

Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras

# O Anonimato do Dador de Gâmetas e o Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas

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

Orientado por: Mestre Rafael Luís Vale e Reis

Coimbra, 2015



Agradecimentos,

*Aos meus Pais, pelo apoio incondicional, ao meu irmão pelos conselhos que me permitiram ser quem sou, à Sofia pelo inigualável companheirismo. Não podia igualmente deixar de agradecer, aos meus amigos, seguramente os melhores de sempre.*

*Ao meu orientador, Mestre Rafael Vale e Reis, pela total disponibilidade demonstrada desde o primeiro momento.*

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

al. – alínea

Art. – artigo

CC. – Código Civil

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 do Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

n.º - número

p. – página

PMA – Procriação medicamente Assistida

pp. – páginas

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. - seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

## ÍNDICE

### LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS 1

#### I – NOTAS INTRODUTÓRIAS 3

#### II – REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA 9

II.1 – CONDIÇÕES DE ACESSO A TÉCNICAS DE PMA.....	9
II.1.1 - <i>Subsidiariedade da PMA</i> .....	9
II.1.2 - <i>Diagnóstico de infertilidade</i> .....	12
II.1.3 - <i>Idade superior a 18 anos e ausência de incapacidades.</i> .....	12
II.1.4 - <i>Beneficiários casados ou em relação análoga à dos cônjuges</i> .....	14
II.1.5 - <i>Exclusão de casais homossexuais</i> .....	15
II.1.6 - <i>Centros Médicos Autorizados</i> .....	16
II.2 – DIREITO À PROcriação: DIREITO A REPRODUÇÃO ASSISTIDA?.....	17
II.3 – REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A FILIAÇÃO.....	20

#### III – O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS 23

III.1 – DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E A SUA LIGAÇÃO A PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS .....	23
III.1.1 - <i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i> .....	23
III.1.2 - <i>Direito à identidade pessoal</i> .....	24
III.1.3 - <i>Direito ao livre desenvolvimento da personalidade</i> .....	27
III.1.4 - <i>Direito à integridade pessoal</i> .....	28
III.2 – UM DIREITO CONSTITUCIONAL? .....	29
III.3 – A RELAÇÃO ENTRE O ADOTADO E O GERADO COM RECURSO A TÉCNICAS DE PMA.	32

#### IV - O ANONIMATO DO DADOR DE GÂMETAS 36

IV.1 – A PLURALIDADE DE SOLUÇÕES.....	36
IV.2 – SOLUÇÃO LEGAL PORTUGUESA .....	39
IV.3 – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.....	43

#### V – CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA *VERSUS* ANONIMATO DO DOADOR 46

#### VI – REFLEXÕES CONCLUSIVAS 52

#### VII – BIBLIOGRAFIA 55

## I – Notas Introdutórias

A presente dissertação surge como resultado da investigação realizada ao longo dos últimos meses, no âmbito do Curso de Mestrado em Direito, especialidade Ciências Jurídico-Forenses, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O objeto deste estudo é o direito ao conhecimento das origens genéticas<sup>1</sup>, com especial enfoque na solução legislativa portuguesa acerca o anonimato do dador de gâmetas<sup>2</sup> nos casos de procriação medicamente assistida. Deste modo, iniciaremos este ponto com um breve percurso histórico sobre a PMA.

A evolução científica verificada no domínio da biomedicina ao longo dos últimos cinquenta anos não teve precedentes equiparáveis, contudo, as primeiras tentativas, no que à procriação medicamente assistida diz respeito, datam do século XIV no domínio da veterinária e do século XVIII em humanos<sup>3</sup>.

Na história de Portugal, o primeiro relato de uma tentativa de uma inseminação artificial é feita no século XV à rainha Joana de Portugal, com esperma do seu marido, o Rei de Castela, Henrique IV, “*O Impotente*”. Posteriormente, este viria a repudiar a mulher e negando reconhecer a filha concebida. A veracidade do relato continua, contudo, ainda hoje, a ser posta em causa por alguns historiadores.

Verdadeiramente, o primeiro relato de uma tentativa científica de inseminação artificial humana, data de 1785. A autoria pertence a Thouret, na Faculdade de Medicina de Paris, terá conseguido fecundar a sua própria mulher, até então considerada estéril, através de uma injeção intra-vaginal com sémen seu (inseminação artificial homóloga<sup>4</sup>). Este caso, assume uma particular importância dado ser o primeiro relato conciso e científico descritivo de uma técnica de PMA. A primeira inseminação artificial

---

<sup>1</sup> Rafael Vale e Reis define este direito como “...a faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respectivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente.” (Reis, Rafael Vale e, *Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008, p. 13)

<sup>2</sup> Gâmeta – Cada uma das duas células (espermatozóide no macho e óvulo na fêmea) que se unem para formar o ovo ou zigoto. Dicionário de termos Médicos, Porto Editora, p. 520

<sup>3</sup> Não obstante, houve também experiências de inseminação artificial vegetal desde as civilizações babilónicas e árabes que aplicaram estas técnicas em palmeiras com intuito de produzir mais e melhores frutos. – in Barbas, Stela, *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra, 1998, p.27

<sup>4</sup> Neste tipo de inseminação, não há qualquer contribuição de material genético proveniente de terceiro estranho ao casal.

heteróloga,<sup>56</sup> dá-se apenas em 1884 pela mão do médico Pancoast, nos Estados Unidos da América. Também em 1884 é apresentado na Faculdade de Medicina de Paris por Gérard, a primeira obra médica e científica sobre fecundação artificial intitulada “*Contribution à l’histoire de la fécondation artificielle*”, que desde logo suscitou uma enorme polémica na comunidade científica, acabando mesmo por ser recusada e destruída, por ser demasiado *avant garde* para a época.

Apesar de se terem verificado com êxito as primeiras técnicas de inseminação artificial no séc. XIX, apenas no séc. XX é que estas foram verdadeiramente desenvolvidas. Apenas nos anos 40 do séc. XX surgem os primeiros bancos de sémen nos Estados Unidos, em consequência da 2ª Guerra Mundial, para que as mulheres dos soldados pudessem ser inseminadas enquanto estes combatiam. A fechar a década de 60 consegue-se a primeira fertilização *in vitro*, tendo o óvulo sido fertilizado em laboratório.

Em 25 de Julho de 1978, nasce em Inglaterra Louise Brown, a primeira bebé proveta. Seguiram-se muitos outros em todo o mundo, em Portugal, Carlos Miguel, foi o primeiro e nasce a 25 de Fevereiro de 1986.

Ao nível da evolução Jurisprudencial, os relatos dos primeiros conflitos judiciais dão-se na década de 50, em Itália. Num dos casos, acusava-se a mulher de adultério por, alegadamente, ter sido inseminada artificialmente por sémen de um dador que não o seu marido. Apesar de em primeira instância ter sido condenada, mais tarde, o tribunal superior absolveu-a. Um outro caso, também em Itália, o Tribunal de Roma, considerou que o consentimento do marido para a inseminação artificial heteróloga não obstava a que mais tarde pudesse impugnar a paternidade da criança gerada.

Vista a evolução histórica da PMA, cumpre fazer ainda, algumas considerações suplementares para uma clara percepção da discussão em torno do estabelecimento do anonimato do dador de gâmetas e os problemas que se colocam nas ordens jurídicas.

Trata-se de uma questão extremamente atual, e que tem gerado, principalmente nas últimas décadas, controvérsia a diferentes níveis. Por um lado, acesas discussões doutrinárias. Por outro, uma multiplicidade de soluções legislativas. O foco desta polémica

---

<sup>5</sup> No mesmo ano, surge o primeiro conflito judicial, o Tribunal de Primeira Instância de Bordéus impossibilitou ao médico Lejatre a reclamação dos seus honorários, uma vez que segundo o tribunal, o médico se intrometeu “(...) no mais íntimo entre marido e mulher, usando meios artificiais que reprova a lei natural e que poderiam, inclusive, em caso de abuso, originar um verdadeiro perigo social...”.

<sup>6</sup> Na inseminação artificial heteróloga, já há contribuição genética de dador ou dadores de material genético, estranhos à relação. O contributo será maior ou menor em função da incapacidade do casal.

encontra-se no confronto entre dois direitos fundamentais: direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Esta é uma discussão que extravasa em muito a esfera do direito, e que implica a análise de questões de caráter diverso, tais como éticas, sociais, morais e mesmo técnicas. Ainda que não constituam o objeto deste estudo, a contextualização de tais questões torna-se necessária ao desenvolvimento do tema que nos propomos tratar.

Assim, dedicaremos a primeira parte desta dissertação a uma breve abordagem às técnicas e condições de acesso à reprodução medicamente assistida.

No rol das descobertas bio-tecnológicas inserem-se as tecnologias reprodutivas, que englobam, entre outras, técnicas de reprodução medicamente assistida<sup>7</sup>, de diagnóstico pré-natal e de genética reprodutiva. É neste segmento que o nosso tema se insere, mais especificamente na reprodução assistida heteróloga, que tem origem na doação de gâmetas ou de embrião. O recurso a este tipo de técnicas reprodutivas, está inevitavelmente desassociado da relação sexual, o que pode ter implicações jurídicas significativas, e que nos propomos analisar.

Uma das grandes questões que neste âmbito se coloca é a de saber quais são os critérios de determinação da filiação jurídica oriunda do recurso a este tipo de técnicas de reprodução. Assim, far-se-á naturalmente necessária a distinção entre filiação afetiva e a natural ou civil. A primeira, também denominada filiação “sócio-afetiva”, assume uma importância determinante, mas não exclusiva, na resposta aos problemas colocados por esta forma de reprodução, e, por isso, deve igualmente ser tomada em consideração. Muitas são as perguntas que nesta sede se colocam e muitas mais as respostas que a doutrina lhes dá. A título exemplificativo, podem colocar-se as seguintes questões: O vínculo jurídico existente entre o sujeito gerado com recurso a técnicas de PMA e aqueles que a eles recorrem, é passível de ser integrado na categoria de filiação (natural ou civil)? Ou será que, pelo contrário, se deve entender que este é um caso distinto de filiação, com diferenças suficientes para gerar uma categoria autónoma?

Uma outra questão que nesta sede se coloca é a de saber se o acesso a este tipo de técnicas de reprodução pode ou não ser considerado um direito absoluto à reprodução, baseado no direito fundamental à constituição de família<sup>8</sup>. Os conceitos de fertilidade e

---

<sup>7</sup> Técnicas estas que serão enunciadas e desenvolvidas *infra*, em sede própria.

<sup>8</sup> Encontramos este direito constitucionalmente consagrado nos arts 36.º e 67.º. Este último prevê inclusive que “incumbe (...) ao Estado (...) regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a

infertilidade<sup>9</sup> estão diretamente relacionados com este hipotético direito a ter filhos, ou seja, ao direito de cada sujeito a garantir a sua descendência. O avanço da medicina verificado nas últimas décadas e, mais concretamente, das técnicas de PMA, veio oferecer aos casais inférteis<sup>10</sup> uma alternativa à adoção, que muitas vezes é encarada com certo estigma social. Embora representem indiscutivelmente uma nova esperança na realização de um projeto familiar, estas técnicas provocam ainda acesas discussões aos níveis ético, social e jurídico<sup>11</sup>. A querela ao nível ético é óbvia: desenvolve-se em torno da questão de saber se é eticamente aceitável a manipulação da vida humana futura. O direito confronta-se, por sua vez, com uma necessidade de acompanhamento contínuo destes progressos<sup>12</sup>, com vista a tutelar e salvaguardar os diversos interesses em jogo. Toda a descoberta médico-científica carece de uma reflexão criteriosa. Não é suficiente a possibilidade de uma nova técnica constituir um avanço significativo na descoberta para a cura de uma doença para que ela seja, sem mais, implementada. É necessária uma reflexão madura, que pondere as respetivas vantagens e desvantagens, para que se possa concluir pela aplicação de uma descoberta científica<sup>13</sup>.

---

dignidade da pessoa humana.” (n.º 2, al. e) do art. *supra* citado). Em sede de direito internacional, a proteção da família surge nos mais basilares textos legais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16.º), o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 23.º), o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (art. 10.º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art.ºs 8.º e 12.º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 33.º) e a Carta Social Europeia (art. 16.º).

<sup>9</sup> Infertilidade é, segundo a Organização Mundial de Saúde, a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas.

<sup>10</sup> A infertilidade é, infelizmente, cada vez mais uma realidade na nossa sociedade. Mário Sousa considera que a infertilidade é uma característica inerente aos países industrializados. É uma realidade que os casais tendem a adiar cada vez mais o momento da concepção, na maioria dos casos por motivos profissionais. Por outro lado, e como refere o autor, também os hábitos que caracterizam as sociedades industrializadas não contribuem para a fertilidade dessas populações. Referimo-nos, por exemplo, a hábitos sedentários e ao consumo excessivo de gorduras, tabaco, álcool e drogas. As principais causas de infertilidade decorrem, assim, e nas palavras do autor, de “modelos sócio-económicos impostos pela sociedade industrial” (in Sousa, Mário, *Em defesa da mulher e do casal infértil: proposta de legislação sobre a procriação medicamente assistida*, in “Revista Ciência Hoje”, 2006, disponível em: <http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=2422&op=all> (consultado a 10/1/2015).

<sup>11</sup> A propósito, pode ler-se em Paulo Otero: “Operou-se aqui, em consequência, uma verdadeira revolução no processo histórico da humanidade: o controlo pela ciência do sector da reprodução humana, produzindo uma alteração sobre o carácter natural da vida, isto através do domínio da biologia humana que conduziu a uma discussão entre a reprodução e a sexualidade, traduz um marco apenas comparável à descoberta do fogo pelo homem primitivo ou à invenção da escrita em termos de divisão do tempo histórico.” (in Otero, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 11-12).

<sup>12</sup> OLIVEIRA ASCENÇÃO dizia, a este respeito: “...marchem a par as ciências da natureza e as ciências normativas, para que o progresso se faça ao serviço do homem, e não em seu detrimento.” (in ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Juridica, Lisboa, 1991, p. 9).

<sup>13</sup> “(...) o progresso da ciência e da técnica no âmbito das ciências da vida – designadamente da biologia, da medicina e da genética – corre o risco de comportar a mais profunda revolução que o Direito já sofreu(...)” (in OTERO, PAULO, *Direito da Vida. Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2004, p.18).

Posteriormente, propomo-nos desenvolver, de forma mais detida, o direito ao conhecimento das origens genéticas e questões relacionadas. São muitas as questões que aqui se colocam, sendo que a principal opção os defensores do direito ao conhecimento da verdade biológica por parte do gerado com recurso a técnicas de reprodução medicamente assistida àqueles que negam este direito. Os primeiros defendem inclusive que se trata de um direito implicitamente consagrado na CRP através do rol de princípios fundamentais aí elencados, apenas ainda não expressamente positivado. Os segundos baseiam-se no anonimato do dador de gâmetas, previsto no art. 15.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho (que, doravante, designaremos por Lei 32/2006)<sup>14</sup>.

Esta questão apresenta um evidente paralelo com um outro caso de anonimato previsto na lei portuguesa, a que também não deixaremos de fazer a necessária alusão na segunda parte desta dissertação: aquele que vigora no âmbito do regime da adoção. Trata-se, em nosso ver, de uma questão de necessária coerência legislativa.

Ainda no que diz respeito ao direito ao conhecimento das origens genéticas, procuraremos abordar, nomeadamente, as questões da amplitude do direito. Deverá ser este um direito de conteúdo restrito ao património genético relevante do dador de gâmetas? Ou, pelo contrário, deverá ser este um direito de conteúdo mais alargado, englobando o direito ao conhecimento da identidade desse sujeito? São estas algumas das questões a que a presente dissertação pretende responder.

Num terceiro momento a nossa atenção centrar-se-á no tema do anonimato do dador de gâmetas e problemas conexos. Pretendemos que este seja um percurso especialmente dedicado à lei portuguesa (com especial foco no *supra* citado art. 15.º da Lei 32/2006), sem prejuízo das necessárias referências à legislação internacional. Faremos uma alusão às vantagens e desvantagens a considerar quando se opta por um total anonimato ou um conhecimento pleno. Iremos também procurar apresentar as soluções mais harmonizadoras e sempre que oportuno levantar algumas questões sobre alguns problemas que podem ser suscitados.

Numa fase final, procuraremos então abordar o conflito de interesses que, neste tipo de casos, se pode gerar entre o dador de gâmetas e o novo ser gerado com recurso à procriação medicamente assistida. Como teremos oportunidade de desenvolver *infra*, trata-

---

<sup>14</sup> Não há dúvidas de que, a admitir-se a consagração implícita do direito ao conhecimento das origens genéticas na CRP, existe uma evidente contradição entre a nossa lei fundamental e este artigo da Lei 32/2006.

se essencialmente de um caso de conflito entre o direito à reserva da intimidade da vida privada do primeiro e o direito ao conhecimento das origens genéticas do segundo. Neste particular, a principal questão que se coloca é a seguinte: Será admissível, no confronto de direitos entre dador e gerado, a absoluta prevalência da intimidade da vida privada e familiar?

São estes, de forma muito resumida, os quatro tópicos que consideramos essenciais ao desenvolvimento deste tema e à perfeita compreensão do mesmo. Em síntese, procuraremos tratar questões que, pese embora a legislação específica nesta matéria date de 2006, não têm ainda uma resposta clara ou satisfatória quando integradas no ordenamento jurídico português. A título exemplificativo, não se compreende que se afirme um direito constitucional à historicidade pessoal e simultaneamente se vede expressamente, na Lei 32/2006, o conhecimento das origens genéticas ao ser gerado com recurso a técnicas de reprodução medicamente assistida. Não nos parece à partida coerente que uma criança adotada tenha direito a conhecer as suas origens biológicas<sup>15</sup> e uma criança gerada com recurso a técnicas de PMA não. Enunciando os principais pontos de vista subjacentes a cada uma destas questões procuraremos, sempre que possível, tomar posição. Pretendemos, assim, dar o nosso contributo para a discussão de um tema que divide, ainda hoje, os ordenamentos jurídicos internacionais.

---

<sup>15</sup> Verificadas determinadas condições que referiremos *infra*.

## **II – Reprodução Medicamente Assistida**

### **II.1 – Condições de acesso a técnicas de PMA**

Os problemas colocados com a reprodução medicamente assistida dão o mote ao trabalho que agora se apresenta. Ainda assim, para que se possa prosseguir com um tratamento mais detalhado sobre o tema a que nos propomos, importa conhecer as condicionantes de acesso a estes tratamentos. Deste modo vamos, neste capítulo, enunciar quem, como e em que condições se pode recorrer aos métodos de reprodução assistida. VERA RAPOSO E ANDRÉ PEREIRA fazem uma pertinente divisão entre condições objetivas e condições subjetivas de acesso às técnicas de PMA<sup>16</sup>. Por uma questão sistemática começaremos pelas condições objetivas.

#### **II.1.1 - Subsidiariedade da PMA**

A Lei 32/2006 de estabelece algumas condicionantes à procriação assistida. O n.º1 do artigo 4º da citada lei, contempla a subsidiariedade de tais técnicas como um imperativo para a prossecução dos objetivos pretendidos, e afasta-se desde logo, a possibilidade de a PMA constituir um complemento à reprodução natural<sup>17</sup>.

O legislador seguiu a tendência europeia de reservar as técnicas de PMA apenas aos casais inférteis. Todavia, consagra-se uma noção ampla de subsidiariedade, uma vez que no n.º2 do art. 4.º parece permitir o acesso às técnicas não só aos inférteis mas também àqueles que recebem a transmissão de uma qualquer doença “grave” e/ou genética. O legislador termina mesmo o artigo com um conceito indeterminado.

---

<sup>16</sup> Raposo, Vera Lúcia; Pereira, André Dias; “Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº32/2006, de 26 de Julho) in *Lex Medicinæ*; Ano 3 n.º6; Coimbra; Coimbra Editora, 2006, p. 92

<sup>17</sup> Este entendimento tem sofrido as primeiras críticas, veja-se neste contexto o Projeto de Lei n.º 752/XII, apresentado a 15 de Janeiro de 2015 pelo grupo parlamentar do PS, exigindo a reponderação desta subsidiariedade, sugerindo a complementaridade das técnicas de PMA (projeto disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38948> (consultado dia 26/1/2015). A adoção deste critério faria com que deixasse de ser necessário o diagnóstico de infertilidade, mas poderia colocar questões de igualdade entre casais homossexuais, tendo posteriormente de se aceitar outro tema controverso das barrigas de aluguer.

Esta amplitude de formulação chegou mesmo a gerar controvérsia, criticando-se a grande abertura legislativa, argumentando que poderia estar aqui aberta a porta à seleção de embriões e a manipulações genéticas diversas em função das vontades particulares dos beneficiários. Argumentavam os críticos que estava, com esta formulação, disponível uma escolha selecionada das características do novo ser, o que ofendia claramente o princípio da dignidade humana e por conseguinte um princípio de não instrumentalização do ser humano<sup>18</sup>. De igual modo, poderia estar em causa um outro princípio, o da precaução, por uma excessiva manipulação genética que poderia conduzir a resultados impróprios, levantando problemas do ponto de vista ético.

Neste sentido, o Tribunal Constitucional vem apreciar, no acórdão 101/2009 de 1 de Abril, também esta questão. Este tribunal reconheceu que o legislador consagrou uma subsidiariedade em sentido amplo, “permitindo que o recurso às técnicas de PMA possa ter lugar, fora das situações de infertilidade, quando tal seja necessário para tratamento de doença grave ou eliminação do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”. Estando em discussão a mera possibilidade de transmissão de doenças “mesmo no quadro de uma interpretação literal do preceito, que o n.º 2 do art. 4.º tenha implicada qualquer possibilidade de escolha de sexo de um descendente ou de escolha de quaisquer outras características do nascituro que não tenham a ver, à partida, com a prevenção de doença”. É preciso, no entendimento do Tribunal, que no processo interpretativo se olhe não só ao teor literal do preceito, mas também ao seu enquadramento sistemático na Lei o que permitiria facilmente tirar uma conclusão semelhante. A Lei estabelece desta forma e com grande precisão, os desvios admissíveis aos beneficiários não inférteis,<sup>19</sup> negando qualquer manipulação inaceitável do ponto de vista ético-jurídico. Conclui o Tribunal “As *outras doenças* a que essa norma se refere, no seu segmento final, são aquelas relativamente às quais se venha a verificar futuramente ser possível prevenir o risco de transmissão por meio de uma técnica de PMA, quando se trate de doença grave

---

<sup>18</sup> Uma amplitude assim configurada “seria meio caminho para o florescimento de um negócio de produção e comercialização de embriões e de recém-nascidos, contrariando radicalmente o valor primeiro da lei fundamental – a defesa da dignidade humana” in Oliveira, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.42

<sup>19</sup> Cfr. Art. 7.º n.º2 e 3e art. 29.º

(ainda que não seja doença genética ou infecciosa) e não seja possível o mesmo resultado por um outro método de prática clínica”<sup>20</sup>.

A subsidiariedade pode, no entanto, ser observada sobre outros prismas. Referimo-nos à questão colocada por GUILHERME DE OLIVEIRA: Será admissível uma subsidiariedade das técnicas de PMA em relação ao estatuto da adoção? Para alcançar uma resposta mais precisa, importa distinguir dois cenários distintos: aquele em que o factor de infertilidade não está em nenhum defeito dos gâmetas e aquele em que o factor se trata efetivamente de uma incapacidade de fertilização. No primeiro cenário estaremos a falar dos casos em que uma PMA homóloga é possível, tirando proveito do material genético de ambos. Aqui a assistência artificial apenas se dá no auxílio à fecundação. Guilherme de Oliveira não crê que, neste caso, o casal se disponha à adoção porque para “além de efectivamente pretendido, é biologicamente de ambos os indivíduos”<sup>21</sup>. Na segunda situação, nos casos potencialmente aplicáveis de PMA heteróloga, a resposta é mais complicada. Em Itália, o projeto designado “*Santosuosso*”, datado de meados da década de 80 do século XX, chegou a preferir esta solução, ou seja, antes da “intromissão” de um estranho ao processo procriativo, os pretendentes teriam de aguardar por um processo burocrático que aferisse a sua compatibilidade ou falta dela para adotar. O argumento mobilizado pelos defensores deste método centrava-se na preferência de se favorecer uma criança já existente sem família e detrimento da criação artificial de uma nova vida. As críticas a esta solução são fáceis de vislumbrar, uma delas, como refere GUILHERME DE OLIVEIRA, é “generalizada a ideia de que, no seio de um casal, mais vale ter um filho que pertence biologicamente a um dos seus membros do que ter um filho adoptivo”<sup>22</sup>. Não faz sentido, nem do ponto de vista dos pais, a imposição de um filho não desejado, e muito menos do ponto de vista da criança, integrar uma família onde ela não é desejada totalmente. Este modelo, só beneficiaria única e exclusivamente, a redução das estatísticas de crianças por adotar, não considerando nenhum dos interesses envolvidos. Tudo isto não invalida, no entanto, que os beneficiários sejam também informados das implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos, bem como das condições em que poderiam recorrer à adoção e da relevância social da mesma, ainda que esta não possa ser imposta.

---

<sup>20</sup> Acórdão disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao\\_AcordaoTC\\_101\\_2009.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf) (consultado a 12/1/2015).

<sup>21</sup> Oliveira, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.51

<sup>22</sup> Oliveira, Guilherme de, *Temas de Direito...*, ob. cit., p.53

Um outro afloramento do princípio da subsidiariedade, trata-se da preferência legislativa por PMA's homólogas face a PMA's heterólogas. Essa preferência é notória nos vários preceitos da Lei 32/2006, nomeadamente no art. 10.º, só é permitida a utilização de material genético de terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se uma fecundação através de qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários. O mesmo espírito é previsto no n.º1 do art. 19.º; art. 27.º e 47.º.

### **II.1.2 - Diagnóstico de infertilidade**

Este requisito está relacionado com o anteriormente analisado (o carácter subsidiário da PMA). Só com a confirmação médica de uma verdadeira infertilidade<sup>23</sup> é que se pode considerar as técnicas de PMA como meio alternativo de concretização do projeto familiar. A resolução do parlamento europeu sobre este ponto diz-nos que “a fecundação artificial *in vivo* e *in vitro* deverá visar uma finalidade terapêutica (superar a questão da esterilidade) e só deverá ser utilizada mediante indicação médica”<sup>24</sup>.

Vistas as condições objetivas, passaremos agora a enunciar as condições subjetivas de acesso às técnicas de PMA.

### **II.1.3 - Idade superior a 18 anos e ausência de incapacidades.**

O artigo 6.º número 2 da Lei 32/2006 estabelece uma idade mínima de 18 anos e plena capacidade de exercício<sup>25</sup> como requisitos para o acesso às técnicas de PMA. O limite mínimo de idade exigido presume uma maturidade física e psíquica a quem pretende beneficiar das técnicas de PMA. Este requisito parece não ser alvo de crítica, uma vez que se coaduna com o ordenamento jurídico português que faz depender a maioridade civil a

---

<sup>23</sup> Recuperamos a noção de infertilidade, enunciada *supra* na nota de rodapé 9, como a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas.

<sup>24</sup> Cfr. Ponto 9 da Resolução sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro* do Parlamento Europeu

<sup>25</sup> “A Capacidade de exercício ou capacidade de agir é a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é um representante escolhido pelo próprio representado” in Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 195

validade de muitos atos jurídicos. Assim, a Lei exige que o consentimento<sup>26</sup> prestado por ambos os beneficiários seja livre, esclarecido e suficientemente responsável acautelando desta forma os interesses e a dignidade do nascituro resultante da aplicação das técnicas de PMA. Todavia, a Lei portuguesa é silente quanto ao limite máximo de acesso a técnicas de PMA<sup>2728</sup>. Ainda assim, não se trata para muitos de uma verdadeira omissão legislativa uma vez que, em várias disposições, a Lei 32/2006 impede que se desrespeite a dignidade humana<sup>29</sup>, e a aplicação da mesma depende do cumprimento de uma subsidiariedade<sup>30</sup>. Está pressuposto, então, um diagnóstico de infertilidade, ou seja, pelo menos em abstracto a mulher deve estar numa idade potencialmente fértil, como se o factor inibitório de natureza médica que afecta o casal não existisse. Conferida esta tutela, aquando do pedido de inconstitucionalidade por omissão do art. 6.º n.º2 da Lei 32/2006, o Tribunal Constitucional julgou constitucional<sup>31</sup> o silêncio legislativo no que concerne ao limite máximo, visto estarem tuteados os interesses dos envolvidos<sup>32</sup>, nos pressupostos *supra* referidos. Assim, “o ordenamento jurídico português, embora não tenha optado por uma formulação verbal e expressa no sentido da fixação de um limite etário para os beneficiários da técnica de PMA, [a Lei obsta] a que as técnicas de procriação medicamente assistida possam ser utilizadas em circunstâncias contrárias à ordem natural das coisas”<sup>3334</sup>.

---

<sup>26</sup> João Loureiro afirma que o “consentimento informado é hoje um princípio estruturante [de todo o] direito da medicina”, daí que a Lei da PMA exija “que [os beneficiários] sejam previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas”; Cfr. Loureiro, João, *Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in “Lex Medicinæ”, Coimbra; Coimbra Editora, 2007, p.29

<sup>27</sup> Outros ordenamentos a nível Europeu estabelecem um limite máximo de idade para o acesso às técnicas de PMA. Veja-se o ordenamento jurídico Austríaco (40 anos); Luxemburguês (40 anos); Belga (42 anos); Esloveno (43 anos); Dinamarquês (45 anos)

<sup>28</sup> Algumas vozes reclamavam a fixação de uma idade máxima, tal como acontece para o instituto da adoção. A justificação encontrava-se fundada, nomeadamente, na restrição de utilização de técnicas de PMA dever ser dirigida para a protecção da família, no que concerne à salvaguarda da dignidade humana; no direito ao desenvolvimento da personalidade; no direito à saúde; no direito à protecção da maternidade; e no direito da criança à protecção, previstos nos arts. 67.º, n.º1, al. e), 25.º, 26.º, 64.º, 68.º e 69.º da CRP respetivamente.

<sup>29</sup> Cfr. Art. 3.º da Lei 32/2006

<sup>30</sup> Requisito analisado *supra*

<sup>31</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março de 2009, in *Diário da República*, n.º64, Série II, p.12458

<sup>32</sup> O Tribunal reconheceu que admitir o recurso a técnicas de PMA a mulheres em idade avançada comporta sérios riscos tanto para a futura mãe como para a criança que venha a nascer, mas estabelecido um condicionalismo adequado “o regime legal, não obstante a ausência de indicação de um limite máximo de idade para sujeição às técnicas de PMA não ofende qualquer dos valores constitucionalmente tutelados”.

<sup>33</sup> Excerto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, p. 12458

## II.1.4 - Beneficiários casados ou em relação análoga à dos cônjuges

O legislador português vedou o acesso às técnicas de PMA a pessoas que se apresentem às mesmas individualmente. Diz-se no n.º1 do art. 6.º da Lei 32/2006 “Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente (...), sendo de sexo diferente, (...) vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA”. Esta opção é contrária à estabelecida para o instituto da adoção, onde se permite a adoção singular e sem qualquer referência à orientação sexual do beneficiário. Esta é uma opção que prefere a solução Francesa<sup>35</sup>, e não a solução Espanhola,<sup>36</sup> que permite o acesso às técnicas de PMA a pessoas que se apresentem individualmente. O nosso ordenamento jurídico, pretende evitar deste modo que o indivíduo gerado com recurso a técnicas de PMA, seja privado logo à nascença de um meio familiar, normal e preferível, para a sua inserção social bem como, para a sua educação. Esta posição legislativa pode potenciar, como veremos *infra*, algumas “PMA’s caseiras” ou clandestinas por casais homossexuais.

Como bem nota MARTA COSTA, a comparação entre PMA e Adoção apenas pode ser feita em termos muito restritos, “dado que a adopção não é tanto um instituto concebido para encontrar um filho para uma família, mas sobretudo para dar uma família ao adoptando, de acordo com o seu superior interesse, permanecerá como uma solução para um problema verdadeiramente existente, pois a criança já vive, reclamando o amor de uma família. Diversamente, em caso de recurso a técnicas de PMA, a criança ainda não foi concebida, pelo que o legislador se encontra em posição de determinar o ideal âmbito de aplicação”<sup>37</sup>.

Exige-se por isso, que haja um planeamento familiar responsável e adequado ao novo ser que será gerado. Para este efeito, muito contribui uma relação afetiva entre os progenitores saudável e estável, aceitando-se dois anos como um tempo mínimo razoável.

---

<sup>34</sup> Também João Loureiro afirma que não admitir um limite máximo “trata-se de um inaceitável autonomismo, de afirmação do desejo sem ter em conta os interesses da criança que se vê confrontada com uma mãe com idade de avó.” In LOUREIRO, JOÃO, *Filho(s) de um gâmeta...*, p.41

<sup>35</sup> Cfr. Art. 152.º, n.º2 do *Code de la Santé Publique*.

<sup>36</sup> Cfr. Art. 6.º da Lei n.º14/2006, de 26 de Maio, “La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

<sup>37</sup> Costa, Marta, e Silva, Paula Martinho, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011, p.32 apud Carlo Casini/Maria Luisa di Pietro/Marina Casini, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Il Diritto di Famiglia e della Persona*, n.º2, 2004, p.519.

João Loureiro designa este requisito como “Princípio da Familiaridade”<sup>38</sup>. Este exclui a possibilidade da chamada “Produção Independente”<sup>39</sup>, isto é, afirma-se uma Proibição da Monoparentalidade – O legislador quis tutelar, claramente o superior interesse da criança no que concerne à busca de uma relação familiar normal e não estigmatizante. A Lei exige, assim, *a contrario* que haja uma biparentalidade havendo assim referências femininas e masculinas para o novo ser<sup>40</sup>.

### II.1.5 - Exclusão de casais homossexuais

O acesso a técnicas de PMA por casais homossexuais apenas seria possível, hipoteticamente, com recurso a uma PMA heteróloga<sup>41</sup>, uma vez que o casal apenas é capaz de fornecer um dos gametas necessários à fecundação<sup>42</sup>. Contudo, o artigo 6º número 1 da Lei 32/2006 afasta expressamente essa possibilidade. Segundo João Loureiro não se trata de uma “(...) qualquer discriminação em função da orientação sexual, [nem de] nenhuma violação do princípio da igualdade. (...) existe um fundamento material de diferenciação que não permite tratar da mesma forma casais heterossexuais e pares homossexuais: apenas os primeiros estão aptos a assegurar a nota da biparentalidade diferenciadora<sup>43</sup>, elemento que deve integrar o processo de socialização. As imagens do masculino e do feminino são elementos importantes no processo de construção da identidade pessoal.”<sup>44</sup> O mesmo autor, articulando também com o requisito anteriormente enunciado, acrescenta que “pode crescer-se órfão ou como um órfão, mas não se deve

---

<sup>38</sup> LOUREIRO, JOÃO, in *Filho(s) de um gameta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, “Lex Medicinæ”, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.33

<sup>39</sup> Veja-se a este respeito Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, p.165-166

<sup>40</sup> João Loureiro acrescenta a propósito que “As situações de defectividade de um dos pais na vida real – a experiência trágica de pessoas que crescem apenas com um dos progenitores ou mesmo nenhum – não podem legitimar soluções jurídicas que apontam para uma monoparentalidade projectada”; op. Cit.; p.34

<sup>41</sup> A PMA poderia eventualmente ser homóloga se se considerar admissível a obtenção de “gametas sintéticos” ou seja, produzindo gametas artificialmente e havendo por conseguinte, contribuição genética dos dois elementos do casal. Esta questão enferma das críticas éticas, jurídicas e científicas da clonagem reprodutiva.

<sup>42</sup> Tratando-se de um casal homossexual “masculino”, as dificuldades aumentam já que, para além da falta do gameta feminino não possuem forma de concluir a gestação com sucesso, a menos que se considere igualmente possível o tema controverso da admissibilidade das “barrigas de aluguer”, tema esse que não ocupa o âmbito desta dissertação.

<sup>43</sup> Também o CNECV alinha com esta posição no Parecer 3/CNE/93, sobre as vantagens da educação e socialização numa estrutura familiar biparental. Dados estatísticos demonstram a evolução da estrutura familiar nos EUA, ao longo dos últimos trinta anos, dizem ser preferível, nas mais variadas áreas, uma estrutura com referências masculinas e femininas.

<sup>44</sup> Loureiro, João; ob. Cit; pp.35-36

admitir que o direito autorize a criação, por via da procriação medicamente assistida, de órfãos *ab initio* (...) sem fazermos qualquer juízo de desvalorização do empenhamento de muitos homossexuais enquanto pais, objectivamente não se verifica o estímulo da diversidade sexual”<sup>45</sup>. Por tudo isto considera o autor, não haver uma discriminação em função da orientação sexual dos candidatos às técnicas, mas uma tutela do interesse do gerado na formação plena da sua personalidade e, por conseguinte, uma ausência de violação do Princípio da igualdade. MARTA COSTA diz a respeito que com a alteração ao art. 1577.º do CC operada pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que altera a noção de casamento, “atendendo apenas ao elemento literal, agora podem recorrer a estas técnicas os cônjuges , hetero e homossexuais”<sup>46</sup>. O CNPMA já emitiu uma declaração, a propósito desta alteração legislativa, em que considera continuar a estar vedado o acesso às técnicas de PMA por pessoas do mesmo sexo casadas entre si<sup>47</sup>.

### **II.1.6 - Centros Médicos Autorizados**

A última exigência que a Lei 32/2006 faz depender para a conformidade legal da PMA é a sua verificação em centros autorizados para o efeito, com profissionais qualificados. Assim nos refere o art. 5.º da citada Lei.

O escopo do legislador nesta norma é claro: proteger a integridade física dos intervenientes bem como assegurar todas as condições de segurança clínica em todo o processo reprodutivo artificial. Não obstante, a imposição legislativa pretende, no nosso entender, ter um efeito mais alargado, controlando eventuais abusos que possam ser cometidos, se houvesse uma total liberdade de conseguir o êxito de uma qualquer técnica de PMA. O legislador entendeu que estes centros, deviam responder e seguir recomendações do Ministério da Saúde que habilita e regula a PMA em Portugal, estabelecendo os exatos parâmetros que estes centros devem seguir.

Uma outra questão que importa destacar neste âmbito são as chamadas “inseminações caseiras”, ou seja, à margem de todos os condicionalismos que a Lei reguladora estabeleceu para o acesso às técnicas de PMA. Se a um casal homossexual

---

<sup>45</sup> Loureiro, João; ob. Cit; p.36

<sup>46</sup> Costa, Marta, e Silva, Paula Martinho, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011, p.26

<sup>47</sup> Declaração disponível em: [http://www.cnpma.org.pt/Docs/Declaracao\\_AcessoPMA.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Declaracao_AcessoPMA.pdf) (consultado em 12 de Janeiro de 2015).

masculino tal possibilidade se mostra mais remota, remetendo por exemplo para a temática da maternidade de substituição, a um casal homossexual feminino a possibilidade é mais recorrente. A Lei 32/2006, previu tal fuga e pune, no art. 34.º, até 3 anos de prisão quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados.

Em consequência desta conduta, podem surgir problemas de difícil resolução jurídica. Imagine-se, por exemplo, um conflito negativo de paternidade. Por hipótese, um casal lésbico consegue inseminar-se, de forma clandestina, sem sequer saber a proveniência do material genético masculino que conseguiu obter. O sujeito gerado desta forma, poderá nunca ou dificilmente conhecer a sua proveniência. É uma situação que o nosso legislador quis evitar com a consagração de todos os requisitos *supra* enunciados, daí que “a possível ocorrência de conflitos negativos de paternidade apenas pode derivar de situações de anormalidade, de nenhum modo podendo atribui-se ao legislador a intencionalidade de instituir um regime de monoparentalidade”<sup>48</sup>.

O legislador foi taxativo na fixação de todos os requisitos e princípios a observar aquando da proposição às técnicas de PMA, importando a violação de qualquer um dos requisitos *supra* mencionados, as sanções previstas no cap. VII artigo 34.º e ss. da Lei 32/2006. Prevê-se uma responsabilidade criminal para os delitos mais graves, e uma responsabilidade contra-ordenacional para os ilícitos que merecem um menor juízo de censura.

## **II.2 – Direito à Procriação: Direito a Reprodução Assistida?**

O desejo de ter um filho é comum num projeto de familiar de um casal<sup>49</sup>. No entanto, não se pode falar de liberdade de procriação exercida de forma “selvagem”, mas de uma liberdade que deve ser exercida com responsabilidade<sup>50</sup>, em que as famílias devem proporcionar um nível de vida digno ao seu descendente<sup>51</sup>. Ultrapassada esta barreira sócio-económica, nem todos os casais atingem com sucesso o desejo pretendido. Falamos

---

<sup>48</sup> Excerto do Acórdão 101/2009 do Tribunal Constitucional, p.12464

<sup>49</sup> Partimos do pressuposto que a vontade de ter em um filho é recíproca das partes envolvidos com um projeto parental comum.

<sup>50</sup> Cfr. Araújo, Fernando, *Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina 1999, pp. 19-21 – sobre a responsabilização dos progenitores quanto à procriação irresponsável.

<sup>51</sup> A designada paternidade responsável.

naturalmente dos casos de infertilidade. Posto isto, urge questionar se há ou não um direito à procriação, em especial nos casos de PMA.

Segundo MORI<sup>52</sup>, na sociedade atual ocidental parece existir uma total liberdade de procriação natural. Contudo, no que concerne à procriação medicamente assistida, emerge uma reflexão sobre a liberdade de procriação e os seus limites.

O direito a procriar, segundo este autor, comporta duas dimensões distintas, nomeadamente um direito positivo, enquanto liberdade para procriar,<sup>53</sup> que permite ao casal ter filhos quando decide tê-los, e um direito negativo, a livre escolha do indivíduo de não procriar.

Centrando a questão nos casais que anseiam por um projeto familiar e veem esse mesmo projeto frustrado ao longo de inúmeras tentativas, importa saber se deve ou não haver uma discriminação relativamente a estes sujeitos.

Por seu turno, DIOGO LEITE DE CAMPOS entende que “O direito a procriar se trata de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, (...) que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias”<sup>54</sup> não discriminando ninguém em virtude de uma disfunção reprodutora. Também TIAGO DUARTE tem este entendimento, considerando que “a fertilidade é (...) vista pela humanidade como valor máximo, sendo que, a falência do processo reprodutivo (infertilidade/esterilidade) põe em causa o projecto existencial e de auto-realização do casal (maternidade/paternidade) com a consequente frustração pessoal e social”<sup>56</sup>

Na senda do que vimos afirmando, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA consideram “problemático (...) saber até que ponto é que o direito a ter filhos envolve um direito à inseminação artificial”. Os mesmos autores afirmam, no entanto, que o direito à

---

<sup>52</sup> Cfr. Mori, Maurizio,; “Fecundação Assistida e Liberdade de Procriação” in Revista Bioética, vol. 9, nº 2, 2001, p.57 disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/245/245](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/245/245) consultado a 19/12/2014.

<sup>53</sup> Mori, define a procriação como “aquele processo através do qual se dá a transmissão da vida de uma geração à outra”, prossegue dizendo “nesse sentido, a procriação compreende tudo aquilo que se refere ao nascimento e ao crescimento de uma nova pessoa até que alcance a maturidade biológica, ou seja a capacidade de transmitir, por sua vez, a vida a novos indivíduos.”. Mori, Maurizio, *ob. Cit.*

<sup>54</sup> Cfr. Campos, Diogo Leite: A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito, ROA, vol. III, ano 66, 2006, p.1030

<sup>55</sup> Também assim, Guilherme de Oliveira afirma que “(...) o ‘Direito ao Filho’ pode ser entendido como um direito fundamental de todos os cidadãos, sob a forma de uma liberdade constitucional, impondo ao Estado o dever de se abster e a obrigação de assegurar as condições mínimas de exercício; não poderá falar-se, por enquanto, num direito fundamental a prestações, num direito social à procriação assistida”. Oliveira, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.39

<sup>56</sup> Duarte, Tiago; *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, p.70

constituição de família, implica não só um direito de estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos. O direito a ter filhos, não sendo essencial ao conceito de família, é um conceito que lhe é inerente<sup>57</sup>.

Na mesma linha de entendimento GUILHERME DE OLIVEIRA concretiza a mesma linha de raciocínio, afirmando que não tem sentido “interpretar a expressão ‘Direito ao Filho’ de modo a sugerir que os indivíduos têm a pretensão juridicamente tutelada de obter um resultado idóneo – um filho – quer se trate da concepção natural quer da procriação assistida (...). Igualmente, não tem sentido afirmar que existe um ‘Direito ao Filho’, na titularidade do casal (ou do indivíduo) contra a sociedade ou Estado. A sociedade não está vinculada a entregar um filho ao casal infértil (...). A expressão referida só pode ter algum sentido quando, para usar a linguagem civilista, quiser significar uma pretensão ‘de meios’ em vez de uma pretensão ‘de resultados’(...)”<sup>58</sup>.

Podemos então afirmar que o direito a recorrer às técnicas de PMA é uma das vertentes do direito constitucionalmente consagrado a constituir família, não obstante, concordamos com GUILHERME DE OLIVEIRA no sentido que não existe um verdadeiro direito social à procriação assistida.

Uma última nota a este propósito dá-se em relação à limitação de um direito fundamental. É importante sublinhar, que embora o direito a constituir família seja um direito fundamental devidamente consagrado, este não é um direito absoluto, tal como qualquer direito fundamental, pode estar sujeito a limitações, conforme previsto no número 2 e 3 do artigo 18.º da CRP. Não obstante, essas limitações terão de ser devidamente justificadas e restringir-se “ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>59</sup> de igual dignidade, tendo de “revestir carácter geral e abstrato (...) nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup>Gomes Canotilho, J.J., Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol.I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 567

<sup>58</sup>Oliveira, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 32-33

<sup>59</sup> Excerto do número 2 do artigo 18.º da CRP

<sup>60</sup> Excerto do número 3 do artigo 18.º da CRP

### II.3 – Reprodução Assistida e a Filiação

A reprodução assistida contém algumas particularidades que importam analisar. Em particular no que concerne ao instituto da filiação. Merece a nossa especial atenção o problema colocado com o estabelecimento da relações jurídicas, quando uma técnica de PMA envolva gâmetas de um terceiro estranho à relação parental.

O nosso ordenamento jurídico sempre privilegiou um critério correspondente com a verdade biológica. Contudo, esse critério não é, nos dias de hoje, suficiente, dada a evolução tecnológica das técnicas reprodutivas.

A Filiação é regulada nos artigos 1796.º e ss. do CC. Quanto à mãe, o art. 1796.º n.º1 estabelece “a filiação resulta do facto do nascimento”<sup>61</sup>, ou seja, entre a mãe biológica e a mãe jurídica há uma correspondência. Quanto ao pai, “presume-se em relação ao marido da mãe”,<sup>62</sup> e se os pais não forem casados o estabelecimento da relação jurídica dá-se por perfilhação<sup>63</sup>. Assim pode afirmar-se que, ao nosso legislador, assiste *prima facie* um critério biologista que importa “fazer coincidir o estado jurídico com os vínculos naturais”<sup>64</sup>. Não obstante, se os vínculos estabelecidos não corresponderem à verdade, o legislador concede meios de impugnação da maternidade e/ou paternidade<sup>65</sup>.

Posto isto, veremos que o instituto da Filiação assume feições especiais quanto à PMA. Na PMA homóloga, o critério do biologismo continua a ser apto, uma vez que o material genético pertence a ambos os progenitores. Na PMA heteróloga, o mesmo critério já não é apto à verdade biológica, pois um ou ambos os gâmetas podem ser fornecidos por terceiros estranhos à relação familiar. Com efeito, o critério neste caso, terá naturalmente de ser diverso, já que o dador nunca pode ser havido como pai - assim o art. 20.º da Lei 32/2006 - sendo antes tido como pai, quem prestou o consentimento para a inseminação nos termos do art. 14.º da mesma Lei<sup>66</sup>. Este artigo prevê um necessário desvio ao critério estabelecido no CC por uma questão de elementar justiça<sup>67</sup>, não cabendo, por conseguinte,

---

<sup>61</sup> Embora nos pareça incontornável este critério, alguns ordenamentos jurídicos próximos do nosso concedem a possibilidade à mãe biológica excluir a maternidade jurídica. Esta possibilidade é admitida no ordenamento jurídico Francês, Italiano e Luxemburguês, é designada de “parto anónimo”.

<sup>62</sup> Excerto do n.º 2 do art. 1796.º do CC

<sup>63</sup> Regulado no art. 1849.º e ss. do CC

<sup>64</sup> Oliveira, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Almedina, 6ª reimpressão, Coimbra, 2001, pp.8-9

<sup>65</sup> Cfr. arts. 1807.º e 1823.º do CC, respetivamente.

<sup>66</sup> Também neste sentido o n.º 3 do art. 1839.º do CC

<sup>67</sup> Aquando da doação de esperma, óvulo ou embrião, o dador não vislumbra o estabelecimento de qualquer responsabilidade, o móbil da doação é um espírito altruístico para com o casal infértil, e só assim faz sentido ser.

qualquer poder ou dever do dador<sup>68</sup> em relação ao novo ser. A verdade biológica, embora seja um critério preferencial deve comportar as exceções, tais como a criança ter sido gerada através de uma PMA heteróloga.

RAFAEL VALE E REIS diz-nos “o consentimento que os beneficiários, nos termos do artigo 14.º devem prestar (necessariamente livre, esclarecido, expresso por escrito perante o médico responsável, e livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos) para as intervenções no âmbito da PMA não assume singelas vestes de um estrito consentimento para acto médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultra-constitutivos, com reflexos importantes e directos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais”<sup>69</sup>. O vínculo assumido, impede mesmo, a quem prestou o consentimento, de invocar a falta de laços biológicos para se descartar de quaisquer responsabilidades<sup>70</sup>. Também TIAGO DUARTE afirma que “o consentimento é imprescindível para a formação desta nova forma de filiação”, prossegue e acrescenta, “o consentimento prestado pelo marido da mãe representa a «pedra toque» para o estabelecimento desta nova forma de filiação. Impugnar a paternidade estabelecida devido a uma inseminação artificial heteróloga consentida, mais do que voltar com a palavra atrás era «voltar com a paternidade atrás», ora essa é uma situação que a lei não pode tolerar”<sup>71</sup>.

Tendo presente os desvios que o regime da filiação comporta, o ordenamento jurídico português faz “um corte com a família biológica atribuindo a paternidade a quem não participou na procriação”<sup>72</sup>. Também Antunes Varela refere a especificidade da PMA heteróloga, com dádiva de gâmetas masculinos por terceiro, podendo ser dada à criança “a paternidade do marido da mãe, apesar de se saber, mediante prova cientificamente credenciada, que não foi este que a gerou”<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Não podendo os dadores ser havidos como progenitores (art.10.º n.º2 da Lei 32/2006) há uma exclusão das responsabilidades parentais. Também neste sentido, Rafael Vale e Reis “Uma vez prestado esse consentimento, gera-se *ope legis* um escudo excludente de responsabilidade do dador perante as obrigações que o ordenamento jurídico reserva, em princípio, aos progenitores biológicos”. Reis, Rafael Vale e; “Direito ao Conhecimento...”, ob. Cit, p. 446

<sup>69</sup> Reis, Rafael Vale e, *Direito ao Conhecimento...*, ob. Cit, pp. 444-445

<sup>70</sup> Este critério vale, como bem se compreenderá, indiferentemente para os casos de consentimento prestado para implementação de sémen, óvulo ou embrião de terceiro(s).

<sup>71</sup> Duarte, Tiago, *In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 59-61

<sup>72</sup> Como bem observa Oliveira Ascensão in *Direito e Bioética*, ROA, Ano 51, 1991, p.453

<sup>73</sup> Varela, J.M. Antunes, *A Inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, n. 3843, 1994; p.359

O consentimento, ou rigorosamente, a falta dele, pode gerar alguns problemas no âmbito da PMA. Se, por hipótese, o consentimento não tiver sido adequadamente prestado ou até se a pessoa que o consentiu, não tinha capacidade para o fazer, como deve ser esta questão resolvida? TIAGO DUARTE diz-nos que faltando o “consentimento para a inseminação artificial [deve existir] a possibilidade ulterior deste impugnar a paternidade que lhe é imputada, provando não ser ele o pai biológico”<sup>74</sup>. Desviamos-nos um pouco do autor citado neste momento, entendemos que a prova que deve ser feita não é a falta de ligação biológica com a criança, essa prova será fácil de obter consultando apenas os registos do processo de inseminação artificial. Em nosso entender, o lesado deve sim, provar a sua falta de consentimento e/ou o seu consentimento defeituoso. Se for provada essa falta de consentimento, “[deve manter-se] a verdade biológica como o critério do estabelecimento da paternidade” diz CARLA OLIVEIRA<sup>75</sup>. Tendemos também a questionar esta posição, uma vez que nos parece dúbia a possibilidade de intentar uma ação de investigação de paternidade contra o dador de gâmetas. Curiosamente, CARLA OLIVEIRA vem mais à frente afirmar “na procriação assistida heteróloga, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternais a alguém que é, apenas, dador de material genético.”<sup>76</sup> Aqui sim, a autora assume uma posição que nos parece mais adequada ao espírito da Lei.

O estabelecimento da filiação na PMA heteróloga assume uma forma *sui generis* destacando-se a verdade afectiva em detrimento da verdade biológica. Assim sendo, entendemos que uma possível resposta ao vício no consentimento terá de ser suprido por quem beneficiou da PMA heteróloga, ou seja, ainda que o consentimento prestado *ab initio* tenha sido insuficiente, será jurídica e afectivamente, pai ou mãe, quem ocupar esse lugar em relação à criança.

---

<sup>74</sup> DUARTE, TIAGO; ob. Cit; p.62 e ss

<sup>75</sup> Oliveira, Carla; “Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas”; Coimbra; Coimbra Editora; 2010; p.83

<sup>76</sup> Oliveira, Carla; ob. Cit; p.84

### **III – O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**

Iniciamos agora um novo capítulo que tem por objeto o direito ao conhecimento das origens genéticas. Este direito pode ser perspectivado por vários prismas, sobretudo porque se trata de um direito que não está expressamente consagrado no nosso ordenamento jurídico, tal como sucede com a generalidade dos ordenamentos constitucionais europeus, mas é um direito que pode ser inferido, doutrinal e jurisprudencialmente, do carácter não taxativo que a CRP estabelece para os direitos fundamentais. O art. 16.º n.º 1 da CRP, a designada “cláusula aberta”, assim o diz, “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros..”. Assim, partiremos de uma análise aos princípios fundamentais aplicados à PMA, analisando posteriormente direitos que podem daí resultar numa ordem jurídica que se quer coerente com as suas escolhas.

#### **III.1 – Direito à identidade genética e a sua ligação a Princípios Fundamentais**

##### **III.1.1 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A Constituição portuguesa consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um “princípio fundante da bioconstituição e da ordem jurídica em geral”<sup>77</sup>, daí que a sua previsão se dê logo no art. 1.º da CRP, assumindo a base de estruturação de todo o ordenamento jurídico português. Justamente por este motivo, este princípio “constitui o ponto de partida da estruturação de todos os direitos fundamentais, sobretudo dos direitos pessoais”<sup>78</sup>. Em conformidade, também a Lei 32/2006 veio acolher este princípio no seu art. 3.º afirmando que “as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana”.

JOÃO LOUREIRO faz uma leitura deste princípio aplicado às técnicas de PMA e descreve como tem sido este princípio mobilizado em vários contextos diferentes. Primeiro, como um princípio que pode ser conduzido como argumento de recusa de algumas formas de PMA. Em segundo lugar, como argumento para uma “dissociação da

---

<sup>77</sup> Loureiro, J.C, Filho(s) de um Gâmeta menor?..., p. 18

<sup>78</sup> Reis, Rafael Vale e, O Direito ao Conhecimento..., p.58

paternidade”, entre a paternidade biológica e jurídica<sup>79</sup>. Por último, como princípio a ser mobilizado para condenar todas as práticas biomédicas que não sejam conformes a dignidade de criação humana, como por exemplo a mistura de esperma de vários dadores. Por último, impossibilitar o dador(a) à introdução de restrições quanto à utilização do seu material genético que origine a violação deste princípio<sup>80</sup>.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como absoluto, primordial e insuscetível de alteração, sendo “a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais”<sup>81</sup>. Este princípio “será sempre por referência, em última análise, à ideia de dignidade humana que deve falar-se num direito ao conhecimento das origens genéticas”<sup>82</sup>.

### III.1.2 - Direito à identidade pessoal

O direito à identidade pessoal está consagrado no n.º 1 do art. 26.º da CRP. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA começam por afirmar que “o seu sentido [é] o de garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível, [abrangendo] seguramente, além do direito ao nome, um direito à «historicidade pessoal»”<sup>83</sup><sup>84</sup>. Partindo deste pressuposto, vejamos como a doutrina desenvolve o conceito.

ANTUNES VARELA entende que “este direito solenemente proclamado na Constituição à identidade pessoal não pode, segundo melhor interpretação do texto, confinar-se ao direito ao nome de cada indivíduo; e, entre os elementos que necessariamente acrescem ao nome, não podem deixar de figurar a maternidade e a paternidade, como raízes definidoras, por excelência, da sua identificação”<sup>85</sup>. RAFAEL VALE E REIS não tem dúvidas em “incluir no núcleo desse direito à identidade pessoal (...) um direito geral ao conhecimento das origens biológicas” acrescentando que o direito ao

---

<sup>79</sup> Tema já analisado *supra*.

<sup>80</sup> Loureiro, J.C., OB. CIT; PP. 19-20

<sup>81</sup> Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II e IV, 3ª edição; Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 166-167

<sup>82</sup> Reis, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. Cit; p.58

<sup>83</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol.I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 462

<sup>84</sup> Não obstante, os autores consideram “problemático é saber se isso implica necessariamente um direito ao conhecimento da progeneritura”.

<sup>85</sup> Varela, J.M. Antunes, *A inseminação artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 128, 1996, Coimbra, Coimbra Editora, p.100

conhecimento da progenitura e o direito à identidade pessoal estão “umbilicalmente ligado[s]”<sup>86</sup>. Ressalva, no entanto, o mesmo autor, que “o fundamento do direito ao conhecimento da progenitura na tutela constitucional da identidade pessoal não significa, obviamente, *ipso facto*, uma inexpugnável abolição de todos os entraves ao conhecimento da ascendência biológica pelo adoptado ou da regra do anonimato do dador na procriação medicamente assistida”<sup>87</sup>.

Para PAULO OTERO<sup>88</sup>, a identidade pessoal é compreendida numa dupla dimensão: por um lado a identidade pessoal traduz uma ideia de singularidade, infungibilidade, indivisibilidade e irrepetibilidade do indivíduo (dimensão absoluta), por outro a identidade também é construída no conhecimento da história de cada um (dimensão relativa), “onde cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui em especial destaque aos respectivos progenitores, podendo falar-se num «direito à historicidade pessoal»”<sup>89</sup>.

CAPELO DE SOUSA, na mesma linha de pensamento, entende que tutela da identidade compreende tudo o que individualiza a pessoa, incidindo, pois, sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, a sua imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Contudo, tal como para os demais autores, a identidade da pessoa recai, igualmente, sobre as formas de inserção sócio-ambiental do homem, como a sua imagem de vida, a sua história pessoal, a sua identidade sexual, familiar, racial, linguística, religiosa, política e cultural<sup>90</sup>.

JOÃO LOUREIRO sufraga esta tese mas acrescenta decompondo a palavra “identidade” que nos remete etimologicamente “para *idem*, para mesmidade”, mas a identidade não se fica por aqui, apontando “também para a ipseidade<sup>91</sup>”. Assim, se a “identidade-mesmidade” nos remete para uma verdade biológica, “a identidade-ipseidade reenvia-nos para o domínio da identidade pessoal, da biografia de cada ser humano”.

---

<sup>86</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. Cit, pp.59-60

<sup>87</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*; ob. Cit; p.60

<sup>88</sup> Cfr. OTERO, PAULO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999, p.64 e ss.

<sup>89</sup> OTERO, PAULO, *Personalidade e Identidade...*, ob. cit. p.64

<sup>90</sup> Cfr. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 352-355

<sup>91</sup> “O homem cumpre-se como pessoa também nessa auto-definição e na compreensão da definição que resulta da sua relação com os outros e que os outros fazem de si (isto é, deve ser capaz de mensurar as auto e hetero-referências que o enquadram enquanto ser societário). In LOUREIRO, J.C., *O Direito à identidade genética do ser humano*, in Portugal-Brasil, “Stvdia Ivridica”, Coimbra, 2000, p. 287 e ss.

Conclui este autor que “a identidade pessoal é construída ao nível da relação com o outro e pelo outro, no quadro de uma comunidade de sentido”<sup>92</sup>.

Com efeito, como refere ANTUNES VARELA, o “amor à própria verdade, para cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital dos nascimentos”<sup>93</sup>.

A nível jurisprudencial destacamos um trecho do acórdão do Tribunal Constitucional citando VIEIRA DE ANDRADE que nos parece relevante: “ A imagem da pessoa que a Constituição supõe não é apenas a de um indivíduo vivendo isoladamente possuidor de um determinado código genético; a Constituição supõe uma imagem mais ampla da pessoa, supõe a pessoa integrada na realidade efectiva das suas relações familiares e humano-sociais. Deste modo, o direito à identidade pessoal, poderá dizer-se, possui, até certo ponto, um conteúdo heterogéneo: ele abrange diferentes tipos de faculdades, e o seu domínio de protecção não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa”<sup>94</sup>.

Em suma, podemos afirmar que o direito à identidade abrange pois, a historicidade pessoal do gerado, englobando esta também as circunstâncias em que foi gerado e respetiva raiz genética. A protecção que a ordem jurídica confere aos direitos de personalidade, pode ser um meio idóneo à tutela do direito ao conhecimento das origens genéticas, uma vez que pode estar em debate a própria identidade pessoal do ser humano<sup>95</sup>. No entanto, não se olvide que podem estar aqui envolvidos outros direitos que “exigem uma avaliação consciente dos circunstancialismos de cada caso concreto”<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> LOUREIRO, J.C., *O Direito à identidade...*, ob. cit., pp. 291-292

<sup>93</sup> VARELA, J.M. ANTUNES, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, 1993, n.º15; p.35

<sup>94</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 101/2009, p. 12463

<sup>95</sup> Cfr. GALANTE, FÁTIMA, *A adoção: A Identidade Pessoal e Genética*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p.47. Neste contexto, RAFAEL VALE E REIS defende uma “Ação de Informação Pessoal”, cfr. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob.cit., p. 491.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, CARLA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 118

### III.1.3 - Direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O direito, agora consagrado, ao livre desenvolvimento da personalidade, nem sempre fez parte do elenco de direitos consagrados no n.º1 do art. 26.º da CRP, dando-se a sua introdução apenas com a IV revisão constitucional em 1997. Gomes Canotilho e Vital Moreira advertem “o direito ao desenvolvimento da personalidade não pode ser encarado apenas como uma liberdade ou um direito geral (...), ele constitui um direito subjetivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação da livre personalidade”<sup>97</sup>.

Na doutrina nacional importa destacar, sobre o assunto, Capelo de Sousa e Paulo Mota Pinto<sup>98</sup>. O primeiro autor define este direito essencialmente como a “salvaguarda do poder de auto-determinação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual”<sup>99</sup>.

Para Paulo Mota Pinto, o direito ao desenvolvimento da personalidade comporta uma dupla dimensão: a proteção geral da personalidade, que tutela a integridade pessoal de cada um de possíveis ofensas por terceiros, e a liberdade geral de ação, um direito geral de liberdade. A primeira dimensão pode ser densificada no direito à “auto-afirmação”<sup>100</sup> de cada um e num direito à “auto-exposição” em relação aos outros, ambos de “hetero-proteção”. Ou seja, estes direitos indicam a liberdade de cada um a desenvolver a sua personalidade única, autónoma e livremente<sup>101</sup>, constituindo o direito ao conhecimento das origens genéticas parte integrante do desenvolvimento completo de cada sujeito. Assim, “o desenvolvimento da personalidade transporta também uma dimensão de liberdade indispensável à autoconformação da identidade, da integridade e conduta do indivíduo. Neste contexto, o direito ao desenvolvimento da personalidade pressupõe, desde logo, a

---

<sup>97</sup> Gomes Canotilho, J.J.; Vital Moreira, *Constituição...*, ob. cit., p.463

<sup>98</sup> Pinto, Paulo Mota, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, *Stvdia Iuridica* 40, Coimbra Editora, 2000, p. 157 e ss.

<sup>99</sup> SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 353

<sup>100</sup> Cfr. Gomes Canotilho, J.J.; Vital Moreira, *Constituição...*, ob. cit., p.464

<sup>101</sup> Pedro Pais de Vasconcelos diz-nos: “A pessoa, (...) desenvolve-se naquilo que é, naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser. Esta possibilidade, quase divina, é inerente à própria natureza humana, é-lhe constituinte. (...) A dupla qualidade que lhe é apontada traduz uma sua perspectiva positiva e negativa: por um lado, defende a sua liberdade de se auto-formar, por outro, a de remover obstáculos que as limitações da sua liberdade de acção oponha à mesma auto-formação. A pessoa, deve poder ser e devir o que bem entender”. In Vasconcelos, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 75

exigência de proibição de ingerências dos poderes públicos ou poderes privados dotados de poderes públicos”<sup>102</sup>.

Subscrevemos por completo a conclusão de RAFAEL VALE E REIS a este respeito, “Se um indivíduo quer conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos e isso lhe é vedado de forma desproporcionada pelo ordenamento jurídico (ou até por qualquer entidade, pública ou privada), não será difícil reconhecer a lesão profunda naquela autonomia e liberdade individuais que tal impedimento provoca”<sup>103</sup>.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constitui assim, um auxílio ao direito ao conhecimento das origens genéticas contra a hetero imposição, estabelecida no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente, na consagração do anonimato do dador gâmetas, a conhecer as origens biológicas de cada um, mitigando o seu inteiro e perfeito desenvolvimento pessoal.

### **III.1.4 - Direito à integridade pessoal**

RAFAEL VALE E REIS considera, oportunamente, que “não deve considerar-se estranho o estabelecimento da ligação entre o direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito à integridade pessoal”<sup>104105</sup> consagrado no art. 25.º n.º1 da CRP. Este artigo pode ser relacionado com o tema uma vez que a pretensão do indivíduo a conhecer a sua raiz genética pode afetar o seu bem-estar físico e psicológico. Gomes Canotilho e Vital Moreira definem este direito como “um direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito...”<sup>106</sup>. Negar o conhecimento ao seu passado genético, pode desta forma, consubstanciar uma verdadeira ofensa ao espírito, daí que não seja descabida a ligação entre estas duas realidades aparentemente distintas.

---

<sup>102</sup> Cfr. Gomes Canotilho, J.J., Vital Moreira, *Constituição...*, ob. cit., p.465

<sup>103</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. Cit; p.67

<sup>104</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.64

<sup>105</sup> Esta correlação era já defendida por Guilherme de Oliveira e o Tribunal Constitucional veio a ela aderir no acórdão n.98/88, de 28 de Abril, publicado no Diário da República, Série II, 22 de Agosto de 1988, Coletânea de Jurisprudência, Tomo II, 1988, pp. 39 e ss.

<sup>106</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; VITAL MOREIRA, *Constituição...*, ob. cit., p.454

### III.2 – Um Direito Constitucional?

O conhecimento das origens genéticas relaciona-se, como vimos, com vários princípios e direitos garantidos na nossa ordem jurídica. Ainda assim, importa agora fazer algumas interrogações quanto à amplitude deste direito, em concreto, se este direito poderá já estar, de alguma forma, consagrado expressamente no nosso ordenamento constitucional.

Como sabemos, a qualificação de um direito como fundamental implica a mobilização de um regime específico, nomeadamente no estabelecimento de limites da intervenção legislativa. A oportunidade desta discussão importa para determinar se o nosso legislador constituinte já acolheu uma tendência que se vem generalizando na doutrina e na jurisprudência europeias, e concretamente, solucionar algumas questões colocadas com a cada vez mais vulgar mobilização das técnicas de PMA.

Antes de analisarmos o ordenamento constitucional português nesta matéria, faremos previamente uma análise com o direito comparado<sup>107</sup>. A Constituição Suíça com a reforma aprovada no referendo de 18 de Abril de 1999 consagrou expressamente, na sua constituição, o direito de qualquer pessoa conhecer a sua origem biológica. A sua previsão encontra-se no n.º2 do art. 119.º da *Constitution fédérale de la Confédération Suisse* e dispõe: “*toute personne a accès aux données relatives à son ascendance*”. Fica por esta via estabelecida a tutela deste direito pela Lei constitucional.

A questão no ordenamento jurídico Alemão é mais antiga, remonta ao final da década de 30 do século XX com a ascensão do regime nazi na Alemanha. Este regime procurava a pureza da raça ariana e um dos meios para que isso fosse conseguido era por via de uma investigação dos antecedentes biológicos. Assim, o Tribunal Supremo do Reich decide, pela aplicação analógica das regras do processo de estado à ação de determinação da paternidade (a “*Abstammungsfeststellungsklage*”). Terminada a guerra, e com o fim do nazismo, a justificação que a doutrina encontrou para a aplicação desta ação, centrava-se no interesse do filho, gerado fora do casamento, à declaração da paternidade que derivava diretamente do seu direito de personalidade. O grande marco em relação ao conhecimento das origens genéticas dá-se em 1989 numa decisão do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal

---

<sup>107</sup> Neste ponto, iremos seguir de perto RAFAEL VALE E REIS in *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.36 e ss.

Constitucional Federal). A partir deste momento, dá-se uma construção jurisprudencial no sentido de permitir ao filho gerado com recurso a técnicas de PMA heteróloga, conhecer a sua ascendência, fundada na tutela constitucional do direito geral de personalidade, conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Também o Supremo Tribunal Holandês alinhou com o entendimento Alemão, reconhecendo no acórdão *Valkenhorst* o direito geral da criança à personalidade, incorporando este o direito a conhecer a identidade dos seus pais biológicos. Esta decisão, faz uma interpretação extensiva do direito geral de personalidade, uma vez que a Constituição Holandesa não acolhe ainda, expressamente, o direito ao conhecimento das origens genéticas. No ordenamento jurídico espanhol, não está consagrado expressamente qualquer direito ao conhecimento das origens genéticas na Constituição. Todavia, alguns autores<sup>108</sup>, fazem uma construção doutrinal em que admitem a existência de um direito geral ao conhecimento da origem biológica da pessoa derivado de um princípio da dignidade da pessoa conjugado com os direitos geral de personalidade.

No ordenamento jurídico português a discussão sobre a existência ou não um verdadeiro direito constitucional ao conhecimento das origens genéticas também existe. Apesar de não haver consagração expressa na Constituição desse direito em particular, sabemos que a mesma consagra um princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, a designada “cláusula aberta” do art. 16.º n.º1 da CRP. Também os princípios abordados no ponto anterior, podem com maior ou menor densidade, justificar um direito ao conhecimento das origens implícito no seu espírito. Assim, à partida, nada impede que esse direito não possa ser inferido dos preceitos e/ou dos princípios constitucionais já consagrados.

Para fundamentar um inclusão do Direito ao conhecimento das origens genéticas na CRP, JOÃO LOUREIRO considera<sup>109</sup>, em abstrato, que as soluções terão de passar por uma das seguintes formas: a) constitucionalização formal superveniente; b) por uma interpretação da constituição formal em que se pode identificar este direito como constitucional derivado da tutela conferida pela identidade pessoal, ou então, pela

---

<sup>108</sup> RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO, *La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico*, Revista Jurídica de Catalunya, n.º1, 2004, pp.105-134; e QUESADA GONZÁLEZ, El derecho (constitucional?) a conocer el propio origen, “Anuario de Derecho Civil”, 1994-II, pp. 237-302

<sup>109</sup> LOUREIRO, JOÃO, O nosso pai é o dador n.º xxx: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida, in *Lex Medicinæ*, Ano 7 – n.º13, 2010, pp. 30-31

articulação de direitos fundamentais diversos; Pode ainda, finalmente, recorrer-se ao princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. O autor, de entre as possibilidades enunciadas opta por interpretar este direito como um direito abarcado na tutela da identidade pessoal. PAULO OTERO e RAFAEL VALE E REIS, entendem, ainda que com uma fundamentação diversa, que o direito existe, não expressamente, mas implicitamente na CRP pela conjugação dos direitos fundamentais nela consagrados. Todavia, os autores diferem nas suas conclusões.

PAULO OTERO aplaude a introdução do art. 26.º da CRP na revisão constitucional de 1997. “Tal referência se trata de uma inovação constitucional tendente a reforçar o alcance, se não mesmo a esclarecer possíveis dúvidas, (...) o património genético de cada indivíduo, (...) passou a ser objecto de uma tutela constitucional autónoma, configurando-se a identidade genética humana como um bem jurídico-constitucional”<sup>110</sup>. Do art. 26.º n.º 3 o autor extrai duas imediatas consequências, por um lado o legislador fica obrigado a implementar mecanismos tendentes a garantir a identidade genética, e por outro, considerar-se-ão inconstitucionais quaisquer atos, normativos ou não, cujo conteúdo seja atentatório da identidade genética do ser humano. Rafael Vale e Reis não tem dúvidas que “segura será a conclusão segundo a qual, não obstante a inexistência de previsão expressa nesse sentido, é possível encontrar um fundamento constitucional adequado para um direito ao conhecimento das origens genéticas, (...). O direito ao conhecimento da ascendência genética deve, assim, integrar a categoria constitucional dos direitos fundamentais, mais concretamente a subcategoria dos direitos, liberdades e garantias, erigido a partir da tutela que a nossa Lei Fundamental oferece à dignidade da pessoa humana, aos direitos à identidade e à integridade pessoal e ao direito ao desenvolvimento da personalidade”<sup>111</sup>. Assim, e ao contrário de PAULO OTERO, o autor admite condicionalismos ou limitações do direito terá de obedecer às regras constitucionais que regulam uma eventual colisão de direitos<sup>112</sup> porquanto nenhum direito é absoluto.

É nossa convicção que foi vontade do legislador constituinte tutelar o direito ao conhecimento das origens genéticas, prática cada vez mais comum em toda a Europa. Essa opção traduziu-se na afirmação de alguns princípios fundamentais<sup>113</sup>, e da sua

---

<sup>110</sup> OTERO, PAULO, *Personalidade e identidade...*, ob. cit., pp.84-85

<sup>111</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob.cit., p.68

<sup>112</sup> Cfr. Art. 18.º CRP

<sup>113</sup> Princípios analisados no ponto III.1

interpretação surge facilmente a certeza que a tutela está assegurada. O legislador não particularizou nenhuma vertente deste direito, corretamente a nosso ver, pois isso poderia restringir a amplitude de defesa do direito ao conhecimento das origens genéticas.

### **III.3 – A relação entre o adotado e o gerado com recurso a técnicas de PMA**

Visto o conhecimento das origens genéticas sobre vários prismas, iremos agora ver se faz sentido um paralelismo entre o sigilo no instituto da adoção e o sigilo envolvido na PMA heteróloga. Aparentemente as duas realidades são distintas, mas como teremos oportunidade de observar, têm alguns pontos em comum que justificam a comparação e uma consequente exigência de coerência da ordem jurídica.

O instituto da adoção é a resposta que os ordenamentos jurídicos encontraram para proteger o superior interesse da criança quando vicissitudes da vida assim o determinassem. É um instituto com raízes muito profundas, há referências à adoção na antiguidade, embora tenha havido uma evolução ao longo dos séculos. Hoje em dia, o escopo da adoção visa proteger a criança de um ambiente menos favorável e menos propício ao seu saudável desenvolvimento pessoal e também como um meio alternativo a uma PMA heteróloga<sup>114</sup>. É consagrado entre nós em 1966 e desde então tem conhecido evoluções significativas. Numa primeira fase, apesar de já serem consagradas duas modalidades de adoção (plena e restrita), a maioria dos casos tratavam-se de adoções restritas, já que a adoção plena apenas era conseguida se a criança fosse órfã ou com família desconhecida. Não faremos uma análise detalhada à adoção<sup>115</sup> mas apenas ao segredo envolvido no processo.

O art. 1985.º do CC.<sup>116</sup> na sua versão inicial consagrava o segredo da identidade do adotante como medida protetora da família adotiva. Vedava-se à família biológica (caso

---

<sup>114</sup> Alguns adotantes, antes de o serem, podem recorrer a técnicas de PMA e com o respetivo insucesso delas, podem, por vontade própria, pretender de imediato adotar uma criança, em vez de passarem por sucessivas tentativas de procriação fálhadas.

<sup>115</sup> O tema extravasa o objeto desta dissertação.

<sup>116</sup> Este artigo levantou alguns problemas interpretativos à doutrina. Alguns autores consideraram que o sigilo aparentemente desejado pelo legislador poderia ser quebrado com facilidade. Alinhamos com RAFAEL VALE E REIS que conclui “Afinal, o legislador, com o regime do artigo 1985.º do Código Civil concedeu aos pais biológicos e adoptivos a possibilidade de se escudarem num (fraco) segredo, nos casos concretos em que o considerem necessário. Os termos da construção legislativa, pela debilidade que denota, e o seu confronto com as normas de registo civil, permitem, afinal, afirmar o principio de que o legislador português, com as soluções oferecidas, se manifestou bastante favorável ao conhecimento pelo adotado da identidade dos seus pais biológicos”. Cfr. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob.cit. p.301

ela existisse) possíveis chantagens para com a família adotiva, tutelando-se assim, o interesse desta última<sup>117</sup>. Este segredo, no entanto, só era conseguido se a família adotiva o requeresse. Em 1993 o segredo sobre a identidade do adotante passa a ser o regime-regra. Assim, a identidade dos adotantes apenas será conhecida se eles assim o entenderem, quanto à identidade dos pais biológicos, ela será revelada a não ser que eles oponham, mediante declaração expressa.

O carácter sigiloso no instituto da adoção não termina por aqui. Dispõe o art. 173.º-B da Organização Tutelar de Menores<sup>118</sup>, “o processo de adoção e os restantes procedimentos preliminares, (...) têm carácter secreto”. Assim, o sigilo não se dá só entre pais biológicos e adotivos como também durante todo o processo não revelando nunca a identidade dos intervenientes. O n.º2 do mesmo art. abre porém uma exceção ao carácter sigiloso e respetivo levantamento deste se verificados os requisitos e “por motivos ponderosos” e “interesse legítimo”, o tribunal pode consentir na consulta dos processos e na extração de certidões. RAFAEL VALE E REIS entende que a “possibilidade de levantamento deste segredo sobre o procedimento (não obstante estar dependente de decisão judicial), o regime é bastante flexível”, no entanto “podem levantar-se dúvidas quanto à atitude que o juiz deve tomar quando procede ao concreto preenchimento de conceitos de «motivos ponderosos» e «interesse legítimo»”<sup>119</sup>. Seguindo o mesmo autor, parece-nos também, que o primeiro conceito estará preenchido com a comprovação de quaisquer razões psicológicas que impliquem o conhecimento da sua origem biológica. Quanto ao segundo conceito, bastará a demonstração sucinta da titularidade da informação coberta pelo segredo.

Está assim, no poder decisivo do julgador, os termos em que o sigilo na adoção é quebrado para atender aos interesses do adotado, sem que o legislador tenha, e bem, na nossa opinião, colocado grandes entraves a esse conhecimento. Uma última questão que consideramos pertinente é, aceitando que o adotado tem direito de se inteirar da sua verdade biológica, haverá alguma idade mínima imposta ou aconselhada para o exercício deste direito? Nomeadamente para a consulta do assento de nascimento? Nesta matéria o

---

<sup>117</sup> Segundo MARIA CLARA SOTTOMAYOR, era uma forma que o legislador encontrou “de captar o maior número possível de interessados em adotar” in SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, *Quem são os “verdadeiros” pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in *Direito e Justiça*, Vol. XVI, Tomo I, 2002, p. 219

<sup>118</sup> Na redação conferida pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

<sup>119</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., pp. 290-291

nosso legislador é omissivo. Os ordenamentos jurídicos estrangeiros<sup>120</sup> que regulam expressamente esta questão, fazem coincidir, normalmente, a idade mínima com a maioridade ou idade núbil. Presume-se que o adotado reúne a maturidade e sensatez suficiente para processar a informação que lhe é disponibilizada.

O CRC no seu art. 214.º não impõe ao adotado qualquer idade mínima. Com efeito, parece-nos que seria lógico aplicar o art. 123.º do CC dado que constitui um ato concreto de exercício do direito ao conhecimento das suas origens biológicas e por isso aplicáveis as regras de suprimimento das incapacidades de exercício. Como bem observa Rafael Vale e Reis, “considerando o nosso ordenamento jurídico que a capacidade para o casamento se atinge aos 16 anos, deve, sob pena de incoerência lógica, reconhecer-se a plena capacidade do adoptado para aceder ao conteúdo do próprio assento originário de nascimento quando tenha atingido essa idade (...) sem entraves, nele se incluindo o direito à emissão das certidões requeridas nesse âmbito, e em caso de recusa devem ser-lhe disponibilizados todos os meios gratuitos e judiciais que lhe permitam efectivar o seu direito ao conhecimento das origens genéticas”<sup>121</sup>.

Aqui chegados, estamos em condições de compreender o paralelismo que se pode fazer entre o acesso ao conhecimento das origens genéticas pelo sujeito gerado através de PMA heteróloga e o mesmo acesso que se enunciou até agora pelo adotado. Durante esta exposição já tivemos a oportunidade de ver, que a nossa ordem jurídica reconhece um verdadeiro direito constitucional ao conhecimento da ascendência genética, este direito, deve, por uma questão de coerência, valer tanto ao indivíduo que foi adotado como para o que foi o que foi gerado com recurso a técnicas de PMA heteróloga. Tanto assim é, que se reconhece pacificamente um direito ao adotado em conhecer a sua ascendência biológica por consulta do assento de nascimento. Partindo deste pressuposto, consideramos que, também deve assistir ao sujeito gerado com recurso a técnicas de PMA heteróloga o direito a consultar os registos clínicos da sua concepção e descobrir a sua proveniência biológica. Também GUILHERME DE OLIVEIRA parece aderir a esta posição. Diz o autor “a ocultação da verdade biológica parece contrariar não só a relevância, em geral, dos conhecimentos das ciências biológicas, mas também o culto da verdade nas sociedades em que o problema

---

<sup>120</sup> Na Alemanha a idade mínima é de 16 anos; No Reino Unido e no Brasil a idade mínima é de 18 anos. Em Espanha o acesso é permitido a partir da maioridade.

<sup>121</sup> Reis, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob.cit., pp. 304-307

da inseminação heteróloga se põe. (...) deve ter-se consciência de que a solução que vier a prevalecer tem de concordar com a regra que vale para o instituto da adoção”<sup>122</sup>.

RAFAEL VALE E REIS, por sua vez, refuta esta opção afirmando “O problema do conhecimento pelo adotado da identidade dos pais biológicos merece ser colocado num plano superior de protecção comparativamente à posição daquele que foi gerado na sequência de uma técnica de procriação assistida heteróloga. Um adoptado tem, na sua historicidade pessoal, uma relação de afectividade com os progenitores biológicos (ainda que potencial, pois pode ter sido rejeitado por eles) que é, a todos os títulos, incomparável com a ligação psicológica distante, vã e ténue (ainda que conformada por um altruísmo meritório) que, na sequência do acto de dação de material biológico, liga o dador à pessoa gerada com recurso à procriação medicamente assistida. Uma certa equivalência de planos só acontece quando os fenómenos são encarados na estrita perspectiva do direito individual ao conhecimento das origens biológicas, e se esta aproximação permite o seu tratamento paralelo (como fazemos aqui), aquela diferença material confere uma maior liberdade para a definição de soluções diferenciadas”<sup>123</sup>.

Tendemos neste ponto, a discordar do autor uma vez que não compreendemos a situação da adoção como estando num plano superior de protecção. Pelo contrário, consideramos que o sujeito gerado na sequência de uma procriação assistida heteróloga pode até ter uma vontade mais forte, e por conseguinte mais digna de protecção, considerando que nunca teve oportunidade de conhecer a sua ascendência. O adotado, por sua vez, é merecedor, igualmente, de uma tutela da ordem jurídica, mas num plano de igualdade. Devemos admitir que este pode nem ter vontade ou essa vontade seja, na maioria das vezes, menor de conhecer a sua ascendência biológica derivado de inúmeros episódios negativos da sua vida, potenciados ou não, pelos seus progenitores.

---

<sup>122</sup> OLIVEIRA, GUILHERME; “Temas de Direito da Medicina I”; Coimbra; Coimbra Editora; 1999, pp. 18-19.

<sup>123</sup> Reis, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob.cit., p. 311

## IV - O Anonimato do dador de gâmetas

A questão do anonimato do dador de gâmetas foi já alvo de algumas menções esporádicas ao longo desta dissertação, em contextos diferentes mas com um fim comum, analisar a conformidade, ou não, do estabelecimento do anonimato do dador de gâmetas na ordem jurídica Portuguesa. Neste momento estamos em condições de perceber com maior clareza os problemas colocados com a adoção de determinadas soluções legislativas como veremos *infra*.

Desde do surgimento das técnicas de PMA, em especial com a proliferação destas, os Estados cedo sentiram a necessidade de regular a matéria a nível legal. Uma das questões que gerou mais controvérsia foi o estabelecimento, ou não, do anonimato do(s) dador(es) de material genético. A primeira tendência foi, desde logo, a opção pelo anonimato do dador<sup>124</sup>, ainda que, cada Estado tivesse uma ampla margem de conformação na solução a adotar. Deste modo, iremos a seguir analisar a multiplicidade de soluções sobre o anonimato do dador de gâmetas.

### IV.1 – A Pluralidade de Soluções

O primeiro ordenamento jurídico a regular a PMA foi o Sueco. Em 1984 a Lei n.º 1140 de 20 de Dezembro postulava no seu art. 4.º “A criança concebida mediante inseminação nos termos do artigo 3 tem direito, assim que atinja maturidade suficiente, a conhecer os dados relativos ao dador”.

Em Inglaterra seguiu-se a tendência contrária, muito graças ao relatório de Mary Warnock<sup>125 126</sup>, que resultou no *Human Fertilization and Embriology Act* de 1990, estabelecendo-se o princípio do anonimato. Todavia, houve um volte-face na compreensão dos problemas que podiam surgir resultantes de um anonimato quase absoluto da ascendência. Assim, na sequência de uma consulta pública, em 2004 o *Human*

---

<sup>124</sup> Assim se pronunciou o Conselho da Europa em 1988 no seu comité *ad hoc* com peritos sobre Bioética, deixando, contudo, margem de conformação a cada Estado sobre que opção seguir. Cfr. Princípio 13 da Comissão da Condição Feminina, Conselho da Europa – procriação artificial humana: princípios orientadores, Lisboa, 1990.

<sup>125</sup> *Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embriology*, de Julho 1984, consagrava o princípio do anonimato mas permitia que o maior de 18 anos pudesse aceder às informações genéticas ainda que não fosse possível a identificação do dador.

<sup>126</sup> Este relatório afirmava que o anonimato seria uma regra que interessaria a ambas as partes, tanto ao dador como ao gerado, evitando futuras complicações emocionais e jurídicas.

*Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations*, vem estabelecer a permissão a pessoas nascidas com recurso a doação de gâmetas, possam, atingida a maioridade, conhecer a identidade plena do dador<sup>127</sup>.

Na Holanda, o percurso foi idêntico ao Inglês. Adotou-se em primeiro lugar uma regra de anonimato, sendo abolida em 2004. A partir dos 16 anos a criança poderá aceder aos dados que lhe permitam identificar o dador<sup>128</sup>.

Analisemos agora, na senda dos ordenamentos jurídicos que optam pela quebra do anonimato, dois casos particulares, o caso Alemão e o Suíço. Na Alemanha a questão do anonimato não é abordada diretamente pela lei especial (*Embryonenschutzgesetz*) que regula a PMA. Contudo, a ordem federal dos médicos indica o dever de documentar todas as informações, de forma a possibilitar à criança poder aceder à sua ascendência genética. “A relativa incerteza quanto à posição jurídica do dador levou à diminuição do número de dádivas, sobretudo depois de uma decisão do Tribunal Federal de Justiça de 1983 que reconheceu ao marido (ou companheiro) da mãe o direito de impugnar a paternidade de uma criança concebida por PMA heteróloga, mesmo nos casos em que aquele tivesse dado o seu consentimento, jurisprudência que a reforma do direito da família de 1997 (...) não afastou”<sup>129</sup>, “hoje o §1600 (4) do BGB [determina] o afastamento da impugnação de paternidade pelo marido ou pela mãe que tenham consentido na técnica”<sup>130</sup>. Ressalva-se ainda assim a posição jurídica do dador em relação à inexistência de laços jurídicos com o sujeito gerado, ainda que a jurisprudência opte, frequentemente, pela quebra do anonimato<sup>131</sup> sempre que o interessado demonstre interesse em conhecer a sua ascendência.

O caso Suíço é *sui generis*. Na Suíça vigora um sistema híbrido entre o anonimato e inexistência dele. A Lei especial que regula a PMA é a *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, de 18 de Dezembro de 1998<sup>132</sup>. Estabelece-se uma proibição de doação de óvulos ou embriões, só permitindo PMA heterólogas com gâmetas masculinos

---

<sup>127</sup> Esta faculdade apenas é permitida a quem nasceu após 1 de Abril de 2005 (data de entrada em vigor da Lei), não tendo qualquer efeito retroativo.

<sup>128</sup> Cfr. BLAUWHOF, RICHARD, *A determinação e a impugnação da paternidade na Holanda*, in “Revista Lex Familiae”, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família FDUC, ano 3, n.º5, Coimbra, 2006, pp. 19-30

<sup>129</sup> Cfr. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 432

<sup>130</sup> Cfr. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 433

<sup>131</sup> A doutrina sempre entendeu que o direito ao conhecimento das origens biológicas seria uma subespécie do direito geral de personalidade sustentado na dignidade da pessoa humana.

<sup>132</sup> Lei disponível em <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html>, consultado em 20/1/2015.

(espermatozoides). A particularidade encontra-se, no entanto, no art. 27.º desta Lei, que permite ao sujeito gerado com recurso a técnicas de PMA heterólogas, que a partir dos 18 anos, possa aceder à informação sobre a identidade do dador. Para efetivar esta faculdade, deve fazer um pedido dirigido ao *Office fédéral de l'état civil* que entrará em contacto com o dador, a fim de averiguar a sua disponibilidade na revelação da sua identidade perante o sujeito gerado. No caso de recusa, pode haver recurso para a comissão federal de proteção de dados e para os Tribunais administrativos. RAFAEL VALE E REIS reconhece na ordem jurídica Suíça um esforço harmonizador, ainda assim, “ténue e o regime revela-se bastante comprometido com a efectivação do direito ao conhecimento das origens genéticas, como determina a respectiva Constituição”<sup>133</sup>.

Passemos agora à análise dos ordenamentos jurídicos que estabelecem o anonimato do dador de gâmetas e em que condições o fazem.

O ordenamento jurídico Francês, consagra uma regra de anonimato absoluto<sup>134</sup>. Nem os dadores, nem os receptores podem saber a identificação um do outro. Também os funcionários envolvidos na PMA estão obrigados a um sigilo total sobre os procedimentos, sob pena de uma sanção penal correspondente. A única exceção prevista trata-se por necessidade clínica prevista no art. L 1244-6 do *Code de la santé publique* (na redação da *Loi n.º 2004-800 du 6 août 2004*) que dispõe “*un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur*”. Contudo, um estudo realizado em 2009 pelo *Conseil d'Etat* francês, a par do que aconteceu com a questão do parto anónimo, conclui que os interessados no conhecimento da ascendência genética não têm como objetivo uma nova filiação, pretendem antes conhecer a sua origem e verdade biológica<sup>135</sup>. O *Conseil d'Etat* recomenda mesmo que na próxima revisão legislativa se rompa com o anonimato estabelecido, não de forma absoluta, mas que pelo menos, se prevejam algumas formas de levantamento do anonimato, se, por exemplo, o dador o consentir.

---

<sup>133</sup> Cfr. Reis, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 435

<sup>134</sup> Feuillet-Liger, Brigitte, *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international* / dir. Brigitte Feuillet-Liger, Bruylant Bruxelles, 2008, p.39-54

<sup>135</sup> Les Études du Conseil d'État – la révision des lois de bioéthique, la documentation Française, Paris, 2009, p.53

No caso da Itália, não se admite a PMA heteróloga<sup>136</sup>, o problema do anonimato só se coloca no caso de doações de embriões. No que concerne às PMA's homólogas, o contributo genético é conhecido, havendo uma correspondência entre a filiação civil e a natural. Se, porventura, a proibição de utilização de técnicas de PMA heteróloga for violada, o n.1 do art. 9.º da Lei 40 de 19 de Fevereiro de 2004, estabelece a proibição de impugnação de paternidade se o marido ou companheiro da mãe tiver dado o seu aval para a utilização da técnica. O n.º3 refere “*il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi*”, retirando qualquer dever ou obrigação ao dador.

A solução espanhola, é próxima da portuguesa, ainda assim, com algumas diferenças<sup>137</sup> na formulação legal . A *Ley 14/2006, de 26 de Mayo*<sup>138</sup>, visa *regular las técnicas de reproducción humana assistida*. O n.º5 do art.5º consagra a solução do anonimato do dador de gâmetas. Não obstante, permite, o parágrafo seguinte, o conhecimento geral das informações genéticas do dador. Quanto à identidade do dador “*sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto*”<sup>139</sup>. Havendo violações desta confidencialidade, aplicar-se-á o n.2 do art. 18.º responsabilizando legalmente os agentes prevaricadores, e nunca estabelecendo nenhum vínculo de paternidade (se a identidade for revelada) entre o dador e o sujeito gerado<sup>140</sup>.

#### **IV.2 – Solução legal Portuguesa**

Após avanços e recuos desde a proposta da Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias em 1987, que previa um levantamento do anonimato do

---

<sup>136</sup> O art. 4.º, n.º3 da Lei 40 de 19 de Fevereiro de 2004 diz “*è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*”. Lei disponível em <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm> (consultado a 20/1/2015)

<sup>137</sup> Na Lei Espanhola não se utiliza um conceito indeterminado como “razões ponderosas” e especificam-se quais são as exceções à quebra do anonimato do dador de gâmetas.

<sup>138</sup> A Lei que regula a PMA em Espanha, disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&tn=1&vd=&p=20110802&acc=Elegir> (consultado a 20/1/2015)

<sup>139</sup> Sublinhado nosso.

<sup>140</sup> Cfr. Art. 8.º, n.º3

dador de gâmetas apenas em casos excepcionais, o legislador português veio a consagrar esta solução na Lei n.º 32/2006, ainda que com algumas nuances.

A legislação Portuguesa optou pelo anonimato do dador. Esta opção vem consagrada no art. 15.º n.º 1 da Lei 32/2006 que dispõe “todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA”. No mesmo sentido, também o n.º3 do mesmo artigo refere que se deve manter “a confidencialidade acerca da identidade do dador”. É clara a intenção legislativa na manutenção do sigilo do dador de gâmetas.

Alguma doutrina vem, no entanto, pugnando pela inconstitucionalidade desta norma. Também o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, refere “deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica”<sup>141</sup>. DIOGO LEITE DE CAMPOS considera que “o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse de pessoa a proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho. (...) parece claro que este tem o direito de conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua identidade como ser humano. (...) o sigilo sobre o dador viola o disposto nos artigos 2.º; 12.º, 1; 13.º, 1 e 3 da Constituição da República”<sup>142</sup>. Esta fundamentação para a inconstitucionalidade não é unânime, a maioria dos autores considera que a fundamentação encontrar-se-á sim no art. 26.º n.º3 da CRP, no direito ao conhecimento da ascendência genética. Assim, TIAGO DUARTE afirma “qualquer norma que estabeleça a possibilidade de anonimato de esperma, óvulos, ou de embriões em sede de inseminação artificial heteróloga é inconstitucional”<sup>143</sup>. JOÃO LOUREIRO defende igualmente a inconstitucionalidade da solução do anonimato do dador “num sistema que, (...), deveria privilegiar o bem da criança a conceber. (...) Continuar a enterrar a cabeça na areia, persistindo no modelo de anonimato, é caminho violador de direitos e fonte de sofrimento”<sup>144</sup>. Para PAULO OTERO, existindo um direito constitucional à historicidade

---

<sup>141</sup> Cfr. Parecer n.º44 do CNECV, Ponto 10. Parecer disponível em [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172\\_P044\\_ParecerPMA.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf) (consultado em 21/1/2015).

<sup>142</sup> CAMPOS, DIOGO LEITE, A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito; Separata da obra Estudos de Direito da Bioética, Almedina, 2008, p.83

<sup>143</sup> DUARTE, TIAGO, *In Vitro Veritas?*..., ob. cit., p.45

<sup>144</sup> LOUREIRO, JOÃO, *O nosso pai...*, ob. cit., pp. 38-42

pessoal decorre um efeito imediato e “considerar-se proibida e, por isso mesmo, inconstitucional, qualquer regra de anonimato do dador de material genético”<sup>145</sup>.

Apesar de haver uma forte corrente que considera a solução consagrada inconstitucional, alguns autores optam antes por uma solução de equilíbrio, excluindo o carácter absoluto do direito ao conhecimento das origens genéticas<sup>146</sup>. Outros ainda, consideram que a solução do anonimato é a que melhor se coaduna com o previsto no art. 1987.º do CC, tratando-se de uma situação análoga. Defende esta corrente que deve ser dada uma interpretação menos ampla ao direito à identidade pessoal, bastando ao sujeito gerado, o acesso ao seu património genético<sup>147</sup>.

O ordenamento jurídico português não adere, no entanto, a um princípio de anonimato absoluto do dador de gâmetas, pelo que, importa agora observar as exceções consagradas.

O primeiro desvio ao anonimato vem logo estabelecido no n.º2 do art. 15º., “as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter informações de natureza genética”. Entendemos que o nosso legislador acompanhou nesta parte ordenamento jurídico espanhol, quando haja um motivo clínico justificável para conhecer a ascendência, deve ser levantado o histórico genético, salvaguardando a identidade do dador.

Uma outra exceção diz respeito aos impedimentos matrimoniais. A corrente defensora da quebra do anonimato do dador, mobilizava normalmente este argumento, sobretudo em países onde o risco de consanguinidade é maior. Com efeito, a previsão legal do n.º3 do art. 15.º parece acabar com este perigo. Porém, cremos que este argumento continua a ser ainda hoje válido uma vez que o sujeito gerado com recurso a técnicas de PMA heteróloga pode desconhecer a forma como foi concebido, já que o n.º 5 do mesmo artigo impede essa menção no assento de nascimento. Ora, se não há qualquer registo aparente, se os pais legais nunca o informarem do seu histórico, o risco de consanguinidade continua a ser atual. Note-se que o n.º3 estabelece, ainda assim, mais uma

---

<sup>145</sup> OTERO, PAULO, *Personalidade e Identidade...*, ob. cit., p.73

<sup>146</sup> “Sublinhar que os direitos fundamentais – mesmo os mais antigos e indiscutíveis – não são absolutos; que a própria lei constitucional reconhece os limites dos direitos fundamentais” in OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Aspectos Jurídicos...*, ob. cit., p.19; Também neste sentido RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao conhecimento*, ob.cit., p.491 (ponto 12)

<sup>147</sup> Cfr. CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)*, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles”, Vol. I, p.134

forma de conhecer a identidade do dador. Se este expressamente o permitir a sua identidade pode ser revelada<sup>148</sup>. Aderimos neste ponto à opinião de PAULA MARTINHO DA SILVA, “não faz qualquer sentido prever que o dador permita o acesso à informação só neste caso específico”<sup>149</sup>.

A última exceção é prevista no n.º4, em que se consagra uma aparente “válvula de escape”<sup>150</sup> ao sigilo imposto a todo o processo de PMA. O conceito indeterminado aqui utilizado “razões ponderosas” é porventura manipulável ao sentido que lhe quisermos dar. O legislador deixa aqui uma ampla margem de conformação ao intérprete. “Esta seria, aliás, uma forma de dar voz à leitura constitucional que se nos afigura como a mais adequada. (...) Na prática, estariam abertas as portas, pela chave interpretativa, de uma aproximação do sistema àqueles que consagram o direito ao conhecimento dos seus progenitores. Esta leitura afigura-se, no entanto inadequada. (...) [sendo] inequívoco que o legislador não quis ceder aqui a ventos suecos que, há cerca de vinte anos, associaram inseminação heteróloga e direito ao conhecimento da ascendência genética”<sup>151</sup>. Assim, cabe ao Juiz, casuisticamente, ponderar cada pedido e concretizar se estão verificadas ou não as “razões ponderosas” que a Lei determina.

O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de se pronunciar, no acórdão 101/2009 de 3 de Março, sobre os temas que vimos abordando, quer o da inconstitucionalidade, quer o da amplitude do conceito de “razões ponderosas” para levantamento do anonimato. Diz o Tribunal: “A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como exceção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade. (...) O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal. (...) Além disso, as razões ponderosas a que se refere o art. 15.º, n.º 4, da Lei 32/2006, não poderão deixar de ser consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao

---

<sup>148</sup> Um outro problema que se coloca é o modo de exercício do pedido elencado no n.º2 e no n.º 3. RAFAEL VALE E REIS observa “que a única forma de atribuir operatividade a essas soluções passa por admitir um prévio pedido [ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida], como prevê a legislação do Reino Unido”. REIS, RAFAEL VALE E, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 440

<sup>149</sup> SILVA, PAULA MARTINHO, E COSTA, MARTA, *A Lei da Procriação...*, ob. cit., p.91

<sup>150</sup> Nas palavras de JOÃO LOUREIRO, em *Filho(s) de um Gâmeta...*, ob. cit., p.27

<sup>151</sup> LOUREIRO, JOÃO, *Filho(s) de um Gâmeta...*, ob. cit., p.28

desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto. (...) [a] limitação ao conhecimento da progenitura (ainda que de carácter não absoluto) mostra-se justificada, (...), pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderá ser entendida como uma discriminação arbitrária susceptível de pôr em causa o princípio da igualdade entre cidadãos. Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato de dadores, não merece censura constitucional”<sup>152</sup>.

### IV.3 – Algumas Considerações

Vistas as opções legislativas, quer internacionais, quer nacionais, devem ser feitas algumas considerações adicionais, mais concretamente quais os pontos favoráveis e os desfavoráveis ao princípio do anonimato do dador de gâmetas. Deve ainda, considerar-se neste ponto, que soluções se podem configurar, para articular os direitos em confronto nesta querela.

Os defensores da regra do anonimato mobilizam vários argumentos para sustentar a sua posição. A primeira, e mais simples, trata-se de o anonimato constituir a base e pressuposto das doações, isto é, sem esta regra plasmada a dádiva de gâmetas nunca existiria. Abolir a regra do anonimato é, portanto, violar uma legítima expectativa que o dador formou aquando da sua dádiva, e que deve ser juridicamente tutelada<sup>153</sup>. Na sequência deste primeiro argumento, surge o segundo, ou seja, ainda que as dádivas não cessassem por completo, havia de certo uma diminuição abrupta e inaceitável para a sustentabilidade e diversidade<sup>154</sup> de material genético nos centros de PMA<sup>155</sup>. Com uma eventual diminuição de dádivas surge o terceiro argumento. Não havendo dadores suficientes, corre-se de imediato um risco de consanguinidade, principalmente em países

---

<sup>152</sup> Acórdão 101/2009 de 3 de Março, p.12463

<sup>153</sup> O legislador Inglês, não obstante de ter abolido o princípio do anonimato do dador em 2004, previu a não retroatividade da Lei para dádivas anteriores a essa data.

<sup>154</sup> A diversidade é necessária para oferecer ao casal infértil a opção de determinação de certas características do gerado. Não está aqui em causa uma manipulação inaceitável, mas uma forma de possibilitar à criança uma melhor integração no seio familiar, com a obtenção de fisionomias idênticas.

<sup>155</sup> Situação aliás verificada, por exemplo, na Bélgica, onde perfil do dador se modificou após a quebra do anonimato. Os homens mais velhos demonstraram maior resistência à sua identificação. Cfr. Richards, Martin, *Assisted Reproduction and Parental Relationships*, in *Children and their families: Contact Rights and Welfare*, Oxford, p. 307

com uma população reduzida, como é o caso de Portugal. Com este entendimento também a Diretiva 2004/23/CE recomendava que “Os Estados-Membros [devem adotar] todas as medidas necessárias para assegurar que a identidade dos receptores não seja revelada nem ao dador nem à sua família e vice-versa”<sup>156</sup>, não obstante a livre conformação no direito interno. Esta é também uma forma de evitar a não comercialização do material genético, prática que merece censura de qualquer ordenamento jurídico. Por último, e eventualmente o argumento com mais importância, trata-se da manutenção da reserva da intimidade da vida privada e familiar, direito plasmado na nossa Lei fundamental<sup>157</sup>. Não há dúvida que ao afirmar-se uma total liberdade de conhecimento da ascendência genética há um necessário sacrifício de um direito fundamental em relação ao outro, o que não é de aceitar, dada a redação do art. 18.º da CRP. Este sacrifício torna-se ainda mais evidente numa ordem jurídica como a portuguesa em que não existe um segredo absoluto sobre a ascendência biológica, estabelecendo-se as exceções já analisadas.

Inversamente encontram-se os defensores da quebra total do anonimato do dador de gâmetas. Como vimos *supra*, muitos autores afirmam a inconstitucionalidade da Lei 32/2006 no art. 15.º que estabelece o anonimato do dador de gâmetas. Inconstitucional ou não, o certo é que o segredo em torno do anonimato vem sendo enfraquecido ao longo dos últimos anos. Em primeiro lugar porque as ordens jurídicas em geral não fazem corresponder qualquer tipo de responsabilidade jurídica do dador de gâmetas em relação ao gerado. Depois, tem-se verificado uma paulatina mudança de paradigma em relação ao interesse a tutelar, dando-se hoje, cada vez mais, importância ao interesse da criança gerada com recurso a técnicas de PMA em detrimento do anonimato. Neste interesse, configura naturalmente, o direito ao conhecimento das origens genéticas em todas as suas vertentes. O sigilo é, assim, nocivo ao pleno desenvolvimento da identidade do sujeito gerado. EDUARDO SÁ diz-nos “sem sabermos de onde vimos não podemos descobrir para onde vamos ou por onde queremos ir. (...) precisamos de ter a certeza absoluta de quem somos filhos para podermos ter dúvidas acerca de nós próprios”<sup>158</sup>.

Com efeito, estamos perante duas posições diametralmente opostas, ambas com argumentos que importam considerar. Excluindo as soluções onde um direito se sobrepõe

---

<sup>156</sup> Diretiva disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao\\_Directiva\\_2004\\_23\\_CE.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_Directiva_2004_23_CE.pdf)

<sup>157</sup> Cfr. Art. 26.º, n.º1 da CRP

<sup>158</sup> SÁ, EDUARDO, *Problemas psicológicos da fecundação com esperma de dador*, Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993, p.45

ao outro, como seria possível uma melhor articulação dos direitos em causa? Uma das soluções enunciadas foram os “*double track systems*”. Este sistema deixava ao critério dos beneficiários a escolha do material genético conforme o dador de gâmetas tivesse optado ou não por manter o seu anonimato. GUIDO PENNING<sup>159</sup> era um dos defensores desta solução, ainda que se tratasse de uma medida temporária entre a transição do anonimato para a sua abolição total. No entanto, este sistema comporta alguns problemas de difícil resolução, desde logo porque este sistema restringe aos que tiveram a infelicidade de ser geradas pela via do anonimato, o acesso à verdade biológica, por determinação de outrem. Assim, facilmente se projetam problemas de violação de princípios da igualdade e não discriminação, uma vez que alguns têm acesso à sua historicidade e a outras isso é-lhes vedado.

Uma outra possível solução harmonizadora era a eventual intervenção de uma entidade administrativa. Caberia a esta entidade determinar qual o direito que deveria prevalecer em cada caso concreto, não obstante de ter de ser respeitado um adequado procedimento legal que tutelasse o interesse das partes envolvidas. Porém, como bem lembra RAFAEL VALE E REIS, “o problema do acesso à informação relativa à identidade do dador de gâmetas excede o simples problema da regulação do acesso a dados de natureza pessoal, envolvendo conflito de pretensões (...) que reclama o «desempenho da *iurisdictio*»”<sup>160</sup>. Com efeito, em conformidade com o art. 202.º n.º 1 da CRP, só aos tribunais, enquanto órgãos de soberania, é conferida esta função, pelo que, “sempre que um conflito de interesses pressuponha a ponderação das condições do caso concreto, nos termos que constam, por exemplo, da nova Lei da Procriação Medicamente Assistida (...) a única solução aceitável passa pela intervenção de uma instância jurisdicional”<sup>161</sup>.

Conclui-se assim, que o meio idóneo para a resolução destes conflitos terá necessariamente de passar por uma via jurisdicional. Ainda assim, temos algumas dúvidas quanto ao carácter excepcional em que a mesma foi regulada na Lei 32/2006. Antes de emitir qualquer opinião, veremos *infra*, como é configurado o conflito de direitos no nosso ordenamento jurídico, para que depois se possa emitir uma opinião fundamentada sobre a questão.

---

<sup>159</sup> Cfr. PENNING, GUIDO, *The 'Double track' policy for donor anonymity*, in *Human Reproduction*, Vol. 12, n.º12, 1997, pp. 2834 a 2839

<sup>160</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.470

<sup>161</sup> REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p.471

## V – Conhecimento da Ascendência *versus* Anonimato do Doador

Neste ponto iremos pôr em confronto os direitos consagrados que temos vindo a analisar, nomeadamente o Direito ao conhecimento da origem genética e o anonimato do dador de gâmetas na PMA heteróloga<sup>162</sup> em particular. Esta forma de PMA é a que de um ponto de vista social, religioso e ético a que coloca mais questões duvidosas, o que para muitos<sup>163</sup> constitui um verdadeiro entrave à prossecução destas técnicas. Assumindo a sua viabilidade, inicia-se de imediato, um rol de interrogações quanto ao anonimato do dador<sup>164</sup> e do direito que futuramente o gerado com recurso a técnicas de PMA pode fazer sobre a sua ascendência biológica.

A problemática da inseminação constitui assim, por um lado, uma questão de elementar relevância para a pessoa gerada através de uma qualquer técnica, e por outro o direito garantido ao dador de não intromissão na esfera da sua vida privada e familiar<sup>165</sup>. A solução terá necessariamente de passar por uma ponderação entre valores ético-jurídicos fundamentais.

Com efeito, se considerarmos que o direito ao conhecimento da ascendência genética como um mero acesso aos dados genéticos, excluindo-se a identificação do(s) doador(es), consideramos que esse direito não colide de forma nenhuma com o direito ao anonimato do dador, já que a sua identidade pode nunca ser conhecida. Contudo, se se entender o direito ao conhecimento da ascendência genética como um direito que abarca inclusivamente o acesso aos dados genéticos, mas também a identificação civil do dador, aqui sim, há uma notória colisão de direitos, entre o direito ao conhecimento da identidade genética e o direito ao sigilo sobre a identificação de quem forneceu o material genético.

Desta forma, “ha de plantear se el anonimato del donante se opone al derecho del nacido a conocer sus orígenes y se dicho anonimato afecta también a la determinación de la paternidad y a las responsabilidades del padre”<sup>166</sup>. Esta é a questão que se põe para a

---

<sup>162</sup> Só neste tipo de PMA reside um real interesse em saber quem são os progenitores biológicos. Na PMA homóloga as contribuições biológicas são de ambos os progenitores sem interferência de nenhum terceiro estranho à relação.

<sup>163</sup> Recorde-se, por exemplo, o ordenamento jurídico Italiano não admite esta forma de PMA.

<sup>164</sup> Se este assim for consagrado, tal como no ordenamento jurídico Português entre outros que o consagrem. Já se viu que esta discussão não faz sentido em ordenamentos jurídicos em que a regra do anonimato não vigora.

<sup>165</sup> Direito constitucionalmente previsto, em geral, no n.º 1 do artigo 26.º

<sup>166</sup> MONGE, MARINA PEREZ, *La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales; 2002, p.197

determinação da amplitude do direito. Se por um lado se considerar o direito ao conhecimento da ascendência genética como englobando o direito ao conhecimento da pessoa do dador e, considerando de igual forma o direito ao anonimato do dador, havendo colisão de vontades e direitos das partes envolvidas<sup>167</sup>, qual o direito prevalecente tendo sempre em linha de conta os princípios da dignidade da pessoa e do melhor interesse do gerado com recurso a técnicas de PMA.

Assim, o direito do filho provindo de utilização de técnicas de reprodução assistida heteróloga em conhecer a sua origem genética na sua plenitude, coloca uma questão delicada já que estão contrapostos dois direitos que o nosso ordenamento jurídico fornece tutela. Por um lado a proteção plena do anonimato e por outro o direito ao conhecimento das origens genéticas.

A primeira questão que se coloca tem que ver com o direito que cada pessoa tem em conhecer a origem do seu nascimento, que no caso que agora analisamos, o direito do gerado com recurso a técnicas de reprodução assistida heteróloga tem em saber que foi concebido desta forma. Antes de se poder questionar sobre a sua origem biológica terá de saber a origem do seu nascimento por PMA, e só *a posteriori* saber a identidade do(s) doador(es). Importa dar destaque ao direito a saber a origem do nascimento porque este não se deve confundir com o direito ao conhecimento da origem genética. O primeiro deve, em nossa opinião, ser absoluto, ou seja, independentemente da solução legislativa consagrada quanto à identificação ou anonimato do doador, o direito a conhecer a origem do nascimento deve sempre existir. Assim, seja qual for a solução adotada pelo legislador quanto à utilização de técnicas de PMA heteróloga ou da garantia legal do anonimato, o direito a conhecer a origem do nascimento pode até ser parte integrante de um direito mais lato como o direito geral de personalidade.

Pressuposto desta discussão centra-se no interesse de o sujeito gerado com recurso a técnicas de PMA heteróloga conhecer, mais do que a sua raiz genética é o conhecimento da pessoa do dador. Se o gerado apenas quisesse conhecer a sua raiz genética, por exemplo, derivado de um problema de saúde, a Lei da PMA em Portugal<sup>168</sup>, já abre essa hipótese no n.º 2 do art. 15.º. A Lei garante, neste caso, que não há qualquer conflito de

---

<sup>167</sup> “Nomeadamente, esta pretensão colide com o direito geral de personalidade do dador, ou, mais precisamente, com o seu direito à auto-determinação informativa”. CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução de SARLET, INGO WOLFGANG E PINTO, PAULO MOTA; Coimbra; Almedina, 2003, p.95

<sup>168</sup> Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho

interesses entre as partes, já que por um lado garante que o sigilo quanto à pessoa do(s) dador(es) não é quebrado, e por outro, garante o acesso à informação desejada por aquele que foi concebido com recurso a técnicas de PMA heteróloga. A querela, no entanto, não reside neste ponto, ela inicia-se quando a pretensão é sim a identificação civil do(s) dador(es). Aqui há uma colisão de vontades entre o filho nascido com recurso a técnicas de PMA heteróloga e do(s) dador(es) que se pretenderam anónimos desde o momento da doação, “de tal forma que se chega a uma colisão de direitos fundamentais de ambas as partes”<sup>169</sup>.

Cumprir discutir qual o direito prevalecente e que princípios jurídicos poderão aqui ser mobilizados para solucionar este conflito.

Em primeira linha para solucionar um aparente conflito teremos de recorrer às figuras da harmonização<sup>170</sup> e restrição<sup>171</sup> de direitos<sup>172</sup>, que poderão ser incluídas num plano mais amplo aos limites dos direitos fundamentais. Como se sabe, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados<sup>173</sup>. VIEIRA DE ANDRADE lembra-nos que “não o são na sua dimensão subjetiva, porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respetivo interesse, e também porque é inevitável e sistémica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros”<sup>174</sup>, nem tampouco enquanto valores constitucionais já que obedecem a “limites «internos» do subsistema jusfundamental, que resultam das situações de conflito entre os diferentes valores que representam as diversas facetas da dignidade humana”, e também aos “limites «externos», pois hão-de conciliar as suas naturais exigências com as imposições próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou

---

<sup>169</sup> Canaris, Claus-Wilhelm; op. Cit.; p. 97

<sup>170</sup> A figura da harmonização de Direitos terá de ser mobilizada quando existe uma colisão ou conflitos de Direitos (situação que existirá quando a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação específica), conduzindo-os a uma limitação recíproca. Vieira de Andrade diz a propósito, “estes problemas de colisão e de conflito, que implicam uma limitação recíproca dos direitos colidentes ou conflituais, podem surgir em abstracto, ao nível legislativo, quando o preceito constitucional não tenha previsto qualquer restrição para um determinado direito ou se torne necessário ir além das restrições legislativas previstas (...) [ou em concreto] quando se tenha de conciliar preceitos constitucionais directamente aplicáveis que numa situação de facto conflituem entre si”. (Andrade, J.C. Vieira de,; “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”; Coimbra; Almedina; 4ª Edição; 2009; pp. 267-268

<sup>171</sup> A restrição legislativa de Direitos, Liberdades e Garantias é prevista no n.º 2 e 3 do art. 18.º CRP, tendo a obrigatoriedade de estar autorizada pela constituição. Estas Leis devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados.

<sup>172</sup> Seguiremos de perto a lição de VIEIRA DE ANDRADE no capítulo VIII da obra *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 4ª Edição, 2009, p. 265 e ss.

<sup>173</sup> Também assim, VIEIRA DE ANDRADE, ob. Cit., p.265

<sup>174</sup> Ob. Cit., p.265

moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, entre outros”<sup>175</sup>. Assim, “a adequada compreensão dos limites dos direitos fundamentais (...) pressupõe a prévia compreensão do respetivo âmbito de proteção do direito em causa, ou seja, a definição do seu conteúdo, dos valores ou bens que ele procura tutelar, que formas de exercício do direito são protegidas – trata-se de uma tarefa interpretativa dos conceitos indeterminados contidos nos preceitos constitucionais pelos aplicadores do Direito”<sup>176</sup>. No caso que vimos a analisar parece que a solução tenderá sempre pelo recurso a uma lei harmonizadora<sup>177</sup>, contudo, “tendo em conta o carácter concreto da resolução de conflitos entre direitos ou entre direitos e valores comunitários, é difícil que o legislador possa, em abstracto, hipotizar todas as situações possíveis, tendo, por isso, de, através de um processo de *tipificação*, simplificar a realidade”<sup>178</sup>, sendo mais correto do ponto de vista juslegislativo “estabelecer critérios relevantes por intermédio de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados a preencher pelo juiz”<sup>179</sup>.

No que concerne em específico ao problema que opõe o direito ao conhecimento da origem genética e o direito à reserva da vida privada e familiar, pelo sujeito gerado com recurso a uma técnica de PMA e doador de gâmetas respetivamente, imagina-se *a priori* que a solução passará por uma lei harmonizadora. No entanto como refere VIEIRA DE ANDRADE “é difícil admitir leis puramente harmonizadoras (que não sejam restritivas)”<sup>180</sup>, ou seja, haverá sempre um necessário sacrifício de algum dos direitos em confronto. Se o legislador optar por um anonimato sem mais, haverá um forte prejuízo do direito ao conhecimento das origens genéticas ao sujeito gerado através de técnicas de PMA heteróloga. Inversamente, se a opção for por uma total quebra do anonimato do doador, haverá uma forte intromissão da vida privada e/ou familiar do mesmo.

O legislador português optou por uma solução aparentemente conciliadora<sup>181</sup> de ambos os direitos em colisão. A regra, como já vimos, não é de um absoluto sigilo mas as

---

<sup>175</sup> Ob. Cit., p.266

<sup>176</sup> REIS, RAFAEL VALE E; ob. cit.; p. 133

<sup>177</sup> Leis que embora não estejam “constitucionalmente autorizadas a restringir os direitos, visam justamente apenas consagrar, de forma geral e abstracta, soluções para a resolução de conflitos.” (ANDRADE, J.C. VIEIRA DE; ob. Cit, p.300)

<sup>178</sup> Andrade, J.C. Vieira de; ob. Cit, p.307

<sup>179</sup> Andrade, J.C. Vieira de; ob. Cit, p.308

<sup>180</sup> ANDRADE, J.C. VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p.317 *apud* Reis, Rafael Vale e; ob. cit.; p. 137

<sup>181</sup> “(...) ao consagrar, em abstracto, por exemplo, (...) que o sujeito pode conhecer a identidade do dador de gâmetas ou do embrião se *razões ponderosas* assim o justificarem, diríamos que o legislador mais não está a

quebras ao anonimato estão taxativamente previstas. “Na verdade, em abstracto, a lei toma em linha de conta ambos os direitos, de tal forma que à partida para o caso, e desconhecendo as concretas condições deste, será difícil antecipar a solução final no sentido de prevalência de um ou outro valor conflituante”<sup>182</sup>, prossegue ainda o mesmo autor ressaltando “porém, porque esses valores são de realização hetero-excludente (o direito a conhecer afasta a reserva da intimidade) o legislador está, afinal, a criar as condições para que, na situação concreta, um deles prevaleça, traduzindo-se a aplicação da norma num resultado restritivo”<sup>183</sup>. Assim é, ainda que a lei utilize conceitos indeterminados como o n.º do art. 15.º da Lei 32/2006 (“razões ponderosas”), o decisor continua a ter uma margem de conformação, sacrificando ou não o direito ao conhecimento das origens genéticas.

A solução encontrada é pois restritiva de um dos direitos em questão quando aplicada em concreto, cabendo-lhe o regime geral de toda restrição legal de direitos fundamentais regulada no art.18.º da CRP, números 2 e 3<sup>184</sup>.

O Princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que já tivemos oportunidade de fazer referência, é um princípio a mobilizar na tarefa decisória pois ele fornece ao julgador uma referência que deve ser cumprida aquando do confronto destes dois direitos fundamentais, orientando-o na melhor decisão.

PAULO OTERO, aderindo a uma posição de quebra total com o anonimato do doador diz-nos que “não existem interesses ou direito concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo – v.g., a tutela dos respectivos direitos à intimidade pessoal e familiar – que possam impedir alguém de conhecer a respectiva origem e o património

---

fazer do que a procurar uma adequada harmonização de dois direitos fundamentais que se intersectam”. (REIS, RAFAEL VALE E; ob.cit; p.138)

<sup>182</sup> ob.cit; p.138

<sup>183</sup> ob.cit; p.138

<sup>184</sup> Merece uma nota o critério da colisão de direitos no direito privado. O art. 335.º do Código Civil estatui um critério de cedência ou a prevalência de direitos conforme a hierarquia que se puder fazer entre eles. Este critério não pode ser aplicado indiscriminadamente ao caso que vimos a analisar pois “é difícil estabelecer, em abstracto, uma hierarquia entre os bens constitucionalmente protegidos (...) ainda que se tenha a representação comum de que os direitos não podem valer exatamente o mesmo – até porque se referem com intensidades diversas ao fundamento comum da dignidade da pessoa humana – verifica-se que essa hierarquização natural só pode fazer-se, na maior parte das hipóteses, quando se consideram as circunstâncias dos casos concretos”. Prossegue o mesmo autor “dada a complexidade estrutural dos direitos fundamentais e a intensidade diferenciada dos valores protegidos, não pode aceitar-se, nem uma sistemática prevalência de um dos direitos ou valores, nem uma redução mútua igual, impondo-se uma ponderação concreta dos bens, que pode conduzir a resultados variáveis em função das circunstâncias. O princípio, consagrado na doutrina constitucional como princípio da harmonização ou da concordância prática, enquanto critério de solução de conflitos não pode, pois, ser aceite ou entendido como um regulador automático” (ANDRADE, J.C. VIEIRA DE; ob. Cit, pp.302-303), só neste sentido último faz sentido aplicar estes critérios.

genético”<sup>185</sup>. Não cremos que a resposta ao problema possa ser dada de uma forma tão imediata, devendo antes considerar todos os interesses envolvidos.

A nível jurisprudencial, o Tribunal Constitucional teve já oportunidade, ainda que indiretamente de se pronunciar sobre o assunto no acórdão n.º 23/06 quando reconhece existir um direito à identidade pessoal, mas admitiu também que “outros valores, para além da ilimitada recepção à averiguação da verdade biológica da filiação (...) possam intervir na ponderação dos interesses em causa, como que comprimindo a revelação da verdade biológica”. Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>186</sup>, considerou que o ordenamento jurídico Francês no regime do “parto anónimo”<sup>187</sup>, pudesse criar limitações ao direito ao conhecimento das origens genéticas. De forma mais ampla, este Tribunal, no mesmo acórdão, considerou ainda válida a restrição, por outros Estados, do direito ao conhecimento das origens genéticas desde que assegurem a realização, segundo critérios de proporcionalidade, de todos os interesses em presença.

Desta forma, podemos concluir que a dicotomia aqui presente carece de uma discussão profunda, uma vez que não está isenta de críticas, já que ao legislador cumpre a árdua tarefa de conjugar dois direitos fundamentais numa mesma realidade. Assim, sem ainda tomar uma posição sobre o assunto, subscrevemos VIEIRA DE ANDRADE: “a questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação, não de valores em si, mas das formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto de valores constitucionais (à ordem constitucional)”<sup>188</sup>, ainda que por vezes, possa ter de haver uma preferência de um direito em relação a outro, mesmo uma preterição, ou restrição.

---

<sup>185</sup> OTERO, PAULO; “Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano”; Coimbra; Almedina, 1999, p.73

<sup>186</sup> Caso Odièvre *versus* França, acórdão datado de 13 de Fevereiro de 2003. Para mais desenvolvimentos *vide* REIS, RAFAEL VALE E; “O Direito ao Conhecimento...”; p. 238 e seguintes.

<sup>187</sup> Possibilidade conferida à progenitora, casada ou não, de estabelecer ou não um vínculo de maternidade jurídica.

<sup>188</sup> Andrade, J.C. Vieira de; ob. Cit. p. 305

## **VI – Reflexões Conclusivas**

Pretendemos com este estudo demonstrar o estado atual do ordenamento jurídico português em relação às questões do direito ao conhecimento das origens genéticas e do anonimato do dador de gâmetas nos casos de PMA. Merecem, ainda assim, ser feitas algumas considerações finais.

A primeira no que diz respeito às condições de acesso à PMA, de entre as quais se destaca o requisito da subsidiariedade. Consideramo-lo um requisito de nuclear importância, que deve condicionar a utilização deste tipo de técnicas de reprodução. No entanto, e como vimos, ecoam já vozes de mudança, quer no âmbito de legislações próximas à nossa, como é o caso da espanhola, que admite a PMA como técnica complementar, quer em propostas legislativas que consagram as técnicas de PMA como método alternativo à procriação natural. Não sufragamos estes entendimentos. Em primeiro lugar, porque se trata de uma manipulação da vida humana injustificada e inaceitável quando os métodos naturais são ainda possíveis. Em segundo lugar, porque, desta forma, estaria aberto o caminho para uma discussão mais ampla, nomeadamente em torno do acesso por parte de casais homossexuais às técnicas de PMA, e, no limite, da aceitação das barrigas de aluguer em consonância com um princípio de igualdade.

Outro ponto que merece destaque é, inevitavelmente, o direito ao conhecimento das origens genéticas. Neste particular abordámos, nomeadamente, a interligação entre este direito e os princípios estabelecidos na nossa Lei Fundamental. É inequívoco que o direito ao conhecimento das origens genéticas é tutelado pela nossa ordem jurídica, e comporta uma estreita ligação com princípios como o da dignidade da pessoa humana, o direito à identidade e integridade pessoal, e o livre e completo desenvolvimento da personalidade. Assim, qualquer condicionalismo injustificado poderá constituir um fundamento de inconstitucionalidade.

Tivemos ainda a oportunidade de fazer uma correspondência entre o regime da adoção e a sua eventual aplicação analógica ao regime da PMA. Se em certos casos o paralelismo não tem qualquer cabimento, tal como o da subsidiariedade do regime da adoção em relação ao recurso a técnicas de PMA, noutros planos o paralelismo é absolutamente oportuno. Em nossa opinião, não se justifica a incoerência entre o regime do anonimato do dador de gâmetas na PMA e o do direito ao conhecimento do ascendente biológico na adoção. O direito ao conhecimento das origens genéticas é excecional para o

sujeito gerado com recurso a técnicas de PMA, mas pleno para o adotado. Sendo os fundamentos para um e outro institutos substancialmente os mesmos, não compreendamos a dualidade de critérios estabelecidos na nossa Lei<sup>189</sup>.

Também em relação ao anonimato do dador estabelecido no art. 15.º da Lei 32/2006, entendemos ser necessária uma análise mais aprofundada. Os autores que tratam o tema do anonimato do dador de gâmetas caem, por vezes, em alguns erros sobre o verdadeiro perigo da abolição do princípio do anonimato, proclamando que tal teria o efeito imediato da quebra das doações de gâmetas. Na verdade, existem estudos<sup>190</sup> que indiciam a possibilidade de a abolição do anonimato poder ter como consequência um acréscimo das doações, ou, no mínimo, a manutenção dos níveis atuais. Cremos, efetivamente, que seja possível que esta abolição acarrete a mudança do perfil do dador, em função dos constrangimentos que uma tal doação pode provocar a esse sujeito. Com efeito, não é absolutamente verdade que uma eventual quebra do anonimato implique um decréscimo imediato das doações, muito menos dos problemas daí resultantes.

Assim, no confronto de direitos em análise, tendemos a valorizar o direito ao conhecimento das origens genéticas em detrimento do direito ao anonimato do dador de gâmetas, uma vez que, como já vimos, a quebra do anonimato nunca implicará qualquer tipo de responsabilidade jurídica para o dador. Tendo este ponto como assente, esse sujeito pode ainda invocar a reserva da vida privada como um valor que a nossa ordem jurídica reconhece e tutela, e que não pode ser descartado de forma alguma. Não obstante, na esteira de GUILHERME DE OLIVEIRA e RAFAEL VALE E REIS<sup>191</sup>, não defendemos uma quebra total do sigilo do dador, embora nos pareça que a sua posição é na maioria das situações a menos defensável, ainda que este possa invocar razões suficientemente fortes para que o anonimato não seja quebrado. É nossa convicção que deve ser antes adotado um novo método que não sacrifique o direito ao conhecimento das origens genéticas nos moldes que o art. 15.º da Lei 32/2006 o faz. Não concordamos, por isso, com o entendimento

---

<sup>189</sup> Também assim, Vieira de Andrade, J.C., *Procriação Assistida com dador*, Colóquio Interdisciplinar, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993, p. 64: “O problema do anonimato do dador, (...) há dois valores em colisão frontal (...) a solução [para o conhecimento da ascendência biológica] tem de ser coerente com a que se estabeleça para a adoção”.

<sup>190</sup> Cfr. Pennings, Guido, *The Reduction of Sperm Donor Candidates Due to the Abolition of the Anonymity Rule: analysis of an argument*, in «Journal of Assisted Reproduction and Genetics», vol. 18, n.º 11, 2001, pp. 617 a 622.

<sup>191</sup> Guilherme de Oliveira, *Aspectos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida*, in «Temas de Direito da Medicina», Coimbra editora, 2005, p.18 e Reis, Rafael Vale e, *O direito ao conhecimento...*, ob. cit., p. 491.

sufragado pelo Tribunal Constitucional no Ac. 101/2009, de 1 de Abril, segundo o qual na ponderação dos direitos e valores constitucionais em confronto “...não parece que deva considerar-se como constitucionalmente inadmissível que o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar...”, dada a desproporção de proteção dos interesses envolvidos e a formulação de exceções demasiado restritivas. Também assim, BENJAMIM RODRIGUES, no seu voto de vencido, afirma “...a exigência do recurso ao tribunal (...) bem como [a invocação] de «razões ponderosas» para a concessão de tutela constitucional, são manifestamente desproporcionadas quando confrontadas com os conteúdos normativos dos direitos fundamentais dos outros intervenientes da PMA que estão em causa.”

Em nossa opinião, a solução mais harmonizadora passaria por estabelecer, como ponto de partida, a regra da admissibilidade da revelação da identidade do dador de gâmetas, só podendo esta ser impedida por decisão judicial. Ou seja, em vez de recair sobre o sujeito gerado o dever de provar, *prima facie*, a lesão do seu direito por “razões ponderosas”, recairia antes sobre o dador a invocação de outros valores superiores que impedissem a sua identificação. Aderimos portanto, por completo, à solução proposta por Rafael Vale e Reis<sup>192</sup>, como a que melhor considera os interesses em jogo em conformidade com a nossa Lei Fundamental.

Conclui-se assim um estudo que se pretendeu claro e objetivo, sobre um tema que divide as legislações europeias mas que carece de uma resposta justa, que vá de encontro a todos os interesses em jogo. Reclama-se, no mínimo, uma igualdade de proteção entre o dador e o sujeito gerado com recurso a técnicas de PMA. Até lá, recai sobre o julgador a árdua tarefa de procurar o equilíbrio dos direitos em causa, tendo sempre em consideração a enorme importância que o conhecimento da ascendência genética pode significar para a vida desse indivíduo. Afinal, está em causa a identidade de seres humanos, que apresentam a única particularidade de terem sido concebidos de forma diversa à natural. Em tudo o resto, merecem a mesma tutela jurídica que um qualquer outro cidadão.

---

<sup>192</sup> Reis, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., pp. 477 e ss.

## VII – Bibliografia

ALVES, SANDRINA LOPES, e OLIVEIRA, CLARA COSTA, *Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas*, disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/883/975](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975) (consultado a 19/12/2014)

ANDRADE, J.C. VIEIRA DE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 4ª Edição, 2009

ARAÚJO, FERNANDO, *Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999

ASCENÇÃO, OLIVEIRA, *Direito da Saúde e Bioética*, ROA, Ano 51, 1991

BARBAS, STELA, *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra, 1998

CAMPOS, DIOGO LEITE, *A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*, ROA, vol. III, ano 66, 2006

CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução de SARLET, INGO WOLFGANG e PINTO, PAULO MOTA, Coimbra, Almedina, 2003

COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008

Comissão da Condição Feminina, Conselho da Europa – procriação artificial humana: princípios orientadores, Lisboa, 1990.

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

DUARTE, TIAGO, *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003

GOMES CANOTILHO, J.J.; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

Les Études du Conseil d'État – la révision des lois de bioéthique, la documentation Française, Paris, 2009

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

LOUREIRO, JOÃO, *O Direito à identidade genética do ser humano*, in Portugal-Brasil, “Stvdia Ivridica”, Coimbra, 2000, pp. 291-292

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

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II e IV, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991

MONGE, MARINA PEREZ, *La Filiación derivada de técnicas de reproducción assistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales; 2002

MORI, MAURIZIO, *Fecundação Assistida e Liberdade de Procriação*, in “Revista Bioética”, vol. 9, n.º 2, 2001, disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/245/245](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/245/245) (consultado a 19/12/2014)

OLIVEIRA, CARLA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Estabelecimento da Filiação*, Almedina; 6ª reimpressão, Coimbra, 2001

OLIVEIRA, GUILHERME, *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

OTERO, PAULO, *Direito da Vida. Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2004

OTERO, PAULO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999

Pennings, Guido, *The Reduction os Sperm Donor Candidates Due to the Abolition of the Anonymity Rule: analysis of an argument*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, vol. 18, n.º 11, 2001

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2012

PINTO, PAULO MOTA, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in “*Stvdia Iuridica*”, n.º40, Coimbra Editora, 2000

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

RAPOSO, VERA LÚCIA, e PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº32/2006, de 26 de Julho)*, in “Lex Medicinae”, Ano 3 n.º6, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

REIS, RAFAEL VALE E, *Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008

RICHARDS, MARTIN, *Assisted Reproduction and Parental Relationships*, in *Children and their families: Contact, Rights and Welfare*, Oxford

RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO, *La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico*, *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º1, 2004

SÁ, EDUARDO, *Problemas psicológicos da fecundação com esperma de dador*, *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993

SILVA, PAULA MARTINHO, E COSTA, MARTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, *Quem são os “verdadeiros” pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, in “Direito e Justiça”, Vol. XVI, Tomo I, 2002

SOUSA, MÁRIO, *Em defesa da mulher e do casal infértil: proposta de legislação sobre a procriação medicamente assistida*, in “Revista Ciência Hoje”, 2006

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE; *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

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

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006