quem, nelas participou e ao próprio processo.

Quem violar o disposto no art. 15.º da lei da PMA é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias, como estipula o art. 43.º da mesma lei.

O legislador português sempre mostrou preferência pelo princípio do anonimato do dador, apresentando apenas pequenas exceções que possibilitavam o acesso a determinadas informações, mas até à alteração da Lei da PMA pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho, nunca possibilitou a sua identificação. Apesar de o CNECV já há muitos anos defender o conhecimento das origens genéticas, referindo insistentemente nos pareceres de março e dezembro de 2016, “*devem estar consagrados em lei mecanismos para proporcionar informação sobre a origem parental*”⁴⁷, considerando indispensável que a lei faça prevalecer o interesse da criança sobre qualquer outro, e respeitando todos os seus direitos, “*onde radica de forma insuperável o de ser amada*”⁴⁸.

Em 2018, o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 225/2018⁴⁹, decidiu que o regime do anonimato quanto ao sigilo em relação à identidade dos dadores ou das gestantes de

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, *A lei n.º32/06, sobre a procriação medicamente assistida*, in ROA, ano 67, III, 2007, pp. 984 a 986.

⁴⁷ Parecer 90/CNECV/2016 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Relatório e parecer sobre a apreciação do projeto de decreto-lei da regulamentação da Lei n.º 17/2016, “Garantindo o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida (PMA)”, dezembro de 2016, pp. 8 e 10.

⁴⁸ Parecer 87/CNECV/2016 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Relatório e 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 Substitui o (GDS)”, março de 2016, p. 17.

⁴⁹ Acórdão do TC n.º 225/2018, proc. n.º 95/17, publicado em Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>

substituição é inconstitucional por violar os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nºs 1 e 3 da CRP) e à identidade genética das pessoas nascidas através de PMA com recurso a dadores ou a gestação de substituição e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 67º, nº 2 al. e) da CRP), do princípio da igualdade (art. 13º da CRP) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18º, nº 2 da CRP).

Mas apenas em 2019, a Lei nº 48/2019, veio alterar a vários níveis a regulamentação da PMA. Até essa data, as pessoas nascidas através de técnicas de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, apenas podiam obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito⁵⁰, junto dos competentes serviços de saúde, excetuando a identificação do dador. No entanto, a partir de 2019, desde que tenham idade igual ou superior a 18 anos, também podem obter informação sobre a identificação civil do dador ou da dadora, nome completo, junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, como refere o artigo 15º, nºs 2 e 4 da Lei da PMA.

Este regime de confidencialidade pretende defender a paz familiar e a estabilidade psicológica do filho. Mas no caso de este último procurar a identidade do progenitor biológico e caso queira manter contacto com ele e este não quiser ter essa abertura tão grande para criar laços tão apertados, que efeitos terá na sua saúde mental?

As pessoas nascidas com recurso a técnicas de PMA com recurso a dador de gâmetas ou embriões, com idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a casamento projetado, evitando a consanguinidade, tal como refere a redação atual do art. 15º, nº 3 da Lei da PMA. Até 2019, era possível obter essa informação, mas mantendo a confidencialidade da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitisse.

As entidades que fornecem essas informações variam, dependendo da sua natureza, o acesso à informação genética é dado pelos competentes serviços de saúde, já a identificação civil do dador é obtida junto do CNPMA, como refere o art. 15º, nº 2 da lei da PMA. Os serviços de saúde competentes serão os centros onde são realizadas as técnicas de PMA. Todavia, o art. 30º da lei da PMA que estabelece as atribuições do CNPMA prevê o seu nº 2, al. i) a sua competência para prestar informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites previstos no art. 15º. Sendo o CNPMA quem tem competência para

⁵⁰ Como o diagnóstico ou terapêutica de doenças hereditárias.

centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, como os registos de dadores, beneficiários e crianças nascidas, como dispõe o art. 30º, nº 2, al. p) da lei da PMA, será o CNPMA a única entidade com competência para apreciar e responder a todos os pedidos de informação⁵¹. Contudo, na redação anterior do artigo 15º, era feita referência, no seu nº 3, a que a informação sobre eventual existência de impedimento legal a um projetado casamento era solicitada junto do CNPMA, mas na nova redação deixa de referir quem é que fornecerá essa informação, subentendendo-se que será este organismo após a análise dos artigos 15º e 30º da mesma lei, no entanto, não se percebe o motivo de ter sido retirada esta informação do novo texto da lei. Já quanto à obtenção de informação sobre a identificação civil do dador a lei é clara, dizendo que pode ser obtida por maior de 18 anos junto do CNPMA – art. 15º, nº 2 da lei da PMA.

Podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial, tal qual é referenciado no atual nº 5 do mesmo artigo e diploma que anteriormente era descrito no nº 4, continuando o legislador sem especificar quem pode pedir essas informações, não dizendo quem pode requerer esse reconhecimento judicial, deixando a possibilidade de terceiros poderem requerer esse reconhecimento. O legislador continua, também, a não especificar quais as ‘razões ponderosas’, sendo anteriormente muito discutido entre a doutrina, se poderia ser a invocação do direito a conhecer as suas origens, ou o direito à identidade pessoal. Será o juiz que, casuisticamente, terá de ponderar cada pedido. Colocando em confronto duas correntes distintas, o direito a conhecer a identidade do dador por parte da pessoa nascida com recurso a técnicas de PMA heterólogas, e a do princípio do anonimato do dador⁵². Sendo que, até então, existia um modelo intermédio, partindo do princípio do anonimato do dador, tendo algumas exceções consagradas na lei. O princípio da confidencialidade visava a proteção do dador. Neste princípio do anonimato do dador, até à alteração da lei da PMA, pela Lei nº 48/2019, de 8 de julho, apenas era possível o conhecimento da sua identificação em circunstâncias excecionais, e tendo determinados níveis de conhecimento. Neste momento, já está regulado noutros números do mesmo artigo, mas até então era discutido, pois desde

⁵¹ SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 92.

⁵² SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação (...) ob. cit.* pp. 90 e 91.

que fosse considerada uma razão ponderosa reconhecida por sentença, seria possível lançar mão deste artigo.

Este princípio da confidencialidade, consagrado no artigo 15º da lei da PMA, visa proteger a privacidade e a intimidade quer das pessoas que recorrem a este tipo de técnicas quer dos dadores de gâmetas ou embriões. Sendo esta proteção de confidencialidade também assegurada, pois o nº 6 deste artigo dispõe que o assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, afastando expressamente qualquer possibilidade deste tipo de indicação.

Uma outra questão que se pode colocar é se este direito de informação é recíproco, se o dador também o terá. Tal como José de Oliveira Ascensão⁵³ responde, logo após a criação da lei da PMA, o dador é apenas um fornecedor de material genético, e não um participante num projeto de paternidade. Seria muito perigoso permitir que tal acontecesse, pois pode criar problemas na vida familiar. Sendo que apenas o ser gerado através de PMA heteróloga e só ele tem interesse pessoal em ter essa faculdade.

Com a Lei nº 48/2019, de 8 de julho, que alterou a Lei da PMA, o regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida sofreu uma grande mudança. Esta alteração vem reformular o regime de confidencialidade da identificação dos dadores. Passando, assim, a ser possível identificar o dador em determinadas circunstâncias.

Esta alteração passou a vigorar 1 de agosto de 2019, no entanto, “*os embriões resultantes de dadores anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da presente lei*”; “*os gâmetas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após a entrada em vigor da presente lei*”; “*as dádivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018*” são abrangidos por um regime de confidencialidade da identidade civil do dador e, findo esse prazo, e se o dador não autorizar o levantamento do anonimato, esses gâmetas e embriões serão destruídos, como refere o artigo 3º, da Lei nº 48/2019, de 8 de julho. Havendo um regime de transição aplicado, nestes casos ainda não haverá esta obrigatoriedade. Apesar desta lei já estar em

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira, *A lei nº32/06, sobre a procriação (...) ob. cit.* pp. 977 a 1006

vigor, o anonimato do dador pode manter-se desde que a sua dádiva tenha sido feita anteriormente e tenha sido utilizada no lapso temporal acabado de referir.

Poderia colocar-se a questão se não seria melhor colocar logo a todos os dadores esta imposição, mas correriam o risco de não ter material genético para prosseguir com as técnicas de PMA.

No entanto, aqui coloca-se outra questão muito importante, tendo em conta que o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida continua a ser confidencial – art. 15º, nº 1 e 6 da Lei da PMA, a pessoa que foi concebida com recurso a este tipo de técnicas heterólogas, com recurso a gâmetas ou embriões doados, só poderá invocar os números 2, 3 ou 5 do mesmo artigo, para obter informação eventual quanto à existência de impedimento legal ao projetado casamento ou sobre a identificação civil do dador, caso tenha conhecimento que resultou de doação de gâmetas. Não tendo esse conhecimento, também não poderá vir a conhecer a sua verdadeira origem genética.

Apesar de poder obter informação do dador, este não pode ser havido como pai da criança que nasceu com recurso ao seu material genético, não havendo lugar em caso algum a estabelecimento de parentalidade, nem tem lugar a qualquer poder ou dever em relação a esta. Como podemos constatar pela análise dos arts. 10º, nº 2, 21º, 27º e 47º da lei da PMA, o dador de gâmetas, nos casos de recurso a procedimento de inseminação, ou o dador de sémen ou de ovócitos, nos casos de procedimento de fertilização *in vitro*, ou nos casos de doação ou transferência de embriões, nunca serão tidos como pais jurídicos das crianças.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também interpretou o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 como o ser humano tem direito a conhecer as suas origens biológicas ou genéticas, assim englobando no conceito de vida privada o direito à identidade e ao desenvolvimento pessoal.⁵⁴ O TEDH tenta manter um equilíbrio entre os interesses da criança, dos progenitores e da ordem pública.

O direito ao conhecimento das origens genéticas, como alguns autores referem, comporta o direito à eliminação da mentira relativamente à história da pessoa.⁵⁵ Rafael Vale e Reis, já em 2008 defendia, também, o direito a obter informação relativa à identidade dos

⁵⁴ SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação (...) ob. cit.* pp. 97 e 98.

⁵⁵ REIS, Rafael Luís Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, 2008, pp. 490 e 491.

pais biológicos em casos de pessoas nascidas através de técnicas de PMA com recurso a dador, mesmo nos casos de maternidade de substituição, desde que o óvulo fecundado não seja da pessoa gestante, o filho tem direito a aceder à identidade da mulher gestante. Defende também nessa tese, que *“o conteúdo desse direito deve ainda fundamentar um princípio geral de admissibilidade de recurso à via judicial com a finalidade de obtenção de informação necessária à identificação dos progenitores biológicos, reconhecendo-se a legitimidade de utilização de uma ação de informação pessoal que permita a sua efetivação”*⁵⁶.

Como já referido anteriormente, Portugal apenas consagrou este direito a conhecer as origens genéticas em 2019, com a alteração à lei da PMA, seguindo assim a linha legislativa que vai sendo adotada nas legislações europeias.

No entanto, ainda pode ser colocada esta questão e esta possibilidade de recurso à via judicial para obter o conhecimento da identificação dos progenitores biológicos para os casos que, ainda anteriores, não foram regulados pela nova lei, em nome do princípio do conhecimento das origens genéticas e do direito à identidade e desenvolvimento pessoal (art. 26º da CRP).

⁵⁶ REIS, Rafael Luís Vale e, *O Direito ao Conhecimento (...) ob. cit.* pp. 490 e 491.

3. Novos desafios colocados pela utilização das técnicas de PMA

A técnica utilizada é uma nova forma de fertilização *in vitro* (FIV), chama-se “transferência pró-nuclear”, e é utilizada para possibilitar a procriação de uma mulher portadora de uma mutação na informação genética das mitocôndrias que sendo transmitida para os filhos pode comprometer a sua saúde. Esta técnica envolve a utilização de óvulos de duas mulheres diferentes e o espermatozoide de um homem. Um dos óvulos pertence à mãe e o outro à dadora, e são fertilizados pelos espermatozoides do pai. Os núcleos dos dois ovos fertilizados são retirados, antes de se começarem a dividir em várias células para originar um embrião. O núcleo do óvulo materno fecundado é então transferido para o óvulo da dadora fecundado, tendo o óvulo da dadora informação genética saudável nas mitocôndrias⁵⁷.

Assim, consegue-se contornar uma doença hereditária que a mãe teria e que transmitiria aos seus filhos. Apenas o ADN mitocondrial, e não o ADN presente no núcleo das células, este último sim permite a caracterização do ser, características físicas e psicológicas do indivíduo.

Esta técnica ainda é muito pouco utilizada, o primeiro aconteceu no México em 2016 e o último, em 2019 na Grécia. Mas nada nos diz que esta técnica não possa vir a ser utilizada em Portugal em breve.

Neste caso o ADN será da mãe, da dadora e do pai, sendo que a questão não se coloca nos casos de averiguação da paternidade, mas será que se coloca nos casos de maternidade?

Segundo o artigo 1801º do CC, “*nas ações relativas à filiação são admitidas como meio de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados*”. O exame de ADN mitocondrial é um exame cientificamente comprovado para a descoberta da maternidade do filho, sendo este tipo de ADN apenas proveniente da mãe, pode ser um meio de prova. Nestes casos será rejeitado este meio de prova? Não poderá ser! A mãe obtendo determinada informação, mesmo que de forma ilícita, e intenta uma ação de investigação da maternidade, pode requerer este tipo de prova!

⁵⁷ Disponível em: <https://observador.pt/2019/04/11/nasceu-um-bebe-com-informacao-genetica-de-3-pessoas-diferentes/>

Sendo este recurso visto como uma técnica de PMA, este caso não se colocará no nosso sistema jurídico, pois está claramente regulado quanto ao estabelecimento da parentalidade recorrendo a estas técnicas, e também ao conhecimento dos dadores, mas terá relevância para outros ordenamentos.

No futuro será possível fazer uma gestação partilhada, em que nesta ‘procriação’ intervêm duas mães e pai incógnito?

Outro é o caso da mulher que tinha o processo de PMA a decorrer e tinha os gâmetas do marido, no entanto o marido acaba por falecer com uma doença prolongada e, devido à morosidade do processo de fertilização, não conseguiu engravidar enquanto o marido ainda estava vivo. Após a sua morte a mulher quer prosseguir com o processo, mas a nossa lei não o autoriza ‘*post mortem*’. Ainda que não autorizando a mulher queria pelo menos ter acesso ao material genético do marido para poder recorrer a este tipo de técnicas fora do país, no entanto também não seria possível.

Como refere o artigo 22º da lei da PMA, não é lícita a inseminação da mulher com sémen do falecido, ainda que casada ou que vivia em união de facto com o homem e que este haja consentido no ato de inseminação, após a morte do mesmo. Apenas é “*lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*”. Sendo a pessoa falecida tida com pai da criança que vier a nascer, arts. 20º, 23º da Lei da PMA.

Neste caso, ainda não existia um embrião, apenas os gâmetas do marido e a vontade de ambos em iniciar o processo de PMA. Sendo que nestes casos não pode ser realizado o processo de PMA com recurso a esses gâmetas, conforme dispõe o art. 22º, nº 1 da Lei de PMA. No entanto, a mulher conseguiu que o material genético não fosse destruído, apesar de ir contra o estipulado no art. 22º, nº 2 da lei da PMA, que determina a destruição do sémen de pessoa que já faleceu. Esta desigualdade foi alvo de Parecer do CNECV⁵⁸ em 2020, mas este emitiu parecer desfavorável, pois os “*Projetos de Lei n.º 223/XIV e n.º 237/XIV não*

⁵⁸ Parecer 112/CNECV/2020, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer sobre os projetos de Lei n.º 223/XIV/1ª “Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alargando as situações de realização de inseminação post mortem” e 237/XIV/1ª “Altera o regime da Procriação Medicamente Assistida, permitindo a inseminação post mortem para realização de projeto parental claramente estabelecido (sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, setembro de 2020.

eliminam as reservas de natureza ética mencionadas nos pareceres anteriores do Conselho relativamente à utilização dos gâmetas depois da morte do autor do projeto parental”, pautado essencialmente pela diferença do ponto de vista ético entre a transferência de gâmetas e de embriões.

Se houve violação da proibição estipulada no art. 22º da lei anteriormente referida, e for realizada um processo de PMA com recurso a sémen do marido ou unido de facto falecido, este será tido como pai da criança, art. 26º da mesma lei.

Este caso que foi alvo de uma reportagem jornalística que deu uma grande ênfase a esta questão, fazendo com que muita gente olhasse para este problema de outra forma e realizou uma Iniciativa Legislativa de Cidadãos em fevereiro de 2020, reunindo 20.000 assinaturas num documento entregue no parlamento. Sendo que no dia 23/10/2020 já foi aprovado em Assembleia da República a lei que permite a utilização *post mortem* de gâmetas nos processos de PMA, embora ainda não tenha sido publicada em Diário da República.

No caso seria um processo pacífico de paternidade e relações futuras com a família, mas nada nos diz, como sabemos da prática do direito, que tudo permaneça em harmonia, os problemas surgem com o passar do tempo, podendo provocar perturbações não só nas relações sucessórias como nas familiares.

A possibilidade de recorrerem a este tipo de técnicas está vedada a duas pessoas do sexo masculino, por razões biológicas. Contudo, com avanços da medicina poderá ser possível gerar um ser dentro do corpo de um homem, este caso parece algo de ficção científica, até hoje, do que conhecemos tal não é possível, mas quem sabe não o será no futuro, ou então, esta uma hipótese bem mais próxima da nossa realidade, havendo outra abertura legal para poder recorrer à gestação de substituição, por exemplo.

As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade, como refere o art. 4º, nº 3 da Lei da PMA. Há aqui uma discriminação positiva das mulheres!

Uma discriminação em relação aos casais homossexuais masculinos quanto à possibilidade de aceder a este tipo de técnicas, sendo de questionar se estará a ser respeitado o princípio da igualdade. Esta “discriminação” é fundamentada por motivos biológicos, pois apenas as mulheres têm capacidade de gerar um ser dentro delas, tal alteração pode ocorrer quando se legislar de outra forma relativamente à gestação de substituição.

No caso da averiguação da parentalidade em casos que já haja nome da mãe e do pai, ou só da mãe, qual o critério para averiguar a veracidade da parentalidade? A biológica? A afetiva? Ou apenas a legal?

Se alguém tiver conhecimento da utilização de material genético que doou em determinado procedimento, tendo obtido de forma ilegal, por exemplo, através de pirateamento do sistema informático, com essa informação pode intentar uma ação de investigação de paternidade? Na justiça prevalecerá a paternidade biológica ou a legal e afetiva?

E se no futuro existirem gâmetas artificiais ou útero artificial? Este problema do estabelecimento da parentalidade não se colocaria, mas levantará muitas outras questões éticas e morais.

4. Breve referência de Direito Comparado

Conforme refere Guilherme de Oliveira⁵⁹ “No direito brasileiro, nasceu no fim dos anos 70 uma corrente forte que favorece a chamada paternidade sócio-afetiva”.

João Batista Villela⁶⁰ escreveu que “*ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na capacidade de amar e servir*”. Tal como refere Guilherme de Oliveira⁶¹, “*esta ideia não é inovadora, no sentido em que já se praticava, em toda a parte, a atribuição da paternidade sem vínculo biológico. Na verdade, o instituto da adoção é conhecido em todos os sistemas jurídicos com uma configuração semelhante e o adotante não é, por definição, o progenitor.*”

(...) *mais recentemente, a regra de que o marido, ou companheiro da mãe, que consente na inseminação com gâmetas de dador é o pai jurídico também foi consagrada em muitos países.*

*Mas a ideia ampliou-se na doutrina, na jurisprudência e na lei brasileiras. Diz-se que “toda a paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não”.*⁶²

Em primeiro lugar, sublinhou-se o art. 227º da Constituição de 1988, onde se lê que a convivência familiar é a “prioridade absoluta da criança”. Depois, o código civil de 2002 afirmou “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem” (art. 1593º CCivil br). Entendeu-se a noção de parentesco civil como outra maneira de exprimir a verdade sócio-afetiva, que sustenta os vínculos de parentalidade em três tipos de situação: na adoção; no caso de parentalidade do marido ou companheiro da mãe inseminada com esperma de dador (art. 1597º, V, br); no caso de posse de estado de

⁵⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, Critérios Jurídicos da Parentalidade, p. 279.

⁶⁰ VILLELA, J. B. – *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v.21, p. 401-419, 1979, *apud* OLIVEIRA, Guilherme de, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, Critérios Jurídicos da Parentalidade, p. 279.

⁶¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (...) *ob. cit.* p. 279, 280.

⁶² LÔBO, Paulo – Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileiro, «Revista Jurídica Luso-Brasileira», Centro de Investigação de Direito Privado, FDUL, ano 1, 2015, nº1, p. 1743-1759, p. 1751, *apud* OLIVEIRA, Guilherme de, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, Critérios Jurídicos da Parentalidade, p. 280.

filho (1601º, II, br). Por outro lado, tem ganho força a ideia de que o conhecimento da paternidade biológica ou da origem genética, possibilitado pelos meios de prova científica, satisfaz um direito fundamental do âmbito do desenvolvimento da personalidade, mas não traduz a verdadeira paternidade, que pertence ao domínio do direito da família, e que é fundamentalmente um facto cultural, afectivo, fundador do “estado de filiação”; “a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que os outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas.”

Com base nestes desenvolvimentos, o direito brasileiro levou a relevância da posse de estado e da paternidade sócio-afetiva até um ponto mais avançado do que se conhecia.

A posse de estado de filho – mostrando a verdade sócio-afetiva ou a sócio-afetividade – tem um papel relevante quer para (aa) estabelecer a filiação, quer para (bb) obstar à sua impugnação.”

Segundo, o mesmo autor⁶³, “se alguns sistemas jurídicos europeus davam valor à estabilidade das relações constituídas, no interesse do filho, dificultando a impugnação da filiação, o sistema brasileiro ampliou muito o valor da verdade sócio-afetiva baseando a constituição dos vínculos na prova de que se criou um laço afetivo duradouro, ou assentando a impugnação da filiação na prova de que não chegou a formar-se ou desapareceu, uma convivência familiar. A investigação da paternidade biológica é uma questão da tutela da personalidade; o estabelecimento da filiação, para ser um assunto de direito da família, exige a comprovação de uma convivência familiar de natureza sócio-afetiva.”

Guilherme de Oliveira, também refere que nos Estados Unidos, na Califórnia, “o Supremo Tribunal admitiu que uma criança podia ter “dupla maternidade” em três casos decididos em 2005. Embora com diferenças, os casos mostravam sempre o nascimento de uma criança dentro de um casal de mulheres homossexuais que mais tarde se separou; e a mulher que não era a mãe biológica, insatisfeita com os remédios tradicionais da atribuição de direitos de visita e até com a atribuição da guarda, reclamou o estatuto de mãe. O Tribunal afirmou, em suma, que o facto de partilhar o projecto de gerar os filhos e de tratá-

⁶³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho (...)* ob. cit. p. 286

*los como próprios no quadro da relação de união de facto implica a atribuição da maternidade legal, o que protege o interesse superior do menor.”*⁶⁴

No Canadá, já desde 2007 com o caso *Three Parents Case*⁶⁵, um tribunal de 2ª instância de Ontário, declarou que uma criança tinha um pai e duas mães, um casal de lésbicas queriam ter um filho, mas não quiseram recorrer a técnicas de PMA, e a esperma doado, então uma das mulheres teve um filho com um amigo. As três pessoas antes e após o nascimento da criança, cuidaram dele como pais, no entanto, apenas eram reconhecidos juridicamente enquanto tal os pais biológicos. Que estatuto teria a companheira da mãe? Socorrendo-se da filiação adotiva não obtinham os resultados pretendidos, pois todos queriam ter o estatuto de pais da criança. Não prevendo a lei este tipo de casos, excecionalmente, o tribunal declarou que a criança tinha duas mães e um pai, sendo dois pais biológicos e uma mãe sócio-afetiva.

A lei Inglesa *Human Fertilization and Embryology Act, 1990* teve como princípio orientador o anonimato do dador, permitindo que o maior de 18 anos que tenha acesso às informações relativas à forma de conceção pudesse solicitar determinadas informações, mas não identificar o dador. A *Human Fertilization and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations*, em 2004 determinou que as pessoas nascidas com recurso a doação de gâmetas pudessem, após atingir a maioridade, conhecer a identidade do dador, abolindo, assim, o princípio do anonimato do dador. Esta última alteração à lei apenas entrou em vigor em 1 de abril de 2005, permitindo este conhecimento a partir dessa data. E apenas em março de 2010, passou a existir um formulário a ser preenchido pelos dadores de gâmetas antes de abril de 2005 para que façam um novo registo autorizando o acesso a essa informação.

Em 2008 *Human Fertilization and Embryology Act, 1990*⁶⁶, sofreu uma alteração que permitiu o acesso à informação sobre outras pessoas concebidas por PMA que envolvessem o mesmo dador, ou seja, permitiu o conhecimento de meios-irmãos genéticos, desde que para tal tenham dado o seu consentimento.

⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho (...) ob. cit.* pp. 290 e 291.

⁶⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, *O sangue, os afectos e a imitação da natureza, Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 15 e 16.

⁶⁶ Legislação disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

Como podemos constatar através da análise que foi feita anteriormente, Portugal está um pouco atrasado em relação a alguns países da União Europeia a este nível. Sendo que, em Portugal só passou a ser possível conhecer a identidade do dador com a alteração do art. 15º da Lei da PMA pela Lei nº 48/2019, de 8 de Julho, no entanto a mesma apenas entrou em vigor no dia 1 de agosto de 2019, e a partir dessa data não se aplica mais o regime de anonimato de dador. Contudo, existe um regime transitório em relação aos “*embriões resultantes de dadores anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da presente lei*”, aos “*os gâmetas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de Maio de 2018 e utilizados até três anos após a entrada em vigor da presente lei*” e às “*dádivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018*” o regime de confidencialidade da identidade civil do dador ainda será aplicado, findo esse prazo e se o dador não autorizar o levantamento do anonimato, esses gametas e embriões serão destruídos, como refere o artigo 3º, da Lei nº 48/2019, de 8 de julho.

Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de Sousa⁶⁷ refere que “*As diferentes legislações e a livre e fácil circulação das pessoas e prestação de serviços podem dar lugar a uma espécie de “turismo da procriação assistida”. Se isso acontecer, além dos nacionais de cada Estado se furtarem às proibições ou às condições impostas pelo seu direito nacional, o país de origem perde o controlo sobre os actos dos seus cidadãos, com consequências para o registo civil, direito sucessório e da família.*” Isto foi o que aconteceu durante muitos anos em que a legislação que regulamentava a procriação medicamente assistida não permitia a utilização deste tipo de técnicas a casais de lésbicas, nem a mulheres celibatárias. Sendo que, a legislação portuguesa da PMA inicialmente só permitia o recurso a estas técnicas a casais heterossexuais, que tivessem problemas de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, como era referido no artigo 4º, nº 2 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, na sua redação original. Apenas passando a ser permitido o recurso a esta técnica por casais de mulheres homossexuais, ou mulheres solteiras com alteração a esta lei pela Lei nº 17/2016, de 20 de junho. Até à data desta alteração, muitos casais de lésbicas recorriam a este tipo de técnicas de PMA no estrangeiro, noutros países em que a legislação o permitia. Tal como acontecia no caso de gestação de substituição, não sendo permitido em Portugal

⁶⁷ SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de, *A procriação medicamente assistida na União Europeia: harmonizar ou reagir?*, in O Direito, ano 140, IV, 2009, p. 891.

os casos de “barriga de aluguer”, apenas passou a sê-lo com a alteração da Lei nº 27/2016, que passou a permiti-lo com regras muito apertadas, como já referido anteriormente. Até essa data muitos casais recorriam a esta técnica noutros países. Apesar de atualmente já se encontrarem devidamente reguladas, e com maior alargamento, o leque de pessoas beneficiárias, ainda há muita gente que recorre a países estrangeiros com maior abertura legislativa para proceder a estas técnicas. É, por exemplo, o caso de casais de homens homossexuais que se socorrem muitas vezes a técnicas de PMA heterólogas e a barrigas de aluguer para poderem ter filhos. Ou ainda, um caso mais mediático, o dos filhos do Cristiano Ronaldo, que teve 3 filhos de uma ou duas mulheres, não se sabendo bem que contornos têm os negócios jurídicos celebrados entre ambos, terá sido através de uma procriação medicamente assistida em que o ovócito será de outra pessoa que não a gestante, mas nada é confirmado. Estes tipos de comportamentos terão sempre lugar, até a legislação portuguesa ter outra abertura legal para estes casos. Acontece, como no caso da adoção, antes de ser permitida em Portugal, os casais homossexuais recorriam a processos adotivos em países estrangeiros.

Esta exclusão dos casais de homens a poderem correr a este tipo de técnicas de PMA, é muito discutida, tendo em conta que contrapõe vários princípios, como o princípio da natureza humana e o princípio da igualdade.

A nível europeu, o legislador não tem um papel muito facilitado uma vez que é um tema muito sensível e visto eticamente de uma forma diferente de cultura para cultura, tendo dificuldade de obter um consenso entre os Estados Membro em relação a estas matérias.

Ainda citando Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de Sousa,⁶⁸ “*De facto, apesar de ser socialmente sentida a necessidade de uma regulamentação comunitária, a UE tem-se limitado à adopção de actos não vinculativos (soft law) através de várias resoluções do Parlamento Europeu, curiosamente o órgão que representa os cidadãos da União Europeia*⁶⁹: Resolução sobre fecundação artificial “in vivo e in vitro”; Resolução do Parlamento Europeu sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética;

⁶⁸ SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de, *A procriação medicamente assistida na União (...) ob. cit.* pp. 893 e 894.

⁶⁹ Jornal Oficial das Comunidades Europeias, nº C 96, de 17/04/1989, pp. 165 e 171 e Jornal Oficial das Comunidades Europeias, nº C 320, de 28/10/1996, p. 268. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AC%3A1989%3A096%3ATOC>

Resolução sobre a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano relativamente às Aplicações da Biologia e da Medicina.”

Não existe uma legislação comumente aplicada nos diversos Estados Membros, mas existe o objetivo da sua harmonização.

O ordenamento jurídico Francês é muito semelhante ao nosso quanto ao modo de estabelecimento da filiação, estando regulado nos arts. 310º e ss. do *Code Civil Français* podendo ser estabelecida: 1- pela lei (arts. 311-25 a 315) distinguindo duas figuras legais, a mãe e o pai. A filiação é estabelecida em relação à mãe por sua simples designação na certidão de nascimento da criança. Este documento é redigido por um oficial do estado civil no prazo de três dias após o parto. Quanto ao pai opera, talqualmente no nosso sistema, uma presunção de paternidade, indica que a criança concebida ou nascida durante o casamento, o marido da mãe é como pai; 2 - Por reconhecimento voluntário (art. 316), quando a filiação paterna ou materna não é estabelecida por lei, se a certidão de nascimento não for estabelecida dentro de três dias do nascimento, por exemplo, pode ser por reconhecimento de paternidade ou maternidade; 3 - Por posse de estado (arts. 311-1 e 317); 4 - Por ação judicial (arts. 318 a 331) através de ações destinadas a estabelecer a filiação.

No entanto, tem algumas exceções. Em França é permitido que a mãe não revele a sua identidade aquando do parto, solicitado o sigilo quanto à sua identidade, como refere o art. 326º do *Code Civil Français*, sendo que o filho nasce e é registado com mãe incógnita, passando a ser possível a sua adoção. As motivações da mãe podem ser de diversa índole⁷⁰, mas nada disso determina a possibilidade de recorrer ao chamado *accouchement sous X* ou *L'accouchement sous le secret*. Esta figura do direito Francês justifica-se pelo desejo de evitar que as mulheres interrompam a gravidez ou cometam infanticídios, procurando reduzir os partos clandestinos e preservando a saúde da mãe e da criança, defendendo o direito à vida privada e familiar da mulher, não ficando de qualquer forma ligada ao filho, e facilitando o processo de adoção da criança.⁷¹ Este tipo de argumentos não é consensual, pois muitas pessoas acham que este anonimato não protege e aliás sacrifica os direitos e interesses do filho, ficando em *mort civile* e acentua de forma desigual a possibilidade, pois

⁷⁰ Por impossibilidade psicológica ou material de cuidar do filho, falta de vontade, filho nascido fora do casamento ou resultado de uma violação, ou ausência do pai da criança.

⁷¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação (...) ob. cit.* p. 64 e 65.

o pai não pode recorrer a um regime semelhante.⁷² Até 2009 o filho estava proibido de intentar uma ação de investigação da maternidade⁷³ para tentar descobrir a identidade da mãe. Atualmente já o pode fazer, no entanto, de pouco lhe servirá se a mãe omitir todos os seus dados. Apesar de não lhe estar proibido, este modo de exercer o seu direito ao conhecimento das suas origens, será quase impossível.

O ordenamento Italiano é muito semelhante ao Francês quanto a este aspeto, permitindo, também, a possibilidade de a mãe manter o anonimato.

Muitos ordenamentos jurídicos têm regimes de filiação que não se regem apenas pela verdade biológica.

Assim, citando de novo Guilherme de Oliveira,⁷⁴ *“No direito italiano, se um filho está reconhecido por um progenitor, a perfilhação pelo segundo está sujeita a uma oposição do primeiro, exprimindo a ideia de que este segundo reconhecimento pode prejudicar os interesses concretos do filho. No direito francês, a mulher que tem o parto não se torna, necessariamente, a mãe jurídica do filho: respeita-se a vontade que ela pode ter de não assumir o estatuto de mãe, e pensa-se que não vale a pena impor o estatuto contra a sua vontade. Ainda: enquanto o direito alemão, mais ‘biologista’, defende que os filhos concebidos por inseminação com dador têm um direito constitucional a saber quem foi o progenitor, o direito francês impede que os filhos conheçam a identidade do dador, com a intenção de proteger a família constituída, e o pai afetivo que desempenha o papel social respectivo.”*

Em França, a PMA encontra-se regulamentada pelo *Code de la Santé Publique*⁷⁵ que regula os aspetos mais técnicos e procedimentais de recurso a técnicas de PMA, como as condições de acesso, o processamento das entrevistas aos candidatos e a competência para a realização. O *Code Civil Français* atribui uma secção do seu código com dois artigos específicos referentes à PMA, art. 311-19 e 311-20, colocando neste sítio do código dá ênfase à igualdade entre filhos e ao ponto de vista sucessório; no art. 311-19 o legislador francês refere que em caso de PMA com recurso a dador, não é permitido qualquer

⁷² TERRÉ, François, FENOUILLET, Dominique, *La famille*, 8 édition, Dalloz, 2011, pp. 574 e 575.

⁷³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação (...)* ob. cit. p. 64.

⁷⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação (...)* ob. cit. p. 36.

⁷⁵ *Code de la Santé Publique*, disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/2008-06-22/

estabelecimento de qualquer relação entre o dador e a criança resultante da procriação, não podendo ser movida nenhuma ação contra o dador; e no art. 311-20 dispõe relativamente ao consentimento que é dado pelos cônjuges ou companheiros das mulheres que recorram as técnicas de PMA com recurso a dador, uma vez dado este consentimento, fica vedada a possibilidade de intentar qualquer ação para contestar a paternidade. Este consentimento fica sem efeito se for revogado por escrito antes de ser concretizada a PMA, sendo também ineficaz quando haja morte ou iniciado processo de divórcio, separação judicial ou deixe de existir comunhão de vida antes da realização da PMA. Quando dê o seu consentimento, a paternidade é estabelecida conforme é disposto nos art. 328 e 331, não sendo, neste caso, admitida ação de averiguação oficiosa da paternidade tal como sucede em Portugal. Atualmente, encontra-se em processo de aprovação o projeto de lei relativo à *Bioéthique*⁷⁶, que visa regulamentar a procriação medicamente assistida (PMA), passando, assim, a poderem recorrer a este processo todas as mulheres, no entanto não foi tão avançada como em Portugal, quer em termos temporais quer em extensão, sendo que em Portugal a lei foi aprovada já em 2016 e também regula a gestação de substituição, continuando esta prática a ser proibida em França. Tornando, assim, a lei francesa, acessíveis as técnicas da PMA a casais heterossexuais, a casais de mulher homossexuais e às mulheres celibatárias/solteiras, assim como já acontecia em Portugal.

Tal como em Portugal, a França também pretende regulamentar no sentido de permitir que uma pessoa que tenha sido concebida com recurso a dadores de óvulos e/ou espermatozoides tenha a possibilidade de saber qual a sua origem genética ao atingir os 18 anos, informação que deverá ser prestada pelos centros clínicos onde foram fornecidos os gâmetas. Apesar de este projeto de lei não estar ainda em vigor, no entanto a Assembleia Nacional, em segunda leitura, já o aprovou com algumas modificações, tendo sido entregue no dia 3 de agosto de 2020 e encaminhado à Comissão Especial para aprovação.

Importa problematizar qual é o lugar do princípio da verdade biológica aquando da utilização destas técnicas. O CC Fr. prevê o princípio da dignidade da pessoa humana logo no seu artigo 16, estabelecendo pontos importantes da matéria, no art. 16-8 podemos encontrar um ponto fulcral, leia-se que nenhuma informação que identifique a pessoa que doou e a pessoa que o recebeu pode ser divulgada, não podendo o doador saber a identidade

⁷⁶ *Projet de loi n° 474, adopté avec modifications, par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique*. Disponível em: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0474_texte-adopte-seance

do recetor nem o recetor a do doador. Apenas em caso de necessidade terapêutica, os médicos do doador e do recetor podem ter acesso às informações que permitem a sua identificação – art. 152-5 CSP. Encontramos aqui um princípio de sigilo, e uma obrigação profissional dos médicos responsáveis. Esta lei está na fase final do processo de aprovação e, caso seja aprovada, o princípio do anonimato dos dadores já não será visto da mesma forma.

Paula Martinho da Silva e Marta Costa⁷⁷ referem que, “*Em França, por exemplo, constatam-se diversos pedidos de acesso aos “dados relativos às suas origens” por parte de adultos nascidos em recurso a PMA com recurso a dador. Conforme refere o estudo do Conseil d’Etat francês⁷⁸, esta solução segue-se à que foi sofrida em matéria de parto anónimo, que visou organizar a reversibilidade do segredo de identidade pedido pela mãe aquando do parto e que deu lugar à criação do Conselho Nacional francês de acesso aos dados pessoais⁷⁹. Salienta este estudo que investigação prosseguida nesta matéria junto de pessoas que desejariam conhecer as suas origens não tem como objectivo conseguir obter “um outro pai ou uma outra mãe”, mas sim a vontade de não viver na ignorância, ou mesmo uma mentira.*”

Atualmente, o recurso à PMA por casais de lésbicas e mulheres celibatárias já é permitido no Reino Unido e em pelo menos 10 dos 27 países da União Europeia, Portugal, Espanha, Irlanda, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Suécia e Finlândia. Já países como a Estónia, Lituânia, Hungria, Croácia, Bulgária, Grécia e Chipre apenas é autorizada a PMA para mulheres solteiras. No caso da Áustria e Malta é permitido o recurso a estas técnicas apenas a casais homossexuais de mulheres e não a mulheres solteiras.⁸⁰

⁷⁷ SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 97.

⁷⁸ *Les Études du Conseil d’État – la révision des lois de bioéthique*, la documentation Française, Paris, 2009, p. 53, *apud* SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 97.

⁷⁹ *Conseil Nacional d’Accès aux Origines Personelles, criado por lei de 22 de janeiro de 2002*

⁸⁰ Disponível na internet in: <https://tvi24.iol.pt/internacional/sociedade/franca-aprova-procriacao-medicamente-assistida-para-todas-as-mulheres>

Conclusão

Este estudo pretendeu demonstrar o estado do ordenamento jurídico português quanto ao estabelecimento da maternidade e da paternidade tendo em conta os avanços da sociedade atual e das novas técnicas de procriação medicamente assistida. Será necessário fazer algumas considerações finais.

A sociedade altera-se e a legislação também, tal como o modo de legislar. O estabelecimento da parentalidade será sempre um ponto fundamental na nossa cultura.

A PMA teve ao longo dos últimos anos condições muito restritas de acesso, no entanto, no último ano, foi alvo de grandes alterações.

Se pensarmos na génese deste tipo de técnicas, era um modo de procriação apenas acessível em condições muito específicas, sendo para tratamento ou impedimento de conceber um filho de forma natural, apenas para casais heterossexuais. Este conceito foi-se alterando neste último ano, e passou a ser mais abrangente, possibilitando o acesso a todas as mulheres, nas condições mencionadas ao longo deste trabalho, tal como a possibilidade de recurso à gestação de substituição, que apesar de ser de acesso mais vedado, *“a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”* tal como refere o art. 8º nº 2 da Lei da PMA.

No entanto, apesar dessas alterações, a PMA é um modo subsidiário e não alternativo de procriação, como dispõe o nosso legislador no art. 4º, nº 1 da Lei da PMA, apesar de começar a ter alguns contornos mais complementares, sendo permitida a sua utilização a todas as mulheres, independentemente de existir diagnóstico de infertilidade.

Um ponto que merece ser destacado, sempre que se faz referência a este tipo de técnicas, é o direito ao conhecimento das origens genéticas, tendo abordado a sua ligação com os princípios constitucionais e verificada a sua tutela pelo nosso ordenamento, estando ligado de forma estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à identidade e integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade. Foi feita, também, uma análise aos pontos de vista de interesse público e privado e a esta dualidade evidente na nossa lei.

Ao perspetivar os modos de filiação existentes e como tiveram relevâncias diferentes ao longo do tempo e a que tem atualmente, temos noção de uma alteração da sociedade, da evolução das mentalidades e da cultura que se transpõe, ainda que não ao mesmo ritmo, para a nossa legislação.

Apesar da mudança da legislação da PMA e de todas as alterações que se irão evidenciar na prática durante os próximos anos, com a procriação através destas técnicas agora também por mulheres celibatárias ou casais de mulheres homossexuais, levará a essa tão desejada transformação. Mas a sociedade vai pedindo sempre mais... será este um passo para uma nova abertura para acessibilidade a casais de homens homossexuais que ficaram de fora? Apesar deste condicionamento ser também devido a fatores biológicos, mantem-se a desigualdade. A possibilidade de ser pai apenas através da adoção e não vendo a evolução de um filho desde a sua conceção.

Apesar de passar a ser permitido o conhecimento da identidade do dador, do progenitor biológico, levantará a questão do sigilo em relação a estas técnicas. Abrirá a possibilidade de a pessoa nascida com recurso a estas técnicas ter conhecimento que nasceu com recurso a elas, mas que os pais jurídicos não lhe forneçam esse tipo de informações, terá de haver outra evolução legislativa que se aguarda. Mais uma vez, encontramos uma dualidade, aqui não entre o interesse público e o privado, mas entre dois interesses privados, o dos pais e o da pessoa gerada com recurso a PMA heteróloga. E, apesar de termos analisado e chegado à conclusão que o dador em caso algum terá algum direito ou dever inerente ao ser que ajudou a gerar, juridicamente nunca lhe será nada, mas caso tenha acesso a essa informação, terá sempre um papel preponderante caso a pessoa gerada o procure, sendo este negativo ou positivo.

Conclui-se assim, um estudo sobre uma temática bastante eclética. Por mais que mude a sociedade, o que prevalece será a vontade do ascendente e sua parentalidade!

Como refere Miguel Oliveira da Silva, *“Ignora-se a evidência científica sobre direitos dos jovens oriundos de PMA; Aumenta-se a assimetria e fragmentação de Direitos humanos fundamentais individuais, sem respeito mútuo recíproco; Ignoram-se deveres parentais e deveres do Estado social; Favorece-se os mais influentes e com capacidade para viajar, pagar no sector privado, pagar a intermediários; Ignora-se direitos dos mais*

vulneráveis, fracos e desfavorecidos: crianças e jovens; Não se protege a dignidade dos mais desfavorecidos.”⁸¹

⁸¹ SILVA, Miguel Oliveira da, *Parentalidade e Filiação, Jurisdição da Família e das Crianças*, Centro de Estudos Judiciários, 1ª edição, dezembro de 2018, p. 45 Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_ParentalidadeFiliacao.pdf

Bibliografia

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 5ª edição, Almedina, 2018, pp. 217 a 233.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *A lei n.º 32/06, sobre a procriação medicamente assistida*, in ROA, ano 67, III, 2007 pp. 977 a 1006.

COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família - Volume I - Direito Matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, abril 2016, pp. 154 e 155.

COSTA, Susana, *(S)em nome do pai*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 87, dezembro 2009, pp. 171-194.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 19ª edição, Ediforum, 2016, p. 1460.

OLIVEIRA, Guilherme de:

- *Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do Acórdão N.º 401/2011 do Tribunal Constitucional, Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano IX, n.ºs 17 e 18, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2012, pp. 112 a 115;
- *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, Critérios Jurídicos da Parentalidade, pp. 271 a 306;
- *Direitos fundamentais à constituição da Família e ao desenvolvimento da personalidade, Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano IX, n.ºs 17 e 18, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2012, p. 5;
- *Estabelecimento de Filiação*, janeiro 2019, Petrony Editora, pp. 15, 36, 64, 65, 185, 235 a 237, 250 e 251;
- *O sangue, os afectos e a imitação da natureza, Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 5 a 16;
- *Sangue e o Direito: entre o ser e o pertencer*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 134, n.º 3924 e 3925, 2001, pp. 66-71;

- *Transformações do Direito da Família*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, p. 763-779, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 763 a 779;

OLIVEIRA, Guilherme de, MONIZ, Helena, *Utilização de informação genética em acções de filiação — perguntas e respostas*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano II, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora, 2005, pp. 42 e 43.

RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André Dias, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa da PMA (Lei n.º32/2006, de 26 de julho)*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 3, n.º 6, 2006, pp. 100 e 101.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado – Jurisprudência e Legislação Conexa*, Quid Juris, 2015.

REIS, Rafael Luís Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, 2008, pp. 490, 491.

SÁ, Mafalda de, *O Estabelecimento da Filiação na Gestaçã de Substituiçã: À Procura de um Critério*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 15, n.º 30, 2018, p. 89.

SAMPAIO, Álvaro, *Código do Registo Civil, Anotado e Comentado, 5ª Edição*, Almedina, novembro 2019, p. 102.

SILVA, Miguel Oliveira da, *Parentalidade e Filiação, Jurisdiçã da Família e das Crianças*, Centro de Estudos Judiciários, 1ª edição, dezembro de 2018, p. 45 Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_ParentalidadeFiliacao.pdf.

SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriaçã Medicamente Assistida Anotada (e legislaçã complementar)*, Coimbra Editora, 2011, pp. 90 a 93, 97 e 98.

SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de, *A procriaçã medicamente assistida na Uniã Europeia: harmonizar ou reagir?*, in *O Direito*, ano 140, IV, 2009, pp. 891 a 894.

TERRÉ, François, FENOUILLET, Dominique, *La famille*, 8 édition, Dalloz, 2011, pp. 574 e 575.

VARELA, Antunes e LIMA, Pires de, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra Editora, 1995, pp. 116, 290.

Jurisprudência e Pareceres

Acórdão da Relação de Coimbra, de 06-02-2018, Proc. n.º 5525/16.3T8CRB.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/49bbb7753413416d8025824a0050f1f6?OpenDocument>;

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-09-2009, proc. n.º 486/2002.L1-2, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/597BAB21BBFBFFEC802576650060EE03>,

Acórdão do STJ, de 25-3-2004, proc. n.º 04A511, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6c45048ba7b55f0b80256e85002c9836?OpenDocument>;

Acórdão do TC n.º 225/2018, proc. n.º 95/17, publicado em Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>;

Parecer 23/CNECV/97 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 1997;

Parecer 44/CNECV/04 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 2004;

Parecer 87/CNECV/2016 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de março de 2016;

Parecer 90/CNECV/2016 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de dezembro de 2016;

Parecer 112/CNECV/2020 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de setembro de 2020;

Parecer do Conselho Consultivo n.º 44/CC/2018, Instituto dos Registos e do Notariado, de março de 2018.

Legislação

Código Civil;

Código de Registo Civil;

Código de Processo Civil;

Regime Geral do Processo Tutelar Cível;

Lei nº 32/2006, de 26 de junho;

Lei nº 25/2016, de 22 de agosto;

Lei nº 17/2016, de 20 de junho;

Lei nº 48/2019, de 8 de julho;

Human Fertilization and Embryology Act, 1990, disponível em:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents;>

Code Civil Français;

Code de la Santé Publique, disponível em:

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/2008-06-22/;](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/2008-06-22/)

Código Civil Brasileiro.