

Universidades Lusíada

Tavares, Ana Filipa da Costa

Debate sobre o anonimato do dador na PMA

<http://hdl.handle.net/11067/5890>

Metadata

Issue Date 2020

Abstract A Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei 32/2006, de 26 de julho), que regula a utilização de técnicas de PMA, foi aprovada em 2006, com o objetivo de cumprir a imposição do art.67º, nº2, al. e) da CRP, determinando que incumbe ao Estado para a proteção da família regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. Contudo, a alteração à LPMA, introduzida pela lei 48/2019, de 8 de julho, modificou o regime da confidencialidade, previsto no ar...

Abstract The Medically Assisted Procreation Law (Law 32/2006 of July 26th), which regulates the use of PMA techniques, was approved in 2006 in order to fulfil the imposition of art. 67, no. 2, subparagraph e) of the Portuguese Constitution which determines that the State protects the family and regulates assisted procreation with regards to safeguarding the dignity of the human person. However, the amendment to the LPMA introduced by Law 48/2019 of July 8th, modified the confidentiality r...

Keywords Procriação Medicamente Assistida - Aspectos legais, Anonimato na doação, Legislação portuguesa

Type masterThesis

Peer Reviewed No

Collections [ULP-FD] Dissertações

This page was automatically generated in 2021-12-08T15:33:00Z with information provided by the Repository



UNIVERSIDADE LUSÍADA- NORTE PORTO

DEBATE SOBRE O ANONIMATO DO DADOR NA PMA

Ana Filipa da Costa Tavares

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de Ciências Jurídico Civilísticas, sob a orientação da Prof. Doutora Sandra Passinhas

Porto, 2020

Agradecimentos

Em momento de enclausura aprendemos a dar ainda mais valor àqueles que nos acompanharam durante o nosso percurso quer académico, quer pessoal.

Percebemos que não podemos tomar tudo como certo, pois a qualquer momento a nossa realidade pode mudar.

Assim, e sem qualquer ordem em particular, quero agradecer à minha família, em especial aos meus pais, por todos os sacrifícios feitos em prol da minha educação e formação e por sempre me deixarem voar, sem me cortarem as asas; aos meus Padrinhos, à Ana e ao Pedro, por todos os ensinamentos, momentos passados e por todas as palavras de conforto.

À minha orientadora, a Doutora Sandra Passinhas, por aceitar este desafio, por toda a ajuda e disponibilidade e, acima de tudo, por todo o apoio incondicional, principalmente nos momentos mais complicados.

À Universidade que me viu crescer, a Universidade Lusíada Norte-Porto e que, durante muitos anos foi a minha segunda casa.

À Biblioteca da Universidade Lusíada Norte-Porto, por todo o apoio e ajuda, principalmente quando não era possível a deslocação às instalações da mesma e, ainda, pela segunda família que lá foi construída.

Falo da Dra. Clara Vieira que, além de uma excelente profissional é uma excelente amiga. Obrigada por todo o amor e apoio incondicional, por estares sempre do meu lado e por me ensinares que nós somos o nosso próprio limite; da Fernanda Sousa, por todos os bons dias cheios de alegria, por todo o carinho, apoio e olhares ternurentos; do Dr. Eduardo Oliveira e Sousa, por todo o companheirismo, ajuda, palavras de incentivo, respeito e acima de tudo, por toda a paciência que teve comigo.

Aos meus meninos(as) por verem em mim um exemplo a seguir e por estarem sempre do meu lado, seja em que circunstância for e, em qualquer momento.

Por fim, quero agradecer às minhas amigas de todas as horas que, sempre me acompanharam e foram uma peça fulcral no desenvolvimento desta dissertação, Ana, Andreia, Débora, Diana, Maria João, Mariana e Sara, obrigada por toda a compreensão, paciência, carinho, por me desculparem por todos os cafés apressados, por todos os planos cancelados, por nunca haver uma meia verdade, nem um meio sorriso.

Esta jornada foi complicada e turbulenta, mas graças a vocês, aprendi que é tudo uma questão de perspectiva e que quando temos as pessoas certas do nosso lado, a vida tem outro gosto.

Obrigada a todos, do fundo do coração!

Desejar o filho no desconhecimento de uma genealogia a que deve poder aceder coarctada, radicalmente, o seu direito a conhecer as suas raízes genéticas. (Almeida, 2004)

Índice

Índice	V
Resumo	VII
Abstract	VIII
Palavras-chave.....	IX
Lista de abreviaturas.....	X
Introdução.....	1
Capítulo I. A PMA e o direito ao conhecimento das origens genéticas	3
1.1. Antecedentes históricos da Lei nº 32/2006	4
1.2. Breve análise da Lei nº 32/2006.....	6
1.3. A filiação na PMA heteróloga.....	11
Capítulo II. Princípios constitucionais inerentes à PMA Heteróloga.....	15
2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	15
2.2. Direito à identidade pessoal e à identidade genética.....	17
2.3. Direito à integridade pessoal	19
2.4. Direito ao desenvolvimento da personalidade	20
2.5. Direito a constituir família	21
Capítulo III. O anonimato do dador de gâmetas	24
3.1. O direito à intimidade privada.....	24
3.2. Posição adotada por Portugal antes da alteração legislativa	25
3.3. Posicionamento de alguns países acerca do anonimato	30
3.4. Argumentos a favor do anonimato	34
3.4. Argumentos contra o anonimato	37
3.5. Posição intermédia	39
Capítulo IV. A abolição do anonimato.....	41
4.1. Admissibilidade dos “ <i>double track</i> ” systems	41
4.2. Lei nº 48/2019	42
4.3. Ponderação de direitos conflituantes.....	45

Reflexões Conclusivas	48
Bibliografia.....	50

Resumo

A Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei 32/2006, de 26 de julho), que regula a utilização de técnicas de PMA, foi aprovada em 2006, com o objetivo de cumprir a imposição do art.67º, nº2, al. e) da CRP, determinando que incumbe ao Estado para a proteção da família *regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.*

Contudo, a alteração à LPMA, introduzida pela lei 48/2019, de 8 de julho, modificou o regime da confidencialidade, previsto no art.15º.

No novo quadro normativo, o anonimato dos dadores de gâmetas ou embriões desapareceu. Desta forma, o objetivo deste estudo consiste em perceber e analisar o impacto e os riscos desta nova alteração à LPMA.

Abstract

The Medically Assisted Procreation Law (Law 32/2006 of July 26th), which regulates the use of PMA techniques, was approved in 2006 in order to fulfil the imposition of art. 67, no. 2, subparagraph e) of the Portuguese Constitution which determines that the State protects the family and regulates assisted procreation with regards to safeguarding the dignity of the human person.

However, the amendment to the LPMA introduced by Law 48/2019 of July 8th, modified the confidentiality regime provided by article 15.

In the new regulatory framework, the anonymity of gamete or embryo donors has disappeared. Therefore, the objective of this study is to find and analyse the impact and risks of this new change in the LPMA.

Palavras-chave

Procriação Medicamente Assistida – Procriação Heteróloga – Origem Genética – Anonimato do dador

Keywords

Medically Assisted Procreation – Heterologous Procreation – Genetic Origin – Donor Anonymity

Lista de abreviaturas

Art. – Artigo

Ac. – Acórdão

Cfr. – Conferir

TC – Tribunal Constitucional

OMS – Organização Mundial de Saúde

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida

PMA – Procriação Medicamente Assistida

DUGHDH – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

CC – Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CNECV – Conselho Nacional de Ética de Ciências para a Vida

CP – Código Penal

PS – Partido Socialista

CDS-PP – Partido do Centro Democrático Social Partido Popular

PCP – Partido Comunista Português

PEV – Partido Ecologista “Os Verdes”

BE – Bloco de Esquerda

PSD – Partido Social Democrata

DGPI– Diagnóstico Genético Pré-Implantação

IA– Inseminação Artificial

FIV– Fertilização *In Vitro*

ICSI– Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides

GIFT– Transferência Intratubária de Gametas

ZIFT– Transferência Intratubária de Zigotos

ss. – Seguintes.

Introdução

A infertilidade¹ apresenta-se como uma doença que assombra aqueles que têm o sonho de ser pais. Como forma de resolver esta condicionante, a partir da segunda metade do século XX, foram surgindo avanços na ciência médica, nomeadamente no âmbito da genética e da reprodução humana.

Contudo, apesar dos avanços científicos existentes, há situações de infertilidade que não conseguem ser ultrapassadas com os gâmetas do próprio casal e, então, é necessário a ponderação da utilização de algumas técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) heteróloga, como a inseminação artificial (IA) ou até mesmo, a fertilização *in vitro* (FIV) com o recurso a gâmetas de dadores.

Este acontecimento originou novos desafios ao Direito, desde logo, porque nem sempre há correspondência entre a verdade biológica e a verdade jurídica.

A PMA foi regulada em Portugal através da Lei nº32/2006 de 26 de julho e, com esta lei surgiram vários problemas, desde logo, no que diz respeito ao sigilo do dador.

Após várias alterações legislativas à lei supracitada, surgiu uma nova alteração e, talvez a mais importante- a Lei nº 48/2019, de 8 de julho. Com ela, regulou-se o regime da confidencialidade, conferindo a possibilidade, às pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, de obter informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como obter a identificação civil do doador.

Neste contexto, questiona-se se estamos efetivamente perante uma abolição do anonimato dos doadores e, se a resposta for afirmativa, quais os riscos inerentes a tais factos.

Desta forma, torna-se relevante perceber em que consiste o direito ao conhecimento das origens genéticas e o impacto que este direito tem na abolição do anonimato.

Antes de mais, podemos afirmar que a procura pela ascendência genética está adstrita a diversos fatores, desde a curiosidade pelo conhecimento das suas origens, inerente a todos os seres humanos, até à possibilidade de cura de doenças hereditárias.

Este direito identifica-se com a faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respetivos progenitores e, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente (Vale e Reis, 2008, p. 13).

Pretende-se que este estudo se circunscreva à análise do conhecimento das origens genéticas e os confrontos que o sigilo que estas técnicas de reprodução impõem aos

¹ A infertilidade foi considerada pela OMS como uma doença e, é frequentemente definida como a ausência de gravidez ao fim de um ano de relações sexuais desprovidas e regulares.

envolvidos, nomeadamente em relação ao regime de filiação na reprodução heteróloga e o conhecimento da identidade do dador.

Desta forma, o presente estudo está estruturado em quatro capítulos organizados de forma a permitir uma melhor compreensão do tema em apreço.

No primeiro capítulo pretende-se fazer uma breve abordagem à evolução história e legislativa do instituto da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e, posteriormente, relacioná-la com o Direito da Filiação.

No capítulo seguinte, procura-se analisar os direitos fundamentais inerentes à PMA heteróloga, que auxiliam a sustentar o direito ao conhecimento das origens genéticas, como a dignidade da pessoa humana, o direito à identidade pessoal e genética, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito a constituir família e o direito à integridade física.

No terceiro capítulo, circunscrevemos o presente estudo ao direito dos dadores de gametas. Neste sentido, começamos por interpretar o princípio da reserva da intimidade da vida privada e familiar, princípio inerente aos dadores. De seguida, analisamos a posição do ordenamento jurídico português, antes da alteração legislativa que ocorreu em 2019 (Lei nº 48/2019, de 8 de julho). E, estudamos o posicionamento de alguns países em relação ao objeto da dissertação e, os argumentos utilizados na tomada de uma posição.

Posteriormente, e já no quarto capítulo, retratamos a admissibilidade dos sistemas de duas vias, analisamos a última alteração legislativa à LPMA e, por fim, fizemos uma ponderação dos direitos fundamentais em conflito: o direito ao conhecimento das origens genéticas, por parte do concebido com recurso às técnicas de PMA; e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, por parte do dador de gametas.

Capítulo I. A PMA e o direito ao conhecimento das origens genéticas

Nas palavras de Alberto Barros, *a fertilidade sempre foi fundamental para a sobrevivência das populações e, por isso, socialmente aceite e encorajada, a infertilidade era, pelo contrário, considerada como uma doença vergonhosa, até mesmo uma maldição dos deuses, que era necessário conjurar com rituais religiosos e mágicos, sendo a mulher quem, em regra, era inculpada e muitas vezes desprezada, odiada e maltratada pela circunstância de não ter filhos* (Barros, 2016, p. 107).

A infertilidade ao ser vista como uma doença fez com que houvesse uma necessidade, ainda que, acrescida para solucionar este problema, tal só foi possível com os avanços da ciência médica, no que diz respeito à genética e à reprodução humana, ou seja, através das técnicas de PMA.

Assume-se, que estas técnicas surgiram como uma alternativa para auxiliar a geração de um filho, quando não é possível fazê-lo de forma natural².

Porém, deste auxílio, podem advir certas situações, como a curiosidade dos filhos gerados através técnicas de PMA na sua identidade genética, na sua ascendência biológica, e, a necessidade destes, na construção da sua individualidade.

Parece-nos legítimo que qualquer pessoa queira saber quem é e, de onde veio. No entanto, surgiu um problema: a Lei nº 32/2006, de 26 de Julho.

Esta lei, além de regular as técnicas de PMA, veio introduzir o regime de confidencialidade, no que respeita à identidade de qualquer dos participantes envolvidos neste tipo de processos, ou seja, estava vedado³ o direito ao conhecimento das origens genéticas.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (DUGHDH), datada de 11 de Novembro de 1997 e, portanto, anterior à entrada em vigor da LPMA, estabelece, logo, no seu primeiro artigo, que o *genoma humano tem subjacente a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como o reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, constitui o património da*

² *Mas importa ainda olhar para o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida como um prolongamento e efetivação de um direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (...)* (Neto & Teixeira Pedro, 2018, p. 84).

³ Salvo algumas exceções, que serão analisadas adiante.

Humanidade (Unesco, 2001). Ou seja, enaltece a importância do património genético⁴, que se revela distinto de pessoa para pessoa.

Para além disto, a Convenção sobre os Direitos da Criança no seu art. 7º, nº1 determina que *a criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles*. Retirando-se, daqui o direito ao conhecimento das origens genéticas e, a sua importância no desenvolvimento da personalidade da criança.

A criança que nasceu com recurso a técnicas de PMA terá, em princípio, curiosidade em saber de onde veio, quem é que doou o seu material genético para que pudesse nascer.

Nestes termos, começou a ser questionada a possibilidade do levantamento do anonimato do dador em prol do direito da criança em saber as suas origens, mas para tal, é necessário identificar qual o direito de personalidade que deve prevalecer, se o direito ao conhecimento das origens genéticas da criança que nasceu do recurso das técnicas de PMA ou o direito ao anonimato do dador de gametas.

1.1. Antecedentes históricos da Lei nº 32/2006

Em Portugal as técnicas de PMA já são utilizadas há mais de vinte anos, no entanto, só em 2006 é que foi aprovada uma lei que pretende dar resposta a todos os problemas que surgem em torno desta temática, a Lei nº 32/2006, de 26 de Julho.

Porém, considera-se relevante demarcar os principais momentos que promoveram a produção legislativa da PMA em Portugal.

Antes de ser publicada, a única legislação que existia no nosso ordenamento jurídico, relativamente à PMA, circunscrevia-se apenas, ao art.1839º, nº3 do CC, que estabelece que *não é permitido a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*; ao art.67º, nº2, al. e) da CRP, que estipula que incumbe ao Estado *regulamentar a procriação medicamente assistida*; ao art.168º do CP, que estipula uma pena de prisão de 1 a 8 anos para quem *praticar ato de procriação artificial em mulher sem o seu consentimento*; e, por fim, ao art.9, nº2 da Lei nº 3/84, de 24 de Março, que atribui

⁴ Para Stela Barbas, *não é fácil uma definição abrangente de património genético considerada a sua complexidade intrínseca. Talvez se possa adiantar, património genético no sentido de universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com fatores ambientais e num permanente processo de inter-acção, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir* (Neves Barbas, 1998, p. 17).

a competência ao Estado de *aprofundar o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade* (Pinheiro, 2008, p. 201).

Posto isto, em 1986, foi criada a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, por iniciativa do Ministério da Justiça, através do Despacho nº 37/86. Esta Comissão propôs ao Ministério da Justiça a adoção de um regime provisório e restritivo, o Decreto-Lei nº 319/86 de 25 de Setembro, uma vez que apenas regulamentava a inseminação artificial homóloga, a fertilização *in vitro* e, a fertilização intratubária com sêmen fresco. Para a realização de inseminação heteróloga ou de qualquer outra técnica, com recurso a sêmen congelado, era necessário a autorização prévia do Ministério da Saúde (Martinho da Silva & Costa, 2011, p. 11).

De seguida, já em 1992 e por iniciativa do Ministério da Saúde, foi criado o Grupo de Trabalho para o Estudo da Medicina Familiar, Fertilidade e Reprodução Humana. Entregaram em setembro de 1993, um relatório onde propunham sugestões, devidamente fundamentadas, para um projeto legislativo sobre a PMA, que chegou a ser elaborado pelo Gabinete do Ministério da Saúde, mas nunca chegou a ser divulgado publicamente (Silva, 2014, p. 59).

O Governo, em agosto de 1997, apresentou uma Proposta de Lei (Proposta de Lei nº 135/VII). Esta proposta foi aprovada⁵, o que originou o Decreto nº 415/VII.

O Decreto nº 415/VII foi vetado pelo Presidente da República, em julho de 1999, devido à oposição da comunidade científica e médica, no que diz respeito à limitação do número de ovócitos a inseminar, à possibilidade da identificação do doador de sêmen e às restrições no uso de DGPI.

A par destes marcos históricos, Jorge Duarte Pinheiro aponta mais um, *em Dezembro de 2004, estavam pendentes na Assembleia da República, três⁶ projetos lei sobre a mesma matéria e havia referências na imprensa à iminente apresentação de um quarto projeto de lei (da autoria do PSD e do CDS/PP)* (Pinheiro, 2015, p. 59).

No dia 25 de maio de 2006 foi aprovada a lei da PMA⁷ e, por fim, no dia 11 de julho de 2006 o Presidente da República promulga aquela é a primeira lei que *regula a utilização*

⁵ Com os votos a favor do PS e do CDS-PP, com os votos contra do PCP e de PEV e, por fim, com a abstenção do PSD.

⁶ Projeto de lei nº 90/IX, apresentado pelo PS; Projeto de lei nº371/IX, apresentado pelo BE; Projeto de lei nº 512/IX, apresentado pelo PCP.

⁷ Com os votos favoráveis do PS, PCP, BE, PEV e oito deputados do PSD, e com os votos contra dos restantes membros do PSD e CDS-PP.

de técnicas de procriação medicamente assistida (art.1º, nº1 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho).

Desta forma, podemos concluir que até à publicação da lei supracitada existia uma lacuna no ordenamento jurídico português, no que diz respeito às PMA.

Para Stela Barbas esta lacuna até à publicação da lei nº 32/2006, de 26 de julho *não implica na afirmação de que não existia qualquer regra acerca do assunto. Todavia, as normas jurídicas que expressamente disciplinavam a procriação assistida, artigos 1839º, nº3, do Código Civil, artigo 168º do Código Penal, artigo 9º da Lei 3/84 de 24 de Março e o Decreto-Lei 319 de 25 de Setembro eram claramente insuficientes, encontravam-se desinseridas do conjunto do sistema jurídico e, o que é mais grave, suscitavam inúmeras dúvidas e contradições* (Neves Barbas, 1998, p. 248).

1.2. Breve análise da Lei nº 32/2006

Após enquadrada historicamente, importa analisá-la.

Como já for referido, a Lei nº 32/2006 de 26 de julho, pôs termo a um vazio jurídico⁸ que existia no nosso ordenamento jurídico, regulamentando a utilização de técnicas de PMA.

Após a entrada em vigor desta lei, um grupo de trinta e um Deputados à Assembleia da República requereu a declaração com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da Lei nº 32/2006, de 26 de julho (doravante designada por LPMA), com diversos fundamentos, entre os quais a inconstitucionalidade material de diversas normas, que vamos analisar a seu tempo. O Tribunal Constitucional reconheceu a legalidade e constitucionalidade da Lei (Tribunal Constitucional, 2009).

A LPMA é composta por quarenta e oito artigos e, ao longo dos anos foi sofrendo várias alterações, seis no total, revelando-se pertinente salientar as mais importantes.

Para começar, salienta-se a Lei nº 17/2016, de 20 de junho⁹, que alargou o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (cfr. art.6º, nº1 da Lei nº 17/2016), e garantiu *o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida*

⁸ Segundo Jorge Duarte Pinheiro, o vazio jurídico até à publicação da lei da PMA deveu-se a três fatores: *o reconhecimento de que a procriação assistida é um ato médico, associado ao princípio tradicional da regulação dos atos médicos pelos próprios profissionais do sector; a ideologia do livre-mercado, que leva a ver a medicina como uma oferta de serviços, à qual as pessoas aderem ou não, consoante os respetivos desejos e capacidades económicas; as dúvidas acerca da constitucionalidade da regulamentação estatal relativa ao aborto (no pressuposto de que a mulher e o médico são aqueles que estão em melhores condições para tomar uma decisão) e a conexão que se estabeleceu entre a matéria e a procriação assistida* (Pinheiro, 2015, p. 56).

⁹ Segunda alteração à LPMA.

(cfr.Art.1ºda Lei nº 17/2016); a Lei nº 25/2016, de 22 de agosto¹⁰, que regulou o acesso à gestação de substituição; e, por fim, a Lei nº 48/2019, de 8 de julho¹¹, que regula o regime da confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida¹².

O art.2º, da LPMA, enumera um conjunto de técnicas de PMA, como a inseminação artificial; a fertilização *in vitro*¹³; injeção de intracitoplasmática de espermatozoides¹⁴; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos¹⁵; diagnóstico genético pré-implementação¹⁶ e, por fim, outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. No entanto, para este estudo, a técnica de PMA mais relevante é, sem dúvida, a inseminação artificial.

A inseminação artificial define-se como uma transferência mecânica de espermatozoides para o interior do aparelho genital feminino, podendo ser efetuada de várias formas: intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal ou intrafalopiana.

Tratando-se de uma técnica simples, a inseminação artificial, assume duas modalidades. Sendo a primeira, a inseminação artificial homóloga, onde o dador de espermatozoides é o marido da mulher inseminada e, a segunda é a inseminação artificial heteróloga¹⁷, ou seja, onde há a intervenção de um terceiro (dador).

No seu art.4º, o legislador português legitimou que, o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, *são um método subsidiário*¹⁸, e não alternativo (nº1), ressalvando no nº 2 que, a utilização deste tipo de técnicas está reservada a casos onde

¹⁰ Terceira alteração à LPMA.

¹¹ Sexta e última alteração à LPMA.

¹² Esta alteração será analisada em momento oportuno.

¹³ A fertilização *in vitro* é semelhante à inseminação artificial, a única diferença é que na fertilização *in vitro*, o processo de fertilização não ocorre no interior do corpo da mulher, mas sim num tubo de ensaio.

Em 1978 deu-se o nascimento do primeiro ser humano resultante de fertilização *in vitro* (Massano Cardoso, 2011, p. 12).

¹⁴ Corresponde a uma modalidade da fertilização *in vitro*, onde o ato de fecundação é manipulado, uma vez que, o espermatozoide é diretamente introduzido no ovócito.

¹⁵ Nesta técnica, a fecundação ocorre no corpo da mulher, mais concretamente nas trompas de Falópio. Após a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o processo de fecundação deve ocorrer nos trâmites normais.

¹⁶ Como o próprio nome indica, esta técnica deteta os embriões que não estão em condições de se desenvolverem e, que por isso, não devem ser transplantados.

¹⁷ Segundo Salvador Massano Cardoso, *a procriação medicamente assistida heteróloga constitui um ponto de discórdia entre várias correntes do pensamento*, apontando como exemplo, a reprovação deste tipo de técnicas por parte da Igreja Católica- *provocam uma dissociação do parentesco, pela intervenção de uma pessoa estranha ao casal (...) sendo gravemente desonestas. Estas técnicas (...) lesam o direito da criança de nascer de um pai e uma mãe conhecidos dela ou ligados entre si pelo casamento (...)* (Massano Cardoso, 2011, p. 13).

¹⁸ *O regime da subsidiariedade fundamenta-se, por um lado, no princípio da não instrumentalização do ser humano e dos seus órgãos reprodutivos, e, por outro, no princípio da precaução, perante a taxa de mortalidade infantil e de nascimentos prematuros verificados em crianças fruto do recurso a estas técnicas e o risco de a utilização das técnicas de PMA, com o objetivo de reduzir a incidência de doenças genéticas, suscitando complexos problemas ético-sociais* (Martinho da Silva & Costa, 2011, p. 21).

existam diagnóstico de infertilidade; para tratamento de doença grave ou quando há o risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Como já foi referido, um grupo de trinta e um Deputados à Assembleia da República requereu a declaração com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade de diversas normas da LPMA. Uma delas foi a constante do art.4º.

Como fundamento da sua inconstitucionalidade, os recorrentes alegavam que não impugnavam a possibilidade de recurso às técnicas de PMA para evitar a transmissão de doença grave, mas antes a amplitude que a lei deixa em aberto com a utilização da palavra “outras”, ou seja, parece que a lei aceita a eliminação do risco de transmissão de outras doenças não tipificadas, sejam elas genéticas ou infecciosas.

A par disto, sustentaram ainda que, a norma em causa permitiria a seleção de embriões em função das características morfológicas ou genéticas para cumprimento de desideratos não identificados, incluindo à escolha do sexo da criança.

Neste sentido, o TC através do Ac. nº 101/2009 reconhece que o legislador consagrou uma subsidiariedade em sentido amplo, *permitindo que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida 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* (Tribunal Constitucional, 2009).

Além, do exposto, o TC considerou estar excluído que *o nº2 do artigo 4º tenha implicada qualquer possibilidade de escolha do sexo de um descendente ou de escolha de quaisquer outras características do nascituro que não tenham a ver, à partida, com a prevenção da doença, referindo ainda que o preceito não pode deixar de ser interpretado no seu enquadramento sistémico e, em conjugação com as subseqüentes disposições dos artigos 7º, nº2 e 3, e 29º da mesma lei, que permitem esclarecer, com maior precisão o seu alcance ou, pelo menos, os critérios gerais à luz dos quais deverá ser integrado o conceitos de outras doenças, a que ele se reporta. Concluindo que, as outras doenças reportam-se àquelas relativamente às quais se verifique a possibilidade de prevenir o risco de transmissão por meio de uma técnica de PMA, quando esteja em causa doença grave (ainda que não seja doença genética ou infecciosa) e não seja possível o mesmo resultado por um outro método de prática clínica* (Tribunal Constitucional, 2009).

Segundo Paula Martinho da Silva, o art.10º da LPMA revela outra manifestação deste regime de subsidiariedade¹⁹, na medida em que só é permitida a utilização de material

¹⁹ O mesmo posso ser depreendido dos artigos 19º, nº1, 27º e 47º da LPMA, uma vez que tratam de processos de procriação medicamente assistida heterólogos.

genético de terceiros, ou seja, com recurso a dador (reprodução heteróloga), quando a gravidez não pode ter sido obtida com a utilização de gâmetas dos beneficiários progenitores (reprodução homóloga) (Martinho da Silva & Costa, 2011, p. 74).

No que concerne a este artigo, os recorrentes também requereram a sua inconstitucionalidade tendo, o TC considerado constitucional este método subsidiário, entendendo que *a dádiva de espermatozoides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médicos-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários (artigo 10º, nº1). E do mesmo modo, a inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar (art.19º, nº1). O que é também aplicável na fertilização in vitro com recurso a sémen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA (...). Nesta perspetiva, o legislador acaba por privilegiar a correspondência entre a progenitura social e a progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excecionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador. Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família. (...) E sendo assim, não serão as técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização in vitro com gametas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos disposto no artigo 7º da Lei nº32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo nº3 do artigo 26º da Constituição. Desse modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga (Tribunal Constitucional, 2009).*

Segundo Susana Silva, as técnicas de PMA têm sido promovidas em Portugal como *uma resposta terapêutica que visa controlar a essência biológica ou ultrapassar eventuais obstáculos à conceção originadas por determinadas entidades passíveis de serem medicamente diagnosticadas* e, que esta opção legislativa *promove uma ideologia da maternidade como o desejo e objetivo de todas as mulheres* (Silva, 2014, p. 33).

A LPMA impõe, ainda, que as técnicas de PMA apenas *podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministério da Saúde* (art.5º). Daqui, podemos depreender que o legislador português quis proteger a

integridade física dos participantes e garantir que as condições de segurança clínica eram cumpridas durante a aplicação dos procedimentos em causa.

Acresce ainda, que a LPMA prevê no seu art.34º que *quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.*

Como já foi referido, a lei nº 17/2016 de 20 de junho, procedeu à segunda alteração da LPMA, alargando o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida. Assim, os casais homossexuais²⁰ já não se encontram impossibilitados legalmente de recorrer às técnicas de PMA (art.6º, nº1).

No entanto, uma das maiores problemáticas sobre a LPMA, gira em torno do nº2 do art.6º da lei referida, uma vez que este artigo não impõe um limite máximo de idade para se recorrer às técnicas de PMA, apenas impõe um limite mínimo de 18 anos.

No âmbito do Ac. nº101/2009 (Tribunal Constitucional, 2009), os recorrentes alegaram que a PMA *deve ser dirigida para a proteção da família* e, que a inexistência de um limite máximo de idade irá facilitar que uma mulher, que já tenha ultrapassado a sua idade fértil, possa ser mãe através de técnicas de PMA.

Porém, neste Ac. a Jurisprudência Portuguesa considerou o artigo em análise constitucional justificando a sua pretensão com a existência de um limite tácito que se depreende do nº 2 do art.4º da LPMA , que nos diz que *a utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.*

Ainda a respeito dos beneficiários das técnicas de PMA, releva-se a questão do consentimento que, nos termos do nº1 do art.14º deve ser *livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.* O nº2 do artigo mencionado acrescenta que os beneficiários devem ser *previamente informados, por escrito de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de P.M.A, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas,* já o nº3 diz-nos que *as informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento*²¹.

²⁰ Devido à aprovação da Lei nº 9/2010 que, permitiu a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

²¹ Para Rafael Vale e Reis, este consentimento *não assume singelas vestes de um estrito consentimento para ato médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultraconstitutivos, com*

1.3.A filiação na PMA heteróloga

No que concerne à PMA heteróloga, a LPMA estabelece a possibilidade de utilização das técnicas de procriação medicamente assistida através de processos heterólogos nos artigos 10º, nº1, 19º, nº1, 27º e 47º da respetiva lei.

O art.10º no seu nº1 salienta a possibilidade de se recorrer *à dádiva de ovócitos, de espermatozoides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas.* Neste sentido, Paula Martinho da Silva, considera que se trata de um recurso de natureza subsidiária, tendo em conta, que o requisito essencial para a sua utilização implica que a gravidez não poder ter sido obtida com utilização da reprodução homóloga, ou seja, com o recurso das gâmetas do casal beneficiário (Martinho da Silva & Costa, 2011, p. 74).

O art.19º, nº1 determina que a *inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar.*

Por sua vez, o art.27º refere-se à fertilização *in vitro* com gâmetas de dador, dizendo que esta fertilização *com recurso a sémen ou ovócitos de dador aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto nos arts.19º a 21º.*

O art.47º especifica que, *à injeção intracitoplasmática de espermatozoides, à transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no capítulo IV, relativo à fertilização in vitro.*

Em termos objetivos, verifica-se que o elemento comum nos artigos mencionados é, sem dúvida, a utilização de material genético do dador, o que nos leva a colocar a seguinte questão: a quem recai a filiação²² da criança concebida?

reflexos importantes e diretos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais (Vale e Reis, 2008, p. 445).

²² Jorge Duarte Pinheiro define a filiação como uma *espécie de relação de parentesco, definindo-se como a relação juridicamente estabelecida entre as pessoas que procriaram e aquelas que foram geradas.* Reduzindo a filiação a três modalidades: *a filiação biológica, a filiação adotiva e a filiação por PMA heteróloga* (Pinheiro, 2019, p. 85).

No direito da filiação português vigora o princípio da verdade biológica, ou seja, o *vínculo biológico e o vínculo jurídico devem ser coincidentes* (Martingo Cruz, 2017, p. 16). Este instituto está regulado no art.1796º e seguintes do Código Civil, estabelecendo no seu número 1 que, no que concerne à maternidade a *filiação resulta do facto do nascimento*, ou seja, verificamos que o vínculo biológico e o vínculo jurídico coincidem²³.

Concluimos que, no que diz respeito à maternidade, a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida não afasta a norma regulada no artigo mencionado. Aliás, segundo Guilherme de Oliveira, a norma constante no art. 1796º, nº1 é que *a mãe é a mulher que tem o parto*, clarificando que *se forem usadas técnicas de inseminação ou de fertilização in vitro- venha o sémen de onde vier- a mulher que tem o parto é a mãe jurídica; e se for usado um óvulo de uma dadora, a mulher que gerar o embrião será a mãe jurídica* (Oliveira G. d., 2017, p. 178).

Já, no que se reporta à paternidade, o Código Civil é bastante claro, *presume-se em relação ao marido da mãe*, arts.1796, nº2 e 1826º do Código Civil, *e nos casos fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento*²⁴.

O nº2 do art.10º da LPMA determina, expressamente, que os dadores do material genético, *não podem ser considerados progenitores da criança que vai nascer*. Verifica-se, ainda, que o art.21º, da lei citada, reforça a imperatividade do nº2 do art.10º, determinando que o *dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela*²⁵.

²³ Com base nos ensinamentos de Guilherme de Oliveira e, atentando no art.1797º, nº2 do CC, nos casos de PMA, em que *a maternidade e a paternidade assentam em manifestações de vontade da mulher ou do homem que se vêm a tornar respetivamente mãe e pai jurídicos (...)*, a filiação retroage ao tempo do nascimento, ou seja, ao *conjunto de consequências jurídicas que são previstas por várias normas- e que não se produziram antes- produzem-se agora como se a filiação tivesse sido estabelecida desde o nascimento. Por exemplo, podem ser adicionados apelidos do progenitor reconhecido, com efeitos desde o nascimento*, etc. (Oliveira G. d., 2020, pp. 370-371).

²⁴ Segundo o art.1847º do CC, são formas de reconhecimento a perfilhação ou a decisão judicial em ação de investigação. A perfilhação está prevista no art.1849º do CC e *consiste numa manifestação de um indivíduo que se apresenta como progenitor de um filho que ainda não tem a paternidade estabelecida* (Oliveira G. d., 2020, p. 417); ação de investigação da paternidade está prevista no art.1865º do mesmo código.

²⁵ Neste contexto, compreende-se que há um desvio ao princípio da verdade biológica, uma vez que, o pai biológico não coincide com o pai jurídico.

Este princípio exprime a ideia de que o sistema de estabelecimento da filiação pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução fiel, ou seja, pretende-se que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho (Oliveira G. d., 2017, p. 24).

Por sua vez, diz o artigo 20º, nº1, (*Determinação da parentalidade*)²⁶, que a criança que nascer graças às técnicas de PMA, será considerada filha de quem estiver casado ou em união de facto com a pessoa beneficiária.

Neste seguimento, Guilherme de Oliveira explica que quando está em causa a determinação da parentalidade, em que tenha havido o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, *o estabelecimento da paternidade não resulta de uma presunção da paternidade do marido (art.1826º), nem segue os outros modos (perfilhação, averiguação oficiosa, reconhecimento judicial)*. Acrescentando que, a “*determinação da parentalidade*”, *na expressão da lei, obtém-se através do conhecimento da identidade da pessoa que está casada ou que vive em união de facto com a beneficiária, e que consentiu na utilização das técnicas em conjunto com a beneficiária (art.20º, nº1)*. Concluindo que, *a norma não fala expressamente em “paternidade”, mas em “parentalidade”, porque vale também para estabelecer a maternidade da mulher que está casada ou vive em união de facto com a beneficiária e consentiu também na utilização das técnicas de PMA, originando assim uma dupla maternidade* (Oliveira G. d., 2017, pp. 184-185).

O nº3 do artigo 1839º do Código Civil determina que *não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*.

Guilherme de Oliveira esclarece que, o marido de quem utilizou técnicas de PMA com dador de sêmen, teve que prestar o seu consentimento para a inseminação, nos termos do artigo 14º da LPMA e, ao consentir²⁷, o casal adere *a um projeto familiar que consistiu na investidura do homem no estatuto social e afetivo de pai, sabendo que ele não é progenitor. Este projeto, tornado possível pelos avanços da biotecnologia, exige dos pais, um compromisso firme, que não ceda a quaisquer mudanças de conveniência, sob pena de nunca se fazer um investimento familiar normal e de se sujeitar o filho a alterações*

²⁶ Um Acórdão mais recente do TC, sob o processo nº 225/2018, refere que um grupo de trinta e um deputados requereu à Assembleia da República, a declaração de inconstitucionalidade do art.20º da Lei 32/2006, sob a epígrafe *determinação da parentalidade*, e do nº3 do mesmo artigo, invocando que estes artigos violam os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art.26º, nº1 e 3 da CRP), do princípio da dignidade da pessoa humana (arts.1º e 67º, nº2, al. e) da CRP), do princípio da igualdade (art.13º da CRP) e do princípio da proporcionalidade (art.18, nº2 da CRP). Este tribunal não declarou a inconstitucionalidade desta norma, invocando que, com o nº3 do art.20º, *o legislador quis encontrar uma regra diferente para uma realidade também diferente, no que à geração de uma criança diz respeito. Por outro lado, a norma em causa afigura-se razoável e proporcional, tendo em mente a necessidade de salvaguarda de direitos fundamentais, quer da mãe, quer da própria criança (...)* (Tribunal Constitucional, 2018).

²⁷ Jorge Duarte Pinheiro é desta opinião, considerando que, *enquanto a filiação decorrente de acto sexual se pode constituir relativamente a uma pessoa que não tenha tido vontade de procriar nem de assumir a qualidade de progenitor (...), a filiação decorrente de PMA só se pode constituir tendo havido consentimento para a procriação e para a relação parental. Assim sendo, há apenas um modo de constituir filiação decorrente de PMA: por consentimento* (Pinheiro, 2019, p. 160).

familiares penosas. Por essa razão o art.1839º, nº3 CCiv²⁸ exclui o direito de impugnar, nessa hipótese, ao cônjuge que interveio nesse acordo; e esta exclusão do direito de impugnar por quem interveio no acordo foi estendida, a quem vive em união de facto (art.20º, nº4 a contrario, da LPMA) (Oliveira G. d., 2017, pp. 185-186).

²⁸ Para Oliveira Ascensão, o art.1839º/3 origina *um corte com a família biológica atribuindo a paternidade a quem não participou na procriação* (Ascensão d. O., 1991, p. 453).

Capítulo II. Princípios constitucionais inerentes à PMA Heteróloga

A Constituição da República Portuguesa não consagra expressamente o direito ao conhecimento das origens genéticas. Porém, consagra certos direitos fundamentais intimamente ligados com os aspetos mais profundos da pessoa humana, a sua identidade, o desenvolvimento da personalidade e historicidade pessoal, que abrangem os direitos a conhecer a ascendência biológica e ao estabelecimento dos vínculos de filiação respetivos.

Rafael Vale e Reis é deste entendimento, referindo que, o direito ao conhecimento da ascendência genética deve, *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 do desenvolvimento da personalidade* (Vale e Reis, 2008, p. 68).

Além disto, a CRP tem apenas uma única referência à PMA. Esta referência, ainda que expressa, está prevista no art.67º, nº2, al. e), que determina a obrigação de o Estado *regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*²⁹.

Nestes termos, e de acordo com o Ac. nº101/2009 do Tribunal Constitucional³⁰, ao se remeter para a dignidade da pessoa humana, pretende-se salvaguardar os direitos das pessoas, que poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação medicamente assistida, como o direito à integridade física e moral, o direito à identidade pessoal e genética, entre outros.

2.1.Princípio da dignidade da pessoa humana

Segundo os ensinamentos de Paulo Otero, a revisão constitucional de 1997 introduziu expressamente a garantia da dignidade da pessoa humana e a garantia da identidade genética do ser humano, e isto, devido às *progressivas inovações trazidas pela criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e de experimentação científica no domínio genético*, e, ainda, devido à *exigência doutrinal do reconhecimento de novos direitos*

²⁹ Ao fazer esta referência num artigo sobre a família, evidencia-se a importância que a procriação medicamente assistida tem para a concretização do direito a procriar.

³⁰ Processo nº 963/06 de 3 de março de 2009, do Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (Tribunal Constitucional, 2009).

fundamentais no âmbito da engenharia genética aplicada a seres humanos (Otero, 1999, p. 83)

Como se sabe, a dignidade da pessoa humana, tem uma função unificadora de todos os direitos fundamentais, e a concretização de direitos pessoais, devendo ser analisada como uma atividade de realização da tarefa a que os poderes públicos estão adstritos e, que consistem em edificar um sistema jurídico e social assente nesse valor irredutível. Assim, será sempre por referência à ideia de dignidade humana que deve falar-se num direito ao conhecimento das origens genéticas (Vale e Reis, 2008, p. 58).

Este princípio está consagrado no art.1º da CRP e, constitui o ponto de partida para todos os direitos fundamentais, principalmente os direitos pessoais (Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007, pp. 195-199).

A CRP não é o único diploma legal que faz referência à dignidade humana, aliás, existem inúmeros tratados e convenções internacionais, que têm na sua génese a proteção dos direitos humanos como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que logo no seu art.1º estatui que *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade de direitos*; a Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos de 1997, que no seu art.11º determina que *práticas contrárias à dignidade humana, como a clonagem com fins reprodutivos de seres humanos, não devem ser permitidos*; a Convenção de Oviedo, também de 1997³¹, que visa *proteger o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantir a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina*.

A par destes diplomas, a própria LPMA estipula no seu art.3º, que as técnicas de PMA *devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético, ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização das técnicas*.

Ainda neste sentido, como já foi dito, o número 2 do artigo 67º, a CRP assinala que o Estado tem a responsabilidade de regulamentar a PMA *em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*, o que nos leva a entender que este preceito admite a PMA, mas limita o seu âmbito de aplicação, ou seja, só considera lícitas as técnicas de PMA que respeitem a dignidade da pessoa humana.

³¹ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina

2.2. Direito à identidade pessoal e à identidade genética

A partir da segunda metade do século XX, com as novas descobertas e avanços científicos, nomeadamente, no âmbito da genética e da reprodução humana, o direito da filiação levantou certas questões jurídicas, uma vez que se tornaram cada vez mais frequentes desvios ao princípio da verdade biológica, não havendo sempre, correspondência³² entre este princípio e a verdade jurídica.

No ordenamento jurídico português, o direito à identidade está assegurado no número 1 do artigo 26º da CRP³³.

Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que a delimitação do conteúdo deste direito levanta algumas dificuldades, acrescentando ainda, que sendo o seu sentido o de garantir aquilo que *identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível*, abrangendo, além do direito ao nome, um direito à historicidade pessoal³⁴. E quanto a este último, os autores referem que ele designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, podendo fundamentar um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, garantindo assim, um direito à localização familiar (Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007, p. 462)³⁵.

Para Jorge Miranda e Rui Medeiros, este direito representa *aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão de liberdade de consciência projectada exteriormente em determinadas opções de vida. O direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal, ninguém deve ser obrigado a viver em discordância co aquilo que pessoal e identitariamente é*. Considerando que este direito inclui o reconhecimento da paternidade

³² Esta falta de correspondência entre a filiação jurídica e a filiação biológica, ocorre com mais frequência nos casos de procriação heteróloga, ou seja, com o recurso à procriação através de dádivas de terceiros (Gomes de Melo, 2015, p. 38).

³³ Todos os cidadãos têm direito à identidade pessoal.

³⁴ Stela Barbas também segue esta orientação afirmando que *o sentido do direito à identidade pessoal é o de garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular e irreduzível, definido também o direito à historicidade pessoal como o direito que todo o indivíduo tem o conhecimento da identidade dos progenitores* (Neves Barbas, 1998, p. 173).

³⁵ Paulo Otero segue a mesma linha de pensamento acrescentando, ainda que, a historicidade pessoal permite uma proibição deliberada da família, ou seja, considera que se trata de uma privação que resulta da tutela constitucional conferida à maternidade e paternidade que, *além de valores sociais eminentes que o Estado tem de garantir, são fatores de efetivação do direito ao desenvolvimento integral da personalidade e instrumentos garantísticos do próprio valor da família como elemento natural e fundamental da sociedade, encontrando-se o Estado vinculado a assegurar um ambiente familiar normal* (Otero, 1999, p. 75).

e maternidade e, conseqüentemente o direito ao conhecimento das origens genéticas. (Miranda & Medeiros, 2010, pp. 609-610).

O direito à identidade pessoal, embora não seja absorvido pelo direito ao desenvolvimento da personalidade, tem uma conexão estreita com as diferentes dimensões deste último, nomeadamente no que se refere à formação livre da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória e à proteção da integridade da pessoa, visto como garantia da esfera jurídico-pessoal na proteção da liberdade de exteriorização da personalidade (Gomes Canotilho & Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2007, pp. 463-464).

Este direito, tem por finalidade tutelar o interesse de todo o ser humano na definição do seu enquadramento de ipseidade, pois o homem cumpre-se como pessoa na autodefinição e na compreensão da definição que resulta da sua relação com os outros e que os outros fazem de si e, é precisamente a possibilidade de aceder a essa referenciação pessoal que o direito à identidade pessoal procura tutelar, com o sentido de que cada ser humano deve poder conhecer as circunstâncias respeitantes aos termos em que foi gerado (Vale e Reis, 2008, p. 63).

Por sua vez, o número 3 do artigo 26º da CRP dispõe que, *a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.*

Relativamente a este aspeto, à identidade genética, Paulo Otero afirma que esta surge como uma parte integrante da identidade pessoal. Para este autor, revela-se *indispensável refletir sobre uma divisão dimensional*, da mesma. Entendendo que a identidade pessoal *compreende duas dimensões: a identidade pessoal numa dimensão absoluta ou individual e a identidade pessoal numa dimensão relativa ou relacional.* A primeira, diz respeito à *originalidade da pessoa humana na sua forma singular própria e individualizada de ser.* Salientando-se o caráter único de cada indivíduo, ou seja, cada pessoa tem a sua identidade definida sendo, por isso, impossível existirem repetições. No que toca à segunda dimensão, *cada pessoa tem a sua identidade definida em função da memória familiar recebida pelos seus antepassados, com especial destaque para os respetivos progenitores (...)* (Otero, 1999, p. 64).

Já, para Álvaro Laborinho Lúcio, cabe à pessoa, a partir do centro onde se coloca, interrogar o futuro de forma a encontrar a sua permanente definição de si, chegando à conclusão que o conceito de identidade genética e a noção de identidade pessoal não coincidem, considerando que, a proteção da identidade genética não pode exonerar as

implicações que derivam da dimensão da identidade pessoal (Laborinho Lúcio, 2001, pp. 9-11).

Assim, e segundo Stela Barbas, podemos concluir que a identidade pessoal comporta uma identidade histórica, uma vez que cada pessoa tem a sua identidade determinada *em relação à sua família, aos seu antepassados* (Neves Barbas, 2007, p. 496).

No caso de procriação heteróloga com recurso a IA com gametas masculinos, o dador nunca vai ser havido como pai da criança³⁶, aliás, esta criança será considerada como filho do marido da mulher inseminada, ou com quem estiver numa união de facto, desde que cumpridas as formalidades previstas no art.14º da LPMA, relativas ao consentimento.

No entanto, há uma série de questões que se levantam, ou seja, se o direito à identidade pessoal está constitucionalmente previsto, como vimos, será justo a imposição de limites, principalmente no caso concreto da PMA Heteróloga? E se eliminarmos estes impedimentos, será justo para quem doou o seu tecido genético?³⁷

Considero que o direito ao conhecimento das origens genéticas está intimamente ligado à identidade pessoal, mas até que ponto será moralmente correto sobrepor um direito em detrimento de outro?

Como já foi dito, este assunto está longe de ser pacífico, porém e, nas palavras de Helena Gomes de Melo, *pai e mãe são elementos de um casal estável que, por impossibilidade física, precisaram do auxílio de um terceiro dador, mas apenas os primeiros são os autores de um projeto parental comum que envolve a concepção de um novo ser* (Gomes de Melo, 2015, p. 38).

2.3. Direito à integridade pessoal

O direito à integridade pessoal está plasmado no artigo 25º, nº1 da CRP, contendo duas dimensões- a integridade moral e a integridade física.

Em termos sucintos, estas duas dimensões consistem no direito de não agredir ou ofender o corpo e o espírito³⁸ de outrem.

³⁶ A LPMA, no seu art.21º estatui que, *o dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.*

³⁷ *Recentemente, o direito à identidade pessoal (através da sua faceta de direito à historicidade pessoal), associado ao direito ao desenvolvimento da personalidade (...) levou o Tribunal Constitucional a declarar que a regra vigente em PMA não poderia ser a do anonimato dos dadores, mas sim a regra contrária do conhecimento das origens genéticas (ac.nº225/2018, de 24 de abril); e a Lei nº 48/2019, de 8 de julho, alterou o regime português nesse sentido* (Oliveira G. d., 2020, p. 44).

³⁸ Através de formas de denegrir a imagem ou o nome de alguém, entre outras.

Este direito visa tutelar, nas palavras de Rafael Vale e Reis, *a incolumidade psicossomática do indivíduo*, ou seja, depreendemos que o artigo em análise pode justificar o direito ao conhecimento das origens genéticas, na medida em que o desconhecimento dos elementos relativos à sua identidade pode afetar exponencialmente o bem-estar físico e, conseqüentemente, psicológico do indivíduo (Vale e Reis, 2008, pp. 64-65).

2.4. Direito ao desenvolvimento da personalidade

Com a revisão constitucional de 1997, a CRP incluiu no elenco dos direitos fundamentais, o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Este direito fundamental, previsto no art.26º, nº1 da CRP, enquanto que fundamenta uma tutela geral da personalidade, consagra uma liberdade geral de ação, uma liberdade de comportamento no sentido de uma autonomia e autodeterminação individuais, assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu plano de vida (Oliveira G. d., 2017, p. 23)³⁹.

Para José Oliveira Ascensão, este direito deve ser entendido como uma garantia de que *serão criadas e preservadas as condições exteriores propícias ao desenvolvimento pessoal* (Ascensão d. O., 2008).

Capelo de Sousa define-o como a *salvaguarda de poder de auto-determinação de cada homem e autoconstituição da sua personalidade individual* (de Sousa Rabindranath, 1995, p. 353).

O direito ao desenvolvimento da personalidade constituiu um direito subjetivo fundamental do indivíduo, que lhe garante um direito à formação da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autónomo, dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade desta (Gomes Canotilho & Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2007, p. 463).

Se um indivíduo quer conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos e isso lhe é vedado de forma desproporcionada pelo ordenamento jurídico, não será difícil reconhecer a lesão profunda naquela autonomia e liberdade individuais que tal impedimento provocará (Vale e Reis, 2008, pp. 66-67).

³⁹ Para Paulo Mota Pinto *a liberdade geral de acção da pessoa requerer para tutela do livre desenvolvimento da personalidade igualmente o reconhecimento de um direito geral de personalidade, que tutela a personalidade em si mesma, como pressuposto dessa actuação- livre desenvolvimento pressupõe o respeito pelo individuo como pessoa e a realização da sua individualidade: a protecção da actividade funda-se na tutela da integridade* (Mota Pinto, 199, p. 164) .

Na mística do ser, devemos-nos sentir acompanhados pela certeza incondicional da proteção da nossa integridade, no processo complexo do nosso crescimento e do nosso desenvolvimento. Eis o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, numa manifestação de auto-afirmação, de auto-exposição e de hétero-proteção, na constante mutação e construção cultural, social e individual do ser humano (Oliveira C. P., 2011, p. 120).

Assim sendo, compreende-se que o direito ao desenvolvimento da personalidade promove o conhecimento pleno e, isento de dúvidas, da própria individualidade de cada ser humano e, como já foi referido, se este direito for vedado, irá ter repercussões nefastas na própria pessoa.

2.5. Direito a constituir família

O direito a constituir família⁴⁰, estatuído no art.36º, nº1, 1ª parte da CRP reconhece a todos o direito a constituir família. A CRP não admite a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento (Gomes Canotilho & Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2007, p. 561).

Jorge Miranda e Rui Medeiros são deste entendimento, afirmando, que a CRP ao admitir o direito a constituir família sem casamento, não ignora os limites legais estruturais da instituição casamento, ou seja, não impõe *qualquer espécie de petrificação do conceito legal de casamento* (Miranda & Medeiros, 2010, p. 397)⁴¹.

Contudo, estes autores sublinham várias ideias base que orientam a interpretação do artigo 36º, nº1 da CRP.

Porém, no que concerne a este tema, só se irá analisar a primeira ideia, assim sendo, os autores supra mencionados entendem que o direito a constituir família abrange, para além da família conjugal, *a família constituída por pais e filhos* e, que se pode extrair desta norma,

⁴⁰ Para Jorge Duarte Pinheiro, este direito *abarca o direito de procriar e o direito de estabelecer filiação. O direito de procriar compreende o direito de procriar em sentido estrito e o de não procriar. O direito a procriar em sentido estrito está sujeito a limites intrínsecos e a limites extrínsecos. Os limites intrínsecos do direito a procriar correspondem ao fim do direito, que não é meramente egoísta nem imediatista. O direito a procriar é concedido para a constituição de um grupo familiar, composto por filho e progenitor* (Pinheiro, 2015, pp. 63-64).

⁴¹ Aliás, estes autores reforçam a sua ideia explicando que, como o casamento é uma garantia institucional, não fazia sentido que a CRP concedesse este direito e, que ao mesmo tempo, suprimisse o seu núcleo essencial, ou seja, a constituição de uma família.

o direito fundamental de procriar⁴² e, implicitamente, o direito a conhecer e reconhecer a paternidade/maternidade.

Certo é, que o direito a procriar não é absoluto e, desta forma, *está sujeito a limites constitucionais gerais e, em particular, ao princípio da proporcionalidade* (Miranda & Medeiros, 2010, p. 400).

Ainda neste contexto, mas já nos números 5 e 6 do artigo 36º, Rui Medeiros e Jorge Miranda, consideram que a CRP se afigura ambígua no que diz respeito ao conceito de pais, esclarecendo que com os avanços a nível da medicina, o legislador constitucional não resolve problemas que têm surgindo, como os da identificação dos pais em situações em que foi necessário a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, entre outras (Miranda & Medeiros, 2010, p. 417).

Este direito deve, ainda, ser relacionado com o artigo 67º da CRP que, para além reconhecer a família *como elemento fundamental da sociedade*, assegura a *proteção da sociedade e do Estado* em relação à família e a concretização de *todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros*.

Assim sendo, não podemos circunscrever o direito a constituir família ao fenómeno de contrair o matrimónio, até porque a tendência na sociedade atual é o decréscimo deste instituto.

Contudo, podemos e devemos enquadrar o direito que uma pessoa tem em recorrer a técnicas de PMA, para conceber um filho, no direito a constituir família e, o próprio Ac. nº 101/2009 do TC⁴³, reforça esta ideia, considerando que o recurso às técnicas de PMA deve ser visto como uma manifestação do exercício do direito em questão.

Paula Martinho da Silva é deste entendimento, considerando que o recurso a técnicas de PMA, está consagrado no art.36º, nº1 da CRP (Martinho da Silva & Costa, 2011, p. 35).

Numa posição contrária encontra-se Paulo Otero que considera o direito de procriação natural, previsto no art.36º, nº1 da CRP, não se pode alargar à procriação artificial- *Mostra-se duvidoso, todavia, que a tutela constitucional decorrente do artigo 36º nº1, inequivocamente consagradora de um direito de procriação natural, se possa alargar a toda e qualquer forma de procriação artificial: o direito a constituir família, expressando o valor próprio da família como elemento natural e fundamental da sociedade, não*

⁴² Para Diogo Leite de Campos, o direito a procriar constitui *uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental* e que a mesma deve ser *assegurada por constituições e leis ordinárias* (Leite de Campos, 2006).

⁴³ Processo nº 963/06 de 3 de março de 2009, do Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (Tribunal Constitucional, 2009).

compreende uma abertura constitucional a qualquer forma ou técnica de procriação artificial, o autor evidencia, ainda, que a tutela conferida pela Constituição ao direito de procriar, já mostra alguma dificuldade o reconhecimento liminar no artigo 36º nº1, de um eventual direito à inseminação artificial heteróloga (Otero, 1999, pp. 21-22).

Desta forma, e tendo por base todos os princípios constitucionais analisados, verifica-se que o direito ao conhecimento das origens genéticas está longe de ser um assunto pacífico no ordenamento jurídico português e, que é necessária uma mudança estrutural no mesmo.

Capítulo III. O anonimato do dador de gâmetas

A doutrina reconhece que o direito ao conhecimento das origens genéticas é importante para a construção do indivíduo enquanto ser único e para o desenvolvimento da sua personalidade. Porém, um dos grandes problemas que se coloca em torno das técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga prende-se com o direito à intimidade da vida privada, que garante aos dadores de gâmetas o seu anonimato neste tipo de processos.

Desta forma, neste capítulo pretendemos analisar este direito e explanar a posição de Portugal face ao mesmo.

De seguida, analisaremos as posições adotadas por outros ordenamentos jurídicos e, por fim, pretendemos analisar os argumentos que existem a favor e contra o anonimato dos dadores de gâmetas.

3.1.O direito à intimidade privada

O direito à reserva da intimidade da vida privada, num contexto nacional, encontra-se plasmado no nº1 do art.26º da CRP onde *a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação* e, no art.80º do Código Civil reconhecendo que *todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem*.

Num contexto europeu, este direito encontra expressão no nº1 do art.8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, que prevê que *qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência* (Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Já num plano internacional, destacamos o art.12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê o respeito pela vida privada- *ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei* (Declaração Universal dos Direitos Humanos); e ainda, o Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, que estabelece no art.17º que *ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. Toda*

a pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques (Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos).

Sobre este direito de personalidade, Gomes Canotilho e Vital Moreira elucidam que *não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade (sendo diversas as teorias que pretendem fornecer o critério distintivo). Acrescentando que, alguma doutrina e jurisprudência (cfr. AcTc n°454/93) distinguem entre esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) e esfera privada simples (apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público); mas à face deste preceito da CRP parece que tal distinção não é relevante. O critério constitucional deve talvez arrancados conceitos de ‘privacidade’ (n°1, in fine) e ‘dignidade humana’ (n°2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida e familiar deverá limitar-se, assim, como base num conceito de ‘vida privada’ que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspetos: 1) o respeito dos comportamentos; 2) o respeito do anonimato; 3) o respeito da vida em relação a estas dimensões devem ser convocadas para eventuais ‘renúncias’ à proteção da intimidade da vida privada (Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007, p. 468).*

3.2. Posição adotada por Portugal antes da alteração legislativa

No nosso ordenamento jurídico, a regra do anonimato está prevista no art.15° da LPMA que determinava que *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 ato da PMA⁴⁴* e, o n°3 do mesmo artigo reforçava essa ideia, referindo que se devia manter *a confidencialidade acerca da identidade do dador.*

Para além disto, dispõe, ainda, o art.43° da LPMA, que quem violar o dever de confidencialidade, previsto no art.15° da lei em causa, será punido com pena de prisão de 1 (um) ano ou com pena de multa de até 240 (duzentos e quarenta) dias.

Verificamos que em Portugal, nunca esteve presente uma regra absoluta do anonimato, uma vez que, a própria LPMA contém exceções a esta regra.

⁴⁴ Art.15°, n°1 da LPMA, na sua versão original.

A primeira exceção estava prevista no nº2 do art.15º, na medida em que previa que *as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, podiam junto dos competentes serviços de saúde, obter informações de natureza genética.*

Nesta aceção, a probabilidade de um filho concebido de uma procriação medicamente assistida conhecer dados relativos ao seu dador era escassa, mas não era impossível. Estes dados estavam circunscritos ao direito de obter informações de cariz genético, como a determinação de doenças genéticas, mas estava expressamente excluído a identificação do dador⁴⁵ (art.15º, nº2 da LPMA).

Na redação do nº3 do art.15º encontra-se outra exceção, a possibilidade de *obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir*⁴⁶.

Paula Martinho da Silva critica esta exceção, uma vez que não faz qualquer sentido prever que o dador permita o acesso à informação só neste caso específico (Martinho da Silva & Costa, 2011, p. 91).

A outra exceção está prevista no nº4 do art.15, no termos do qual, a identidade do dador só pode ser revelada quando determinada por *razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial* ou seja, o dador permanecia anónimo e apenas era fornecido aos beneficiários dados referentes ao estado de saúde do doador, se tal se mostrar relevante, (art.15º, nº4 da LPMA)⁴⁷.

Neste sentido, Diogo Leite de Campos entende que poderão ser *razões ponderosas*, o facto de um filho estar afetado psicologicamente por não conhecer os seus pais biológicos (Leite de Campos, 2006).

Já Helena Gomes de Melo entende que, *as razões ponderosas terão que ser equacionadas à luz do direito de identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade*, considerando que integrarão neste conceito casos em que será necessário

⁴⁵ Estes dados pertenciam apenas ao Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, exceto quando o dador expressamente o permitisse (art.15º, nº3 da LPMA).

⁴⁶ Segundo Jorge Duarte Pinheiro, *a interpretação dada ao nº3 do art.15º da LPMA não evita, porém, uma perplexidade: a proteção do interesse público de não celebração de casamento consanguíneo incumbe exclusivamente a uma das partes que pretende contrair matrimónio, a qual, dada a extensão da regra do sigilo ao próprio acto de PMA (art.15º, nº1 e 5 da LPMA), pode nem sequer saber que nasceu em consequência de processo de PMA heteróloga?* (Pinheiro, 2019, pp. 177-178).

⁴⁷ No entanto, o assento de nascimento, não pode conter indicações de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

efetuar um transplante e de encontrar um dador compatível, excluindo-se deste elenco a mera curiosidade (Gomes de Melo, 2015, p. 40).

Por sua vez, Jorge Miranda e Rui Medeiros explicam que este conceito *tem especial relevo a respeito da procriação medicamente assistida de cariz heterólogo, isto é, com a doação de gametas de terceiro*, considerando que, o conceito em análise *deverá merecer uma interpretação conforme ao direito ao conhecimento das origens genéticas, não podendo legitimar leituras excessivas e injustificadamente restritivas da possibilidade de revelação a identidade do dador ou da dadora (sem que tal tenha, como é óbvio, quaisquer consequências ao nível de relações de filiação)* (Miranda & Medeiros, 2010, pp. 610-611).

Ainda sobre este conceito, o TC, através do Ac. nº 101/2009, pronunciou-se relativamente à inconstitucionalidade do conceito de *razões ponderosas* para o levantamento do anonimato considerando que, *a questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como 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 refletir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal. (...) Além disso, as razões ponderosas a que se refere o art.15º, nº4 da Lei 32/2006, não poderão deixar de ser consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade e que fala o artigo 26, nº1 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* (Tribunal Constitucional, 2009).

Neste acórdão foi reconhecida a constitucionalidade do art.15º da lei em análise, confirmando que não estamos perante um regime absoluto de anonimato, mas sim um *regime mitigado de anonimato de dos dadores, que não mereceria censura constitucional* (Tribunal Constitucional, 2009).

No entanto, a constitucionalidade ou não do art.15º da LPMA continuava a dividir a doutrina⁴⁸.

Assim, um grupo de trinta Deputados à Assembleia da República requereu o pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do art.15º, nº1 e 4, com a redação das leis nº17/2006, de 20 de junho e 25/2016, de 22 de agosto.

Os fundamentos que os requerentes alegaram para uma eventual inconstitucionalidade residiam na violação do direito à intimidade pessoal (art.26º, nº1 e nº3 da CRP), do princípio da dignidade da pessoa humana (arts.1º e 67º, nº2 da CRP), do princípio da igualdade (art.13º da CRP) e do princípio da proporcionalidade (art.18º, nº2 da CRP).

O TC pronunciou-se, novamente, sobre a constitucionalidade do art.15º da LPMA, através no Ac. nº225/2018, de 24 de Abril, considerando que *as normas do nº1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso à dádiva de gâmetas ou embriões, incluído nas situações de gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do nº4 do art.15º, da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmo, conforme decorre do artigo 18º, nº2, com o artigo 26º, nº1 ambos da Constituição da República Portuguesa* (Tribunal Constitucional, 2018).

Acabando por declarar a inconstitucionalidade das normas do nº1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto no que concerne às pessoas nascidas em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do nº4 do mesmo artigo, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição

⁴⁸ O CNECV, no ponto 10 do Parecer 44 considera esta disposição inconstitucional reconhecendo que *deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioria legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica* (Parecer nº44 do CNECV).

Rita Lobo Xavier sustenta que, o dador de gametas, *embora em caso algum seja havido como pai/mãe, deveria aceitar fornecer a sua identificação- ainda que tal informação possa ser confidencial- para que se respeite o direito do filho à sua identidade pessoal (pelo menos, no que se refere ao direito a receber informação identificativa)* (Lobo Xavier, 2019, p. 358).

desnecessária dos mesmos: *nestes termos, é de concluir, à luz das concepções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, que a opção seguida pelo legislador no artigo 15º, nºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso de procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição- mas, no caso destas, como regra absoluta-, merece censura constitucional. Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça a do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no art. 26º, nº1, da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18º, nº2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado, por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas- e só- quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente* (Tribunal Constitucional, 2018).

Devido a esta regra de anonimato do dador, ainda que não absoluta, muitas pessoas viram-se impossibilitadas de conhecer a sua origem genética, o que suscitou muita discussão jurisprudencial e doutrinária no que concerne ao acesso de informações⁴⁹, que parece estar longe de terminada.

Conforme o que nos diz Rafael Vale e Reis, embora o direito ao conhecimento das origens genéticas não esteja expressamente consagrado na CRP, podemos considerá-lo como um direito fundamental⁵⁰. Para isso, considera que, a todos os indivíduos deve ser dada a faculdade de indagar as suas origens genéticas, de forma a obter *a coincidência entre os vínculos jurídicos e biológicos*, reconhecendo que possibilidade de investigar a ascendência,

⁴⁹ Oliveira Ascensão questiona se é possível perguntar se o direito de obter informações é recíproco e se o dador também dispõe dele, ao qual respondeu de forma negativa, justificando que *o dador é um fornecedor de “material”, não um participante num projeto de paternidade. O conhecimento que pudesse obter de seres gerados a partir daí seria perigoso, desde logo pela possibilidade de se imiscuir na vida familiar com finalidades turvas. Quem tem razões pessoais para invocar é o ser gerado por PMA heteróloga, e só ele* (Ascensão d. O., 2007).

⁵⁰ Devido à cláusula aberta no nº1 do artigo 16º da CRP. Tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana, este autor, considera que a função deste princípio é unificar todos os direitos fundamentais, ao direito à identidade pessoal, retirando daqui, a *historicidade pessoal*; ao direito à integridade pessoal, *que garante a incolumidade psicossomática dos indivíduos*; ao direito ao desenvolvimento da personalidade, uma vez que *assegura as condições adequadas à manifestação de uma individualidade autónoma e livre, e ao direito da verdade, (...) de saber quem foram os seus reais progenitores* (Vale e Reis, 2016, p. 163).

constitui o ponto máximo da tutela conferida ao direito e para cujo reconhecimento contribui um outro direito fundamental, o direito a constituir família (Vale e Reis, 2016, pp.163-164).

3.3.Posicionamento de alguns países acerca do anonimato

Se antes da alteração do regime de confidencialidade, introduzida pela Lei nº48/2019, de 8 de Julho, a vontade de quem nasceu com recurso a técnicas de PMA heteróloga em conhecer a sua ascendência biológica colidia com a vontade de manter o anonimato por parte de quem tenha fornecido o material genético, agora, com a entrada em vigor desta lei, o problema persiste.

Razão pela qual seja pertinente analisar o posicionamento de alguns países⁵¹ no que concerne ao anonimato dos dadores.

As soluções encontradas em cada ordenamento jurídico são distintas e, em alguns casos opostas, existindo ordenamentos jurídicos que asseguram o anonimato absoluto dos dadores de gâmetas, outros que o eliminaram por completo e, ainda, ordenamentos jurídicos que permitem o acesso da identidade dos dadores, mediante pedido e após a maioria de do concebido através destas técnicas⁵².

Segundo Stela Barbas, no que diz respeito a este assunto, encontram-se duas posições opostas, *a dos países de influência anglo-saxónica e germânica que repudia o anonimato e os países de influência francesa que o preconiza* (Neves Barbas, 1998, p. 167).

O papel impulsionador *da construção teórica do direito ao conhecimento das origens genéticas* coube, no plano europeu à Alemanha (Vale e Reis, 2016, p. 162).

Neste país, o direito ao conhecimento das origens genéticas foi reconhecido a partir dos finais década de 80 do século XX, mais precisamente, desde 1989, em virtude de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁵³, que considera que este

⁵¹ *Most legislation on ART is based on fundamental moral values or principles, such as the protection of human life, the non-commercialization of the human body and reproduction, and responsible parenthood* (Pennings, 2009, p. 15).

⁵² Segundo Guilherme de Oliveira, os ordenamentos jurídicos que asseguram o anonimato dos dadores de gametas, *supõem que o conhecimento da identidade destes intervenientes é potencialmente perturbador das relações de filiação que se vão desenvolvendo com os pais e*, que os ordenamentos jurídicos que permitem que ao concebido conhecer e identificar os dadores, *entendem que não há razões que motivem criar um vínculo jurídico de parentalidade entre a criança e o dador, mas reconhecem que a descoberta das origens é um fator relevante para a construção da identidade pessoal do indivíduo nascido com dação de gametas ou de embriões, uma exigência que satisfaz direitos fundamentais* (Oliveira G. d., 2020, p. 530)

⁵³ Bundesverfassungsgericht.

direito, além de *ser suportado pela dignidade da pessoa humana*, devia ser considerado como uma *subespécie do direito geral de personalidade* (Vale e Reis, 2016, p. 162).

A regulamentação da PMA está presente na *Embryonenschutzgesetz*, de 13 de Dezembro de 1990, mas esta lei não se ocupa exclusivamente da matéria do anonimato do dador. Assim, cabe aos médicos o dever de documentar todas as informações dos beneficiários, com o propósito de a criança aceder às mesmas, de forma a conhecer a sua origem genética (Vale e Reis, 2008, p. 432).

Com uma posição oposta encontramos Espanha onde vigora a regra do anonimato⁵⁴, prevendo a confidencialidade dos dados relativos aos dadores.

Segundo este regime, os filhos de quem recorreu a técnicas de PMA heteróloga têm direito às informações gerais sobre os dadores, desde que, não incluam a identidade dos mesmos. Acresce ainda que, só em situações que comportem perigo para a vida ou saúde dos filhos é que poderá ser revelada a identidade dos dadores.

Contudo, neste país existe o Registo Nacional de Doações, onde todos os dadores, os filhos concebidos desses dadores e as mulheres que receberam o material genético estão registados⁵⁵.

Para além do que já foi exposto, em Espanha, as mulheres não podem escolher qual o dador do material genético. Esta escolha cabe inteiramente ao médico que, irá ter em consideração as características do material genético da própria mulher a ser inseminada⁵⁶.

No ordenamento jurídico francês⁵⁷, a regra é a do anonimato absoluto dos dadores, estando prevista no artigo 16-8 do Código Civil Francês, sendo certo que, quem revelar a identidade de algum dador, é punido com pena de prisão de dois anos⁵⁸.

⁵⁴ Art. 5º, nº5 da *Ley 14/2006, de 26 de mayo* (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

Segundo Rafael Vale e Reis, esta lei *mantém algumas soluções que já constavam do diploma de 1988, como a atribuição de carácter subsidiário às técnicas de PMA, a consagração da admissibilidade de recurso à PMA a todas as mulheres maiores de idade, desde que capacitadas psicologicamente, não restringindo, portanto, o acesso a esses meios às mulheres casadas ou com união estável e a exigência do consentimento do marido caso a mulher beneficiária seja casada* (Vale e Reis, 2008, p. 366).

⁵⁵ *Although donation is anonymous, in Spain we find “Registro Nacional de donantes” (...) where all gamete donors are registered. The children born out of each donor and the woman that has been the recipient of the genetic material are also included in the registry together with the donor* (Jauregul, 2016, p. 14).

⁵⁶ *Anonymity of the donor also implies that women cannot decide on the donor, it is the doctor that chooses it taking into consideration the characteristics of the women’s genetic material* (Jauregul, 2016, p. 14).

⁵⁷ *In France, MAR (medically assisted reproduction) is regulated by Law on Bioethics of 2011 (LOI n° 2011-814 du juillet 2011 relative à la bioéthique), Bioethics Law 2004-800 (August 6, 2004), and Law 1994-654 on the Donation and Use of Elements and Products of the Human Body, Medically Assisted Procreation, and Prenatal Diagnosis of July 1994* (Busardò, Gulino, Napoletano, Zaami, & Frati, 2014, p. 5).

⁵⁸ *Article 16-8 of the French Civil Code establishes the principle of anonymity of the donor. In France revealing the identity of the donor is a crime and is sanctioned with a penalty of two years imprisonment and 30000 dollars fine as established in art 511-10 of the French Penal Code* (Jauregul, 2016, p. 16).

Segundo o art. 1244-6 do *Code de la Santé Publique*, as organizações, estabelecimentos e grupos de cooperação em saúde autorizados fornecem às autoridades de saúde as informações úteis relacionadas aos dadores, sendo certo, que apenas os médicos podem aceder às informações clínicas, não identificáveis dos dadores, no caso de necessidade terapêutica referente a uma criança concebida a partir de gâmetas resultantes da doação e, segundo o art. 1244-7 as dadoras de ovócitos são informadas das condições legais da doação, em particular do princípio do anonimato e do princípio da gratuidade, ou seja, está previsto explicitamente a obrigação de informar as dadoras sobre os princípios enunciados (*Code de la Santé Publique*).

No Reino Unido, o direito de alguém conhecer a sua ascendência biológica está consagrado e protegido pelo ordenamento jurídico britânico⁵⁹. No entanto, é obrigatório que as entidades públicas informem todos os envolvidos da sua intenção de divulgação dos dados e que ponderem os direitos do requerente, que pretende a informação sobre as suas origens.

Neste seguimento, a secção 24 relativa ao registo de informações, na versão atual do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, determina a obrigação do registo de informações sobre a identidade dos dadores e, concede à pessoa que nasceu com recurso a PMA heteróloga, o direito a requerer esta informação às autoridades após os 16 anos de idade (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*).

Na Itália a PMA heteróloga está proibida, nos termos da Lei 40⁶⁰, de 19 de Fevereiro de 2004 e, se esta proibição for violada, *o membro do casal que consentiu não pode impugnar os vínculos estabelecidos, e o dador não pode reclamar quaisquer direitos em face da criança* (Vale e Reis, 2008, p. 369).

Em Junho 2014, o Tribunal Constitucional Italiano, através da decisão número 162 declarou inconstitucional a proibição de técnicas de PMA heteróloga⁶¹.

⁵⁹ *Donation of gametes and embryos is allowed, but by the new law of 2008, the donation is no longer anonymous, with the child's right to know his/her origin. In the case of the child born through donor techniques, the law requires that the mention of a donor be entered in the birth certificate* (Mihaila, 2020, p. 121).

⁶⁰ *The law text is very restrictive, heterologous techniques are forbidden, the use of genetic material not belonging to the couple is not allowed. The access is only allowed to heterosexual couples, whether or not they are married* (Mihaila, 2020, p. 119).

⁶¹ *The hardest hit to the law 40 occurred with the ban elimination of heterologous fertilization decided by the Constitutional Court, Judgement no.162 of June 10, 2014. Law n°40/2004, art.4, paragraph 3, provided the absolute prohibition to access heterologous fertilization. In fact, it discriminated infertile couples, unable to procreate through homologous fertilization, due to infertility of one of the two subjects, compared to the fertile ones that could procreate through homologous fertilization, and discriminated couples that for the lack of economic resources could not go abroad to access heterologous fertilization* (Malvasi, et al., 2017, p. 249).

A Suíça, Holanda, Suécia, Noruega, Islândia e Finlândia, aboliram por completo a regra do anonimato dos doadores, de forma a proteger o direito ao conhecimento das origens genéticas⁶².

A *Constitution fédérale de la Confédération Suisse*, no seu art. 119º, al. 2, determina medidas concretas sobre a PMA, sendo uma delas, a faculdade de todas as pessoas terem acesso aos dados relativos à sua ascendência contrariando, assim, a maioria dos ordenamentos constitucionais europeus (Vale e Reis, 2008, pp. 36-37). Para além disto, existe ainda, uma lei que regula as técnicas de PMA⁶³ que, tem por base os artigos 119º, al.2 e 122º, al.1 da *Constitution fédérale*, o *Federal Act on Medically Assisted Reproduction* de 18 de Dezembro de 1998 (Federal Act on Medically Assisted Reproduction, 1998).

Segundo o artigo 27, desta lei, assim que a criança concebida por técnicas de PMA completar 18 anos de idade, tem o direito a conhecer a identidade do seu dador⁶⁴

Neste ordenamento jurídico, é proibida a maternidade de substituição e a dação de óvulos e embriões, sendo apenas permitido a reprodução assistida com gâmetas masculinas de doadores, porém, antes da doação, estes são informados do direito à consulta dos registos dos doadores (Vale e Reis, 2008, p. 434).

Para este autor, a Suíça mostra-se um ordenamento jurídico harmonizador, contudo *ténue e o regime revela-se bastante comprometido coma efetivação do direito ao conhecimento das origens genéticas, como determina a respetiva Constituição* (Vale e Reis, 2008, p. 435).

Por sua vez, a Holanda⁶⁵ tinha optado pela solução mista, na qual era permitido que a partir dos 16 anos de idade, as crianças pudessem aceder aos dados identificativos do dador (Ferreira Freitas, 2010, p. 48), porém, em 2002 foi adotada uma lei que revogou este sistema misto e, desde então, não são permitidas doações anónimas.

A Suécia foi um país pioneiro a legislar sobre o direito ao conhecimento das origens genéticas, permitindo o conhecimento da identidade dos doadores. Tal facto pode ser

⁶² *Many European countries have adopted the policy launched by Sweden in 1984 and followed by Austria in 1992, which allows the person conceived via donated gametes to access identifying information on the donor once they are mature enough. This also applies to Switzerland (with 1998 law which has been in force since 2001), Norway (2003), Holland (with a 2002 law which has been in force since 2004), the United Kingdom (2004), Finland (2006) (Amorós, 2015, p. 4).*

⁶³ *In Switzerland, there is a special law regarding medically assisted reproduction, the Federal Act on Medically Assisted Reproduction (Mihaila, 2020, p. 118).*

⁶⁴ *Once the child born of a sperm donation reaches the age of 18, he has the right to know the identity of his genetic father (Germond & Senn, 1999, p. 342).*

⁶⁵ Deste ordenamento jurídico, salienta-se o Acórdão *Valkenhorst*, de 15 de Abril de 1994, onde foi reconhecido o direito da criança à sua personalidade e, consequentemente que o mesmo devia compreender o direito à identidade dos pais biológicos (Vale e Reis, 2008, p. 193).

comprovado através da lei Sueca nº1140/1984, de 20 de Dezembro, que permite que a criança nascida de técnicas de PMA conheça os dados relativos ao seu dador, assim que atinja a *maturidade suficiente*, desde que não sejam estabelecidos quaisquer vínculos de filiação entre a criança e o dador (Ferreira Freitas, 2010, p. 48). Esta lei foi substituída pelo *Genetic Integrity Act number 351 of May 18, 2006*⁶⁶.

Segundo esta lei, no capítulo 6 secção 5, a pessoa concebida através de inseminação com gametas de um dador, com quem a beneficiária não é casada e não coabita, tem o direito ao acesso dos dados sobre o beneficiário, assim que atingir a maturidade suficiente para o efeito (*Genetic Integrity Act number 351/2006, 2006*).

Na Noruega, a lei nº 68 de 12 de junho de 1987 determinava o anonimato do dador, porém, esta regra foi levantada, vigorando agora o direito a conhecer as origens genéticas desde 2003.

A Islândia⁶⁷, adotou um sistema duplo, ou seja, permite doações anónimas e doações de pessoas que tenham autorizado a revelação dos seus dados pessoais.

A Finlândia seguia esta posição, porém, a partir de 2006⁶⁸ optou pelo regime da abolição do anonimato, permitindo aos interessados conhecer os dados do material genético que lhes deram origem, após a maioridade⁶⁹.

3.4. Argumentos a favor do anonimato

Defensores desta posição entendem que o ato de doar gametas não é uma *predisposição para fazer parte do triângulo afetivo, integrando-se na relação familiar*”, mas sim *contribuir com o seu material genético para a construção de uma família, alheia à sua esfera de ação e de convivência* (Oliveira C. P., 2011, p. 144).

Partilhando a mesma opinião, Guilherme de Oliveira considera que a *arte de fazer nascer tem de ser absorvida pela cultura familiar; e os filhos aceitarão a ausência do pai quando,*

⁶⁶ *The purpose of the Genetic Integrity Act number 351/2006 is to establish “provisions on restrictions on the use of certain biotechnology developed for medical purposes and certain legal effects of such use”* (Busardò, Gulino, Napoletano, Zaami, & Frati, 2014, p. 9).

⁶⁷ (...) *Other legal systems have chosen a double-track system, which allows the donor and the users of ART to choose between the anonymous or identifiable donation track (...)* In 1996, Iceland chose this model (...) (Amorós, 2015, p. 4).

⁶⁸ *Finland's la won MAR procedures is regulated by the Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006). “This Act applies to the provision of assisted fertility treatment in which a human gamete or embryo is placed in a woman for the purpose of creating a pregnancy. This Act also applies to the donation and storage of gametes and embryos for use in assisted fertility treatment”* (Busardò, Gulino, Napoletano, Zaami, & Frati, 2014, p. 4).

⁶⁹ Com base na secção 23 do *Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006)* (Assisted Fertility Treatments, 2006).

para a gravidez da mãe, não tenha havido alternativa melhor que o fornecimento da substância adequada pela instituição competente (Oliveira G. , 2003, p. 501), acrescentando que, ainda que se organize uma política global nesta matéria (...), julgo que ela tenderá para o conhecimento rigoroso e para a conservação das informações sobre o caráter genético do sémen, mas não chegará à divulgação da identidade civil do fornecedor (Oliveira G. , 2003, p. 502).

Neste sentido, encontramos a Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, que consagra o regime do anonimato do dador de gametas no seu ponto 29, referindo que, *a identidade do receptor ou receptores não deve ser revelada ao dador nem à respetiva família e vice-versa, sem prejuízo de legislação em vigor nos Estados-Membros sobre as condições de divulgação da informação, que pode autorizar em casos excepcionais, nomeadamente no caso de doação de gâmetas, o levantamento do dador (Diretiva 2004/23/CE, 2004).*

Stela Barbas, enquanto defensora do direito ao conhecimento das origens genéticas, elencou um conjunto de argumentos que pendem a favor do anonimato do dador de gâmetas, considerando que são os que os defensores deste segredo sustentam: *tutela o valor da defesa da intimidade da vida privada; é uma forma de estimular a doação; constitui uma garantia para o dador de que o filho não virá exigir quaisquer direitos; o dador anónimo também não poderá reclamar algum direito sobre o filho; a revelação de certos elementos relativos à origem biológica da criança pode fazer com que os dadores escondam características fundamentais para os diagnósticos pré-natais e, por fim, que a identidade do dador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada (Neves Barbas, 1999, pp. 40-41).*

A par destes, Paula Martinho da Silva acrescenta como argumentos a favor do anonimato a *defesa da paz familiar e da estabilidade psicológica do filho (Martinho da Silva & Costa, 2011, p. 92).*

Além do exposto, Carlos Pamplona Corte-Real refere que quem sustenta o anonimato do dador de gametas, considera ser a solução que melhor se adequa ao instituto da adoção, plasmado no art.1987º do CC, na medida em que retrata de uma situação análoga (Pamplona Corte-Real, 2002, p. 354).

Como já foi referido anteriormente, o estatuto de dador não é o de pai ou mãe da pessoa concebida com o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida⁷⁰, ou seja, a

⁷⁰ Art.10º da LPMA.

possibilidade de um levantamento do anonimato do dador de gâmetas nunca implicará *poderes ou deveres*⁷¹ em relação à criança concebida.

Porém, atualmente, o argumento que persiste em Portugal reside na escassez de dadores. Os defensores do anonimato acreditam que com a abolição do sigilo, o número de dadores irá reduzir drasticamente⁷².

Segundo Rafael Vale e Reis a eventual redução de dadores acarreta certos problemas, a saber: *diminuição das possibilidades de escolha de material biológico por parte de casais inférteis, que devem poder escolher certas características do dador, como a cor de pele, dos olhos, ou do cabelo com o objetivo de facilitar o enquadramento da criança no seio familiar; aumento incontável do preço do material biológico nos casos em que os dadores são compensados financeiramente; diminuição dos níveis de exigência de qualidade do material biológico utilizável, com prejuízo para os beneficiários; aumento das “listas de espera para os tratamentos”; desenvolvimento de mercados paralelos de obtenção de gâmetas; adoção, por parte dos casais inférteis, de atitudes de risco com o fito de acelerar o processo de “produção da criança”; aumento de gravidezes múltiplas em consequência da administração de terapias agressivas destinadas a maximizar os resultados em face do reduzido número de material disponível* (Vale e Reis, 2008, p. 462).

Por último, e talvez o argumento mais importante para esta dissertação, reside na manutenção da reserva da intimidade da vida privada e familiar, previsto no art.26º, nº1 da CRP⁷³, na medida em que acesso total e livre ao conhecimento das origens genéticas, por parte da pessoa concebida origina o detrimento do direito ao anonimato do dador que, por sua vez provoca uma colisão entre direitos fundamentais.

Como vimos, os defensores do anonimato do dador de material genético apresentam vários argumentos para fundamentar a sua posição.

Contudo, não nos parece que, ao se assegurar na íntegra o direito ao anonimato⁷⁴, não haja uma restrição excessiva a um outro direito fundamental: o direito à identidade pessoal⁷⁵ e, por sua vez, o direito ao conhecimento da ascendência genética.

⁷¹ Excerto do art.21º da LPMA.

⁷² *A study from Belgium (that has anonymity as a general rule but allows known donation) showed that non-donors in the general population stated that they did not want to donate because they feared being traced and were concerned about the possible impact of the revelation of their donor status and identity on their social network, in particular on their partner* (Pennings, 2019, pp. 3-4).

⁷³ *A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.*

⁷⁴ Reserva da intimidade da vida privada previsto no art.26º, nº1 da CRP.

⁷⁵ Previsto, igualmente, no art.26º, nº1 da CRP.

Ao privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, estaremos sempre a violar o princípio da igualdade, estabelecido no art.13º, nº2 da CRP⁷⁶, e ainda o estabelecido no art.18º, nº2 da CRP, na medida em que limita as restrições efetuadas aos direitos, liberdades e garantias⁷⁷*ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

Em suma, e de acordo com o plasmado no Ac. nº225/2018, o que se pretende saber não é se um regime absoluto do anonimato é constitucional, mas antes, se é constitucional estabelecer o anonimato dos dadores e, como exceção, a possibilidade de os concebidos conhecerem a sua identidade (Tribunal Constitucional, 2018).

3.4. Argumentos contra o anonimato

Com uma posição oposta, encontramos alguns defensores da abolição do anonimato dos dadores de gâmetas que pugnam pelo direito ao conhecimento das origens genéticas, em detrimento do direito ao anonimato do dador de gametas.

Diogo Leite Campos é completamente o anonimato, aliás considera *que o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse da pessoa que há de proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem o direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano. (...) O sigilo do dador viola o disposto nos artigos 2º, 12º, 1, 13º,1 e 3 da Constituição da República Portuguesa* (Leite de Campos, 2006).

Salientamos que a fundamentação, para a inconstitucionalidade do anonimato, invocada por este autor não é consensual. Desde logo, porque a generalidade dos autores consideram que a fundamentação da inconstitucionalidade reside no art.26º, nº1 da CRP, na medida em que se prevê o direito à identidade pessoal e, conseqüentemente a identidade genética.

Tendo por base o exposto, apresentamos a posição de Stela Barbas. Esta autora acredita que o direito ao anonimato do dador de gametas coloca em segundo plano o direito da criança em conhecer o seu património genético que, constitui uma das vertentes do direito à identidade pessoal imposta pelo art.26º, nº1 da CRP. Para além disso, refere que o mesmo

⁷⁶ *Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.*

⁷⁷ Onde se inserem o direito à reserva da vida íntima privada e o direito à identidade pessoal, ambos no art.26º, nº1 da CRP.

condiciona o estabelecimento da filiação e, ofende o direito essencial à identidade da pessoa subalternizando-o a um discutível direito dos inférteis a terem um filho. Reconhece que, o anonimato além de poder vir a originar incestos⁷⁸, pode também ser fonte de impedimentos dirimentes ao casamento. Explica que, o conhecimento do património genético do dador é fundamental para o diagnóstico de doenças genéticas e/ou anomalias graves que podem surgir, no decorrer da vida do concebido e que, com o facto de existir o anonimato não é possível definir, em casos concretos, o meio de transmissão hereditária de certas doenças considerando que *algumas poderão até ser de expressão tardia e em relação às quais é necessário saber como serão também elas transmitidas à descendência da pessoa em questão*⁷⁹. Por fim, a autora refere que o direito ao anonimato implica a *atomização e despersonalização do processo reprodutivo* (Neves Barbas, 1998, p. 174).

Oliveira Ascensão afirma que o concebido que nasceu em virtude de técnicas de PMA heteróloga é *um ser que nasce sem história, (...) é um ser amputado*. Para este autor, *o conhecimento da origem genética pode ser muito importante para restabelecer a sua inserção na cadeia geracional. O direito à identidade genética implica também a origem genética e pode não se bastar com a mera indicação anónima de dados genéticos* (Ascensão d. O., 2007).

Por sua vez, Filipe Almeida apoia o direito ao conhecimento das origens genéticas, uma vez que o mesmo deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade e da historicidade da pessoa concebida por técnicas de PMA, afirmando que, *desejar o filho no desconhecimento de uma genealogia a que deve poder aceder coarctada, radicalmente, o seu direito a conhecer as suas raízes genéticas* (Almeida, 2004, pp. 18-19)⁸⁰.

⁷⁸ Por exemplo, quando a mulher é inseminada com gâmetas do pai, ou irmão.

⁷⁹ Sobre este argumento, a autora explica que, *a propagação de taras genéticas e de doenças conhecidas e graves pelo sêmen é um dado adquirido e implica a observância de determinados requisitos dos dadores, os quais nem sempre se mostram disponíveis, nomeadamente para a repetição de testes laboratoriais*.

⁸⁰ Para este autor, o filho é o *elo mais fraco* e, considera-o desta forma porque nasce do *exercício de um desejo responsável, que parte de uma vontade autónoma*. Desta forma, o autor ressalva o “caracter instrumental” que pode advir do nascimento de uma criança mediante o uso de técnicas de PMA, explicando que *não posso querer um filho para dilatar ou consolidar a minha propriedade (...) Devo desejar o filho por ele mesmo, para que ele viva, não para ser minha propriedade* (Almeida, 2004, p. 18).

Ainda neste sentido, José Souto de Moura pronuncia-se, dizendo, *quando se inicia o processo de PMA, o desejo de ter um filho corresponde a uma melhor realização e, portanto, a uma busca da felicidade dos progenitores. Então nem sempre será fácil evitar que o filho fique exposto a um estatuto de mero instrumento ao serviço da felicidade dos pais (...) A melhor garantia da não coisificação do filho que se quer ter é não ver a procriação como fim em si, antes como corolário, ou expressão, do amor dos pais. Porque todo o amor por definição é fecundo* (Souto de Moura, 1998, p. 133).

Após análise das duas perspetivas, verificamos que o direito ao anonimato do dador de gametas tem revelado cada vez mais fragilidades, o que pode ser comprovado pela abolição deste direito em alguns países da União Europeia.

Esta fragilidade pode dever-se, em grande parte, ao facto de ser proibido o estabelecimento de laços de filiação entre o concebido e o dador de gametas, como já foi referido, e ainda, pela crescente importância que o superior interesse da criança tem vindo a desenvolver, onde podemos incluir o direito a conhecer a sua ascendência genética.

Porém, a dicotomia entre o direito do dador ao anonimato e o direito do concebido ao conhecimento da sua ascendência genética permanece e, desta forma, torna-se relevante perceber qual o direito fundamental que deve prevalecer.

3.5. Posição intermédia

Perante duas posições completamente antagónicas há quem defenda a necessidade de se encontrar um equilíbrio, uma vez que estão em conflito diferentes direitos fundamentais.

Nesse sentido Carla Oliveira defende a posição intermédia afirmando que *“não podemos defender nem o modelo do “anonimato absoluto”, nem o “conhecimento absoluto” da identidade do dador. O primeiro modelo, centra-se, apenas, na figura do dador e esquece-se dos direitos fundamentais de quem nasceu com recurso às técnicas de PMA Heteróloga. Na verdade, a lei ao impedir a revelação, nega o direito ao conhecimento das origens biológicas. O segundo modelo, esquece-se da relação triangular- ao lado dos beneficiários, há um dador- e apenas salvaguarda os interesses do filho, na revelação da identidade do dador. As duas linhas de raciocínio, que subjazem os modelos expostos, apresentam um cariz, marcadamente, extremista, faltando-lhe sensibilidade para uma ponderação concreta, caso a caso, dos interesses e direitos envolvidos (Oliveira C. P., 2011, p. 154).*

Por sua vez, Rafael Vale e Reis reconhece *algum mérito aos argumentos que assinalam o risco de diminuição drástica de dadores em consequência da abolição absoluta de qualquer sistema de anonimato, esclarecendo que se deve defender uma solução legal que parta da admissibilidade, prima facie, do conhecimento pela pessoa gerada com recurso à PMA da identidade do dador de esperma, dos ovócitos ou do embrião, devendo essa faculdade ser apenas paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a proteção dos núcleos familiares*

estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinem (Vale e Reis, 2008, pp. 500-501).

Como vimos, em causa estão dois direitos fundamentais, um deles por parte do dador de gametas e, o outro, por parte de quem nasceu com recurso a técnicas de PMA heteróloga.

Desta forma, e tendo em conta a análise das diferentes perspetivas mencionadas, julgamos que ainda não é possível tomar uma decisão sobre qual a posição adotar, sendo, para isso, necessário indagar sobre o conflito de direitos fundamentais ou de valores em causa, de forma a conseguirmos perceber qual a solução mais justa e ponderada para o nosso ordenamento jurídico.

Capítulo IV. A abolição do anonimato

4.1. Admissibilidade dos “double track” systems

A divisão doutrinal relativamente ao levantamento do anonimato do dador de gâmetas ou à sua manutenção é uma constante.

Desta forma e, com o objetivo primordial de ultrapassar este impasse, Guido Pennings apresentou uma solução que prometia um equilíbrio entre os direitos dos dadores e dos concebidos- os *double track systems*⁸¹.

Segundo este sistema, os dadores escolhiam se queriam permanecer anónimos ou se permitiam a revelação da sua identidade. Posteriormente, as pessoas que recorrem às técnicas de PMA escolhiam o “tipo” de dador que queriam, ou seja, se queriam o dador que quer permanecer anónimo⁸², ou o dador que não obsta a que seja identificado⁸³.

Para Guido Pennings, este modelo baseia-se no facto de que nenhuma posição ou perspectiva é melhor do que a outra e, portanto, as partes envolvidas devem ter a faculdade de decidir quais os termos em que querem participar⁸⁴.

Porém, esta solução não é perfeita e, como tal, traz alguns problemas, como o facto de restringir aos filhos concebidos, que foram gerados pela escolha do anonimato, do acesso à identidade do dador e, conseqüentemente, da verdade biológica, por escolha de outrem.

Este sistema ao ser implementado, estaria a permitir dois tipos de filhos concebidos, os que podem conhecer as suas origens genéticas e os que não podem.

Assim, seguimos a posição de Stela Barbas quando afirma que *não podem existir dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer as suas raízes genómicas* (Neves Barbas, 1998, p. 173).

Rafael Vale Reis também não concorda com a implementação do sistema de duas vias explicando que, *soluções desta natureza não resolvem os problemas que se colocam nesta sede, além de potenciarem o surgimento de um outro tipo de questões, pois muito*

⁸¹ *The ‘double track’ policy for anonymity represents the best attempt to balance the rights of donors, recipients and donor offspring. It offers the social parents the freedom to choose the degree to which they want the donor involved in their new family. It also enables donors to define their commitment* (Pennings, 1997, p. 2843).

⁸² Segundo este autor, *the majority of anonymous donors do not want their donor status to be revealed and do not want to be contacted* (Pennings, 2019, p. 3).

⁸³ *The policy is simple: a donor has the choice to enter the programme as an anonymous or as an identifiable donor and recipients can choose between an identifiable or an anonymous donor* (Pennings, 1997, p. 2839).

⁸⁴ *The model takes the relativity of the different perspectives as a starting point. It is built on the admission that no position is inherently better than the others and that consequently the parties involved should be able to decide under which conditions they want to participate* (Pennings, 1997, p. 2839).

difícilmente a tutela constitucional da igualdade e a proibição de discriminação aceitaria o surgimento de duas estirpes de filhos: os que podem conhecer a identidade do dador e aqueles aos quais é negado o acesso a essa informação, não porque essa diferença de tratamento decorra do afastamento material das situações, mas apenas porque os pais jurídicos, antes da concepção, decidiram não ser incomodados com a ingerência de um dador inconveniente (Vale e Reis, 2008, p. 467). Para tal, apresenta como uma eventual solução a intervenção de uma entidade administrativa.

Para este autor, o papel desta entidade administrativa seria determinar o direito que deveria prevalecer, atendendo a cada caso concreto. Porém, alerta que *sempre que um conflito de interesses pressuponha a ponderação das condições do caso concreto, nos termos que constam, por exemplo, da nova Lei de Procriação Medicamente Assistida, a única solução aceitável passa pela intervenção de uma instância jurisdicional. Isto, claro, sem prejuízo da admissibilidade da intervenção inicial (e não mediadora ou conciliadora) de uma entidade administrativa, por exemplo, recebendo o pedido de acesso à identidade do dador, podendo inclusive, facultar essa informação se não houver oposição deste e desde que haja enquadramento legal para o efeito* (Vale e Reis, 2008, p. 471).

Em suma, este autor conclui o meio adequado para a resolução dos conflitos em análise, passará pela intervenção de uma instância jurisdicional.

4.2. Lei nº 48/2019

A Lei nº 48/2019, de 8 de julho, veio introduzir o novo regime da confidencialidade das técnicas de procriação medicamente assistida no nosso ordenamento jurídico.

Relembramos que antes desta alteração legislativa, a pessoa nascida na sequência da utilização de técnicas de PMA heteróloga podia aceder a *informações de natureza genética* que lhe diziam respeito, junto dos serviços de saúde. Permitia-se, ainda, nos termos do nº3 do art.15º que, a esses indivíduos era assegurado a inexistência de impedimento legal a casamento projetado, através da consulta ao CNPMA.

Para além do exposto, antes da entrada em vigor da Lei nº 48/2019, de 8 de Julho, a Lei da Procriação Medicamente Assistida excluía a identidade do dador, exceto nos termos do nº3 do art.15, *ou se este expressamente o permitir*, ou se, apesar da inexistência de tal consentimento, o interessado demonstrar, de acordo com o nº4 *razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial* para a sua pretensão.

Ao abrigo deste novo regime, as pessoas que nasceram com o recurso a *dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações*

*de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador*⁸⁵ (art.15º, nº2 na redação da Lei nº48/2019) e, *desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento* (art.15º, nº3 na redação da Lei nº48/2019).

Importa salientar, ainda, que após a entrada em vigor da lei em análise, ainda estão abrangidos pelo regime de confidencialidade da identidade civil do dador, exceto nos casos em que estes autorizem, de forma expressa, o levantamento do anonimato: *os embriões resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da presente lei; os gâmetas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após a entrada em vigor da presente lei; e, as dâdivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018*⁸⁶.

Perante a legislação em vigor, as pessoas cujo nascimento se tenha dado devido à utilização de técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, têm o direito a conhecer toda a sua história clínica, informação genética relevante e, o mais importante, a identidade de quem doou o material genético, de forma a dar-lhe a possibilidade de existir enquanto ser humano.

Com esta nova conjectura, ainda não é possível avaliar os impactos positivos ou negativos da abolição do anonimato dos dadores de gâmetas, daí que talvez seja pertinente recordar alguns argumentos a favor do anonimato dos dadores e confrontá-los com a alteração da Lei da Procriação Medicamente Assistida.

Um dos primeiros argumentos elencados consistia no não estabelecimento de vínculos de filiação entre dador e concebido.

Como sabemos, *o fornecedor de esperma de esperma age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o pater, ou mesmo como o simples genitor de um certo indivíduo que acabou de nascer graças à sua participação* (Oliveira G. , 2003, p. 500). Ora, a Lei nº 48/2019, de 8 de Julho, apenas alterou o artigo 15º da Lei nº 32/2006, o que

⁸⁵ Por identificação civil entende-se o nome completo do dador ou dadora.

⁸⁶ Para além disto, este regime de confidencialidade do dador (transitório), não prejudica o direito de acesso às informações previstas nos nºs. 2, 3, e 5 do art.15º na redação atual da lei da PMA. Acresce ainda, que terminados os prazos mencionados, os gâmetas e embriões doados ou resultantes a doações são destruídos no caso de o dador não ter, durante esse período, autorizado o levantamento do anonimato sobre a sua identificação civil.

significa, que os dadores de gâmetas continuam excluídos da paternidade da criança concebida, nos termos dos arts.10º, nº 2⁸⁷ e 21⁸⁸ da lei em vigor.

Um outro argumento reside no decréscimo do número de dadores. Os defensores do anonimato acreditam que a abolição do mesmo vai originar uma redução drástica das doações.

Redução essa que ocorreu em Inglaterra, a quando se alterou a legislação de forma a eliminar o anonimato dos dadores⁸⁹. No entanto, o facto de ter acontecido na Inglaterra, não significa, necessariamente, que vá acontecer no nosso ordenamento jurídico, aliás, *a diminuição de dádivas é circunstancial, uma espécie de “período de janela” que o tempo e a habituação às novas regras se encarregam de corrigir*⁹⁰.

Rafael Vale e Reis refere, ainda, que *a abolição do anonimato pode trazer outra categoria de dadores, tal como aconteceu na Suécia, onde foi visível que passaram a aparecer como dadores, ao invés de jovens estudantes, muitas vezes como motivações económicas, homens com mais idade, já com filhos, e com uma vida estabilizada, sendo certo, também, que estudos realizados na Bélgica mostram que alguns homens mais velhos teriam maior relutância em fornecer a sua identidade aos beneficiários* (Vale e Reis, 2008, pp. 463-464).

Esta alteração legislativa evidenciou um confronto entre vários direitos fundamentais que, já existiam no sistema mitigado, mas que agora tomaram outra proporção, como o direito à identidade pessoal, de quem nasceu com o recurso a gâmetas, do direito ao conhecimento da ascendência genética, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar, como já foi visto anteriormente.

⁸⁷ Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

⁸⁸ O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

⁸⁹ *In England, the main consequence of legislation removing donor anonymity has been an acute shortage of sperm donors. Because of donors' reluctance to donate, English clinics cannot meet the demand for gametes. Clinics maintain long waiting lists of patients who wish to get treatment, and patients are increasingly participating in reproductive tourism to countries where anonymity is still permitted to avoid the negative impact of the law* (Clark, 2012, p. 643).

⁹⁰ Como refere Rafael Vale e Reis ao citar Guido Pennings (Vale e Reis, 2008, p. 463).

4.3. Ponderação de direitos conflitantes

O desejo de quem nasceu na sequência da utilização de técnicas de PMA heteróloga em conhecer a sua ascendência genética colide, necessariamente, com o interesse em manter o anonimato⁹¹ por parte de quem tenha doado o seu material genético.

Colisão essa, no sentido em que, *num caso concreto, a proteção jurídica emergente do direito fundamental de alguém colida com de um direito fundamental de terceiro ou com a necessidade de proteger outros bens ou interesses constitucionais* (Alexandrino, 2015, p. 126).

Segundo os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, *um direito fundamental pode estar em conflito com outros direitos ou com bens constitucionalmente protegidos (cfr. Art.18º, nº2). O fenómeno da colisão ou conflito de direitos fundamentais verifica-se quando o seu exercício colide: a) com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (conflito de direitos em sentido estrito); b) com a defesa e protecção de bens da coletividade e do Estado constitucionalmente protegidos (conflitos entre direitos e outros bens constitucionais)* (Gomes Canotilho & Moreira, 1991, p. 135).

Falamos de um conflito entre diferentes direitos fundamentais⁹². Por um lado, temos o direito fundamental da pessoa nascida de PMA à identidade pessoal, onde está subentendido o direito ao conhecimento das suas origens genéticas (art.26º, nº1 e 3 da CRP) e, por outro lado, o direito à intimidade da vida privada e familiar (art.26º, nº1 da CRP)⁹³.

Se antes da alteração ao regime da confidencialidade, introduzida pela Lei nº 48/2019, de 8 de Julho, víamos o ordenamento jurídico português a proteger o anonimato do

⁹¹ (...) *anonymity expresses a wish for distance and privacy. In general, recipients choose an anonymous donor because they want the donor to stay out of their life and family. Likewise, by donating anonymously, donors indicate that they do not want to be involved in any way in the family they helped to create* (Pennings, 2019, p. 3).

⁹² Segundo José de Melo Alexandrino, *os direitos previstos na Constituição, ainda que possam incidir sobre o mesmo objeto (imagem, bom nome, intimidade da vida privada) são direitos fundamentais e não direitos de personalidade, devendo a distinção entre ambos passar pelas seguintes ideias: i) os direitos de personalidade estão previstos no Código Civil, ao passo que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição- daí que os direitos de personalidade pertençam ao domínio do Direito Civil e os direitos fundamentais ao do Direito Constitucional (sendo regulados, estudados e protegidos pelos institutos, categorias e mecanismos do Direito Constitucional); ii) os direitos de personalidade (por pressuporem relações de iguais) não têm proteção especial face ao Estado, ao passo que os direitos fundamentais pressupõem sempre um relacionamento direto e uma especial vinculação ao Estado (...)* (Alexandrino, 2015, pp. 34-35).

⁹³ *O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta de a Constituição proteger certos bens jurídicos (...), que podem vir a encontrar-se numa relação de conflito ou colisão concreta com certos direitos fundamentais* (Gomes Canotilho & Moreira, 1991, p. 135).

dador de gâmetas, em detrimento do direito do filho concebido por técnicas de procriação medicamente assistida em conhecer as suas origens genéticas.

Agora, após essa alteração, temos uma situação completamente inversa. Vemos o direito deste filho a deteriorar o direito à intimidade da vida privada do dador do material genético.

Parece-nos que seja qual for a posição adotada pelo legislador português (privilegiando o direito ao conhecimento das origens genéticas em detrimento do direito à intimidade da vida privada e familiar do dador de material genético ou vice-versa), irá sempre dividir a doutrina e colocar os dois direitos fundamentais em conflito.

Acreditamos que antes de estarmos perante uma colisão de direitos, estamos perante uma colisão de necessidades, um jogo de força, em que apenas um pode sair vitorioso.

Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam-nos que, *a solução do conflito de direitos articula-se, por um lado, com a delimitação do âmbito normativo de cada direito (pressupostos objetivos e subjetivos da existência de um direito e extensão da sua cobertura constitucional) e, por outro lado, com a reserva de lei restritiva. Concluindo que, se o conflito se estabelece entre dois Direitos Liberdades que Garantias sujeitos a reserva de lei restritiva, o legislador pode fazer ingerências ou limitar o exercício dos dois direitos na medida necessária, estabelecendo de forma proporcionada⁹⁴, a concordância prática entre ambos* (Gomes Canotilho & Moreira, 1991, p. 136).

Segundo Rafael Vale e Reis, para resolvermos este conflito temos que lançar mão das figuras da harmonização e restrição dos direitos (Vale e Reis, 2008, pp. 131-132), ou seja, temos que adequar a *compreensão dos limites dos direitos fundamentais (...)* pressupondo, *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* (Vale e Reis, 2008, p. 137).

⁹⁴ Segundo Gomes Melo Alexandrino, o princípio da proporcionalidade constitui *um superconceito que tem sido tradicionalmente decomposto em três subprincípios: i) o da adequação (ou idoneidade); ii) o da necessidade (indispensabilidade ou do meio menos restritivo); iii) o da justa medida (ou da proporcionalidade em sentido restrito)*. Sendo que no primeiro, *as medidas restritivas devem ser aptas ou idóneas para realizar o fim prosseguido pela restrição*. No segundo, *deve-se recorrer ao meio menos restritivo para atingir o fim em vista*, ou seja, *a indispensabilidade afere-se pela comparação entre os prejuízos provocados por esse meio e os prejuízos que seriam provocados pela utilização de um meio alternativo*. Já no que concerne ao último subprincípio procura-se *apurar o equilíbrio na relação entre a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto* (Alexandrino, 2015, pp. 134-136).

Pensamos que não seja possível harmonizar os dois direitos em conflito (direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito da intimidade da vida privada), na medida em que ao proteger o direito ao anonimato do dador, prejudica-se o direito ao conhecimento das origens genéticas e, ao proteger o direito ao conhecimento das origens genéticas, prejudica-se o direito à intimidade da vida privada do dador.

Rafael Vale e Reis refere que a Lei da Procriação Medicamente Assistida⁹⁵, continha uma solução harmonizadora. Porém, acabou por reconhecer que *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*, acrescentando que, *esses valores são de realização hétero-excludente (o direito a conhecer afasta a reserva da intimidade) o legislador está, afinal, a criar condições para que, na situação concreta, um deles prevaleça, traduzindo-se a aplicação da norma num resultado restritivo*, concluindo que, *a solução legal não deixa margem para o cumprimento simultâneo dos valores em jogo, e um terá que ceder* (Vale e Reis, 2008, pp. 138-139).

Embora este autor se tenha reportado à redação antiga da lei da Procriação Medicamente Assistida, verifica-se que tinha razão e que, efetivamente um valor acabou por ceder. Tem-se verificado que, com a evolução da sociedade, os seus valores e convicções também evoluem.

Se antes se valorizava a regra do anonimato, agora prevalece o princípio do interesse superior da criança, onde se procura proteger a identidade e historicidade pessoal daquele que nasceu com recurso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

⁹⁵ Na sua redação primária.

Reflexões Conclusivas

Como se pode verificar a longo desta dissertação, procuramos demonstrar as alterações que ocorreram no que diz respeito ao conhecimento das origens genéticas e do anonimato do dador de gametas na PMA heteróloga em Portugal.

Antes demais, compreendemos que este tipo de técnicas estão em constante evolução. Porém, o seu objetivo primordial permanece inalterado- auxiliar todos aqueles que de forma natural não conseguiram ter um filho.

Difícilmente se fala de PMA heteróloga sem se pensar na impossibilidade de os filhos concebidos conhecerem a identidade dos seus dadores, ou seja, procurarem a sua ascendência biológica.

Não podemos negar que este direito está tutelado no nosso ordenamento jurídico. Ainda que não o esteja de forma expressa, este direito está intimamente ligado com os aspetos mais profundos da pessoa humana, da sua identidade, do próprio desenvolvimento da personalidade e historicidade pessoal de cada indivíduo.

Contudo, não podemos descartar de ânimo leve o direito inerente aos dadores de gametas que, também está protegido na nossa lei fundamental- o direito à reserva da intimidade da vida privada.

Durante muitos anos, o direito à intimidade do dador prevalecia sobre o direito ao conhecimento das origens genéticas. Porém, começa-se a assistir uma mudança neste paradigma, principalmente, num contexto europeu conforme pudemos constatar.

Embora o nosso ordenamento jurídico não tenha sido o primeiro a proteger, garantir e assegurar o livre acesso ao conhecimento da ascendência genética, também não foi o último.

Foi preciso chegarmos a 2019, com a Lei nº 48/2019, de 8 de julho, para que deixassem de existir impedimentos na procura da verdade biológica e, se efetivasse o direito da criança em conhecer a sua identidade genética, prevista no art.7º da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

Mesmo com uma alteração legislativa favorável ao conhecimento das origens genéticas, ainda não há consenso por parte da doutrina sobre esta temática, uma vez que continuam a existir dois direitos fundamentais em conflito.

Outra questão se levanta relativamente aos efeitos da perda de anonimato, assunto do qual não nos ocupamos, em razão do mesmo extravasar amplamente o objeto do nosso

trabalho. Ficará como ponto de interrogação em aberto a estudos futuros em que possamos embarcar, ou então do qual a jurisprudência certamente- e necessariamente- se ocupará.

Concluimos assim, que o favorecimento do direito ao conhecimento das origens genéticas em detrimento da reserva da vida privada do dador se revela a posição mais acertada, uma vez que, a abolição da regra da confidencialidade não implica qualquer tipo de vínculo de filiação para o dador, como já foi explanado. Para além disso, o facto de agora ser possível o conhecimento da identidade do dador, não significa que o concebido, assim que atingir a maioridade legal, o queira conhecer. Contudo, é uma escolha que deve ser feita pelo concebido e que, agora tem a faculdade de a fazer.

Bibliografia

- Alexandrino, J. M. (2015). *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Princípiã.
- Almeida, F. (2004). Vulnerabilidade no início da vida humana: Procriação Medicamente Assistida: A criança nascida de PMA- O direito do mais fraco. Em *Cadernos de Bioética, Ano 12, nº36 (Dezembro 2004)*.
- Amorós, E. F. (2015). *Donor anonymity, or the right to know one's origins?* Obtido em 1 de 2020 de Junho, de https://pdfs.semanticscholar.org/7f1a/04ff63ec9ec03779c44ca65d7ef6c0d11abf.pdf?_ga=2.119897600.923410021.1590573238-1296136110.1590573238&_gac=1.221040874.1590573238.Cj0KcQjwn7j2BRDrARIsAHJkxmw7JAPtt6SX42tF66Y9ISMVSfLQ2UgR_t0cjKVILIg0bp0NRMNtGrkaAhB1EALw_
- Ascensão, d. O. (1991). *Direito e Bioética*. Obtido em 14 de Abril de 2020, de Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51: <https://portal.oa.pt/upl/%7Ba1e12138-8cf5-4a8d-96c7-65a4bfbb9ab2%7D.pdf>
- Ascensão, d. O. (Dezembro de 2007). *A lei nº 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida*. Obtido em 6 de Fevereiro de 2020, de Revista da Ordem dos Advogados: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-nº-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>
- Ascensão, d. O. (2008). *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos*. Obtido em 30 de Janeiro de 2020, de Revista da Ordem dos Advogados: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>
- Assisted Fertility Treatments*. (2006). Obtido em 1 de Junho de 2020, de <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20061237.pdf>
- Barros, A. (2016). Procriação Medicamente Assistida. Em J. Loureiro, A. D. Pereira, & C. Barbosa, *Direito da Saúde- Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* (Vol. IV, p. 107). Almedina.
- Busardò, F. P., Gulino, M., Napoletano, S., Zaami, S., & Frati, P. (July de 2014). *The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo*

- Stem Cell Research in European Union Members*. Obtido em 25 de Maio de 2020, de <https://www.hindawi.com/journals/bmri/2014/307160/>
- Clark, B. (2012). *A balancing act? The rights of donor-conceived children to know their biological origins*. Obtido em 18 de Abril de 2020, de Georgia Journal of International and Comparative Law, vol.40, number 3: https://www.academia.edu/21098460/A_Balancing_Act_The_Rights_of_Donor-Conceived_Children_to_Know_Their_Biological_Origins
- Code de la Santé Publique*. (s.d.). Obtido em 6 de Abril de 2020, de Legifrance: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=AA6E5CED2B642E9E1AD6E1DA7B601AB2.tplgfr33s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006171520&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20200406
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. (s.d.). Obtido em 16 de Abril de 2020, de https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf
- de Sousa Rabindranath, C. (1995). *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (s.d.). Obtido em 16 de Abril de 2020, de <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>
- Diretiva 2004/23/CE*. (31 de Março de 2004). Obtido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0023&from=EN>
- Federal Act on Medically Assisted Reproduction*. (18 de Dezembro de 1998). Obtido em 31 de Maio de 2020, de <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20001938/index.html>
- Ferreira Freitas, S. (2010). *O Anonimato do Dador e o Direito a Conhecer a Própria Origem. Uma Aproximação de Direito Comparado*. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 19, N.1 (2010), pp. 41-69. Obtido em 7 de Abril de 2020, de Minerva Repositório Institucional da Universidade de Santiago de Compostela: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7940/02.Ferreira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Genetic Integrity Act number 351/2006*. (18 de May de 2006). Obtido em 1 de Junho de 2020, de <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Sweden-Genetic-Integrity-Act-2006-eng.pdf>
- Germond, M., & Senn, A. (1999). *Reproductive Health Care Policies Around the World- A law affecting Medically Assisted Procreation is on the way in Switzerland*. Obtido

- em 30 de Maio de 2020, de https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3455772/pdf/10815_2004_Article_409024.pdf
- Gomes Canotilho, J., & Moreira, V. (1991). *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Gomes Canotilho, J., & Vital Moreira. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Quarta Edição ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- Gomes de Melo, H. (2015). O direito ao conhecimento das origens genéticas. Em *Revista do Ministério Público, ano 36, n°142 (Abr./Jun.2015)*.
- Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. (s.d.). Obtido em 6 de Abril de 2020, de Legislation.gov.uk: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
- Jauregul, P. C. (November de 2016). *The right to know your biological origins- a comparison between Spain, France and Italy*. Obtido em 25 de Maio de 2020, de https://www.academia.edu/34612334/The_right_to_know_your_origins_in_Spain_Italy_and_France
- Laborinho Lúcio, Á. (2001). A genética e a Pessoa- O Direito à Identidade. Em *Revista do Ministério Público, Ano 22: n° 88 (Out./Dez.2001)*.
- Leite de Campos, D. (Dezembro de 2006). *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador- ou a Omnipotência do Sujeito*. Obtido em 6 de Fevereiro de 2020, de Revista da Ordem dos Advogados: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. (s.d.). Obtido em 30 de Março de 2020, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- Lobo Xavier, R. (2019). A constitucionalização do contrato de gestação de substituição e a traição das imagens: "isto não é uma gestação de substituição". Em T. Constitucional, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- Malvasi, A., Signore, F., Napoletano, S., Bruti, V., Sestili, C., & Di Luca, N. (2017). *2014-2017. How medically assisted reproduction changed in Italy. A short comparative synthesis with European Countries*. Obtido em 27 de Maio de 2020, de

<http://www.clinicaterapeutica.it/ojs/index.php/ClinicaTerapeutica/article/view/51/4>

1

- Martingo Cruz, R. (2017). *O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa-alguns pontos de discussão*. Obtido em 20 de Março de 2020, de Cadernos de Direito Actual: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/130/77>
- Martinho da Silva, P., & Costa, M. (2011). *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada* (Primeira Edição ed.). Coimbra Editora.
- Massano Cardoso, S. (2011). *PMA- Para quê, para quem, com que custos?* Obtido em 20 de Abril de 2020, de As Leis da IVG e PMA- Uma apreciação Bioética: https://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1415189974_Livro%20bioetica_13_PMA%20e%20IVG.pdf
- Mihaila, C. O. (2020). *The Contractualization of Filiation and Medically Assisted Human Reproduction Techniques*. Obtido em 29 de Maio de 2020, de <http://www.fiatiustitia.ro/ojs/index.php/fi/article/viewFile/468/449>
- Miranda, J., & Medeiros, R. (2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Segunda Edição ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- Mota Pinto, P. (199). O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Em A. Costa, E. Soares, C. Neves, L. Porto, & F. Costa, *Portugal- Brasil Ano 2000* (p. 164). Coimbra Editora.
- Neto, L., & Teixeira Pedro, R. (2018). *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Obtido em 14 de Janeiro de 2020, de sigarra.up.pt: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F638508230/Ebook%20FDUP-PMA%202018.pdf
- Neves Barbas, S. (1998). *Direito ao Património Genético*. Coimbra: Almedina.
- Neves Barbas, S. (1999). Direito à Identidade Genética. Em *Forum Iustitiae, Direito & Sociedade, nº6* (Novembro de 1999).
- Neves Barbas, S. (2007). *Direito ao Genoma Humano*. Coimbra: Almedina.
- Oliveira, C. P. (2011). *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, G. (2003). *Critério Jurídico da Paternidade*. Almedina.
- Oliveira, G. d. (2017). *Estabelecimento da Filiação*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, G. d. (2020). *Manual de Direito da Família*. Almedina.

- Otero, P. (1999). *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina.
- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. (s.d.). Obtido em 16 de Abril de 2020, de http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf
- Pamplona Corte-Real, C. (2002). Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A). Em A. Menezes Cordeiro, L. Menezes Leitão, & J. da Costa Gomes, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles* (Vol. I). Almedina.
- Parecer n.º44 do CNECV*. (s.d.). Obtido de https://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf
- Pennings, G. (Dezembro de 1997). *The double track policy for donor anonymity*. Obtido em 10 de Abril de 2020, de *Human Reproduction*, vol.12, n12, pp. 2839-2844, 1997: https://watermark.silverchair.com/122839.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAmIwggJeBgkqhkiG9w0BBwagggJPMIICSwiBADCCakQGCSqGSib3DQEHATAeBgIghkgBZQMEAS4wEQQMvEKwtKEF0s_mD9XvAgEQgIICFU2FBOJDRp8V8LLVIOg83NzrY5rwQeELdphqz8sAIIJVGSA
- Pennings, G. (2009). *International evolution of legislation and guidelines in medically assisted reproduction*. Obtido em 1 de Junho de 2020, de [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)60443-9/pdf?fbclid=IwAR2T9_tcIwsOkYHQPEY7F-xc241gcSb311QDI5XD7Jzk0Zii_9Xw5Q-IRS4](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)60443-9/pdf?fbclid=IwAR2T9_tcIwsOkYHQPEY7F-xc241gcSb311QDI5XD7Jzk0Zii_9Xw5Q-IRS4)
- Pennings, G. (2019). *Genetic databases and the future of donor anonymity*. Obtido em 1 de Junho de 2020, de <https://www.semanticscholar.org/paper/Genetic-databases-and-the-future-of-donor-Pennings/3f829f5b93e5ae1cc27ce1f431f439a86be0367c>
- Pinheiro, J. D. (2008). A necessidade da lei de Procriação Medicamente Assistida. Em A. Menezes Cordeiro, P. Pais de Vasconcelos, & P. Costa e Silva, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (Vol. I, pp. 201-214). Almedina.
- Pinheiro, J. D. (2015). *Estudos de Direito da Família e das Crianças, versão E-book*. Lisboa: AAFDL.
- Pinheiro, J. D. (2019). *O Direito da Família Contemporâneo, versão E-book* (Sexta Edição ed.). Lisboa: AAFDL Editora.

- Silva, S. (2014). *Procriação Medicamente Assistida Práticas e Desafios* (Primeira Edição ed.). Imprensa de Ciências Sociais.
- Souto de Moura, J. (1998). Acesso à filiação, procriação médica assistida e filiações enxertadas. Em *Revista do Ministério Público N°73: ano 19 (Jan./Mar.1998)*.
- Tribunal Constitucional, 963/06 (Tribunal Constitucional 3 de março de 2009). Obtido em 25 de novembro de 2019, de Tribunal Constitucional Portugal: <https://www.tribunalconstitucional.pt>
- Tribunal Constitucional, 95/2018 (Tribunal Constitucional 24 de Abril de 2018). Obtido em 8 de Março de 2020, de Tribunal Constitucional: <https://www.tribunalconstitucional.pt>
- Unesco. (2001). *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática*. Obtido em 27 de Março de 2020, de Unesco: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por
- Vale e Reis, R. (2008). Direito ao conhecimento das origens genéticas- desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português. Em *Revista do Ministério Público, ano 29, n°116 (Out./Dez.2008)* (pp. 189-205).
- Vale e Reis, R. (2008). *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Vale e Reis, R. (2016). Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida? Em J. Loureiro, A. Dias Pereira, & C. Barbosa, *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* (Vol. IV, pp. 159-176). Almedina.