



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O Princípio da Verdade  
Biológica e a Procriação  
Medicamente Assistida**

Mafalda Teixeira Alves

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018



# O Princípio da Verdade Biológica e a Procriação Medicamentemente Assistida

Mafalda Teixeira Alves

*Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito Privado pela Escola de  
Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob orientação: Mestre Ana Raquel  
Pessoa*

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

*À memória do pai Jaime.*

## **Agradecimentos**

À minha mãe, Graça pela confiança depositada em mim, a quem devo tudo.

À minha irmã Sofia, por toda a disponibilidade demonstrada e pela paciência.

A todos os meus amigos.

À minha orientadora, mestre Ana Raquel Pessoa, pelos conselhos dados e pela sua disponibilidade.

## Resumo

O presente trabalho relaciona-se com a lei nº32/2006 que regula a Procriação Medicamente Assistida em Portugal. A problemática surge no contexto da PMA heteróloga, em que existe a interferência de um terceiro estranho, designado como dador. Neste âmbito, a PMA heteróloga surge como um desvio ao Princípio Verdade Biológica.

As técnicas de PMA vêm trazer uma nova expectativa aos beneficiários que não conseguiam gerar um ser através da procriação natural.

Na presente dissertação pretende-se: (1) identificar o Direito ao Conhecimento das origens genéticas; (2) mencionar brevemente as técnicas de Procriação Medicamente Assistida; (3) esclarecer algumas normas legislativas do ordenamento jurídico português; (4) desenvolver o Direito do anonimato do dador; (5) realizar uma análise de direito comparado do ordenamento jurídico Italiano.

**Palavras-chave:** Procriação Medicamente Assistida. Origem genética. Dador. Verdade Biológica.

## Abstract

The present work is related to the law nº 32/2006 that regulates Medically Assisted Procreation in Portugal. The problem arises in the heterologous MAP, in which there is the interference of a strange third, designated as a donor. In this context, the heterologous MAP appears as a deviation from the Biological Truth Principle.

The techniques of MAP bring a new expectation to the beneficiaries who could not generate a being through the natural procreation.

In the present dissertation it is intended: (1) to identify the Right to Knowledge of genetic origins; (2) briefly mention the techniques of Medically Assisted Procreation; (3) clarify some legislative provisions of the Portuguese legal system; (4) develop the right of donor anonymity; (5) perform an analysis of comparative law of the Italian legal system.

**Keywords:** Medically Assisted Procreation. Genetic origin. Donor. Biological Truth

## Índice

<b>Lista de Siglas e Abreviaturas .....</b>	<b>9</b>
<b>Introdução .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>12</b>
<b>Noções preliminares .....</b>	<b>12</b>
1.1A Procriação Medicamente Assistida.....	12
1.2 A Procriação Medicamente Assistida Homóloga.....	12
1.3 A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga.....	12
1.4 A Gestação de substituição.....	12
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>15</b>
<b>O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas .....</b>	<b>15</b>
2.1 O Direito ao conhecimento da Verdade Biológica.....	15
2.2 O Princípio da Verdade Biológica.....	17
2.3. O Direito à identidade genética .....	21
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>23</b>
3.1 As técnicas de Reprodução Medicamente Assistida .....	23
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>25</b>
<b>A Lei nº32/2006.....</b>	<b>25</b>
4.1. Uma Breve análise à lei nº32/2006.....	25
4.2 O Carácter Subsidiário.....	25
4.3 O consentimento .....	26
4.4 Os beneficiários .....	27
4.5 Direito à reprodução medicamente assistida .....	29
4.6 O Estabelecimento da Filiação na PMA heteróloga.....	32
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>35</b>
<b>O direito do Dador.....</b>	<b>35</b>
5.1 O Direito ao anonimato do dador .....	35
5.2 Argumentos contra o anonimato do dador .....	36

5.3 Argumentos a favor do anonimato .....	38
5.4 Reflexão.....	39
5.5 Acórdão do Tribunal Constitucional nº225/2018 .....	40
<b>CAPÍTULO VI.....</b>	<b>43</b>
6.1 Enquadramento no ordenamento jurídico italiano.....	43
<b>Conclusão .....</b>	<b>47</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>49</b>

## Lista de Siglas e Abreviaturas

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CEDH</b>	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
<b>CNECV</b>	Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida
<b>CNPMA</b>	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
<b>CRI</b>	Constituição da República Italiana
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>DGPI</b>	Diagnóstico genético pré-implementação
<b>DNA</b>	Deoxyribonucleicacid
<b>FIV</b>	Fertilização In Vitro
<b>FIVETE</b>	Transferência de embriões para o útero
<b>GIFT</b>	Transferência Intratubária de Gametas
<b>HLA</b>	<i>Human leukocyte antigen</i>
<b>HUDOC</b>	<i>European Court of Human Rights</i>
<b>IA</b>	Inseminação Artificial
<b>IAH</b>	Inseminação artificial Heteróloga
<b>ICSI</b>	Injeção Intracitoplasmática de esperma ou espermatozoides
<b>IIU</b>	Inseminação Intrauterina
<b>LPMA</b>	Lei da Procriação Medicamente Assistida
<b>PMA</b>	Procriação Medicamente Assistida
<b>SS</b>	Seguintes
<b>SUZI</b>	Inseminação subzonal
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
<b>TET</b>	Transferência Intratubária de Embriões
<b>ZIFT</b>	Transferência Intratubária de Zigotos

## Introdução

No passado longínquo, a maternidade e a paternidade pressupunham uma relação sexual natural, entre o homem e a mulher. A ideia de procriar sem ter relações sexuais considerava-se inalcançável.

Atualmente, é possível que exista procriação sem que ocorra o ato sexual entre um homem e uma mulher. As evoluções sociais, éticas e da ciência levaram a que seja possível procriar através da PMA sem que ocorra a procriação natural.

No presente estudo, realiza-se uma abordagem de alguns problemas decorrentes do emprego das técnicas de procriação medicamente assistida.

O Princípio da Verdade Biológica é um dos princípios basilares no Direito da Filiação. Como vamos abordar, este princípio tem algumas manifestações no Código Civil. Mas também assume alguns desvios.

A PMA tem deixado interrogações quanto à união entre a sexualidade e a procriação. O direito vê-se obrigado a acompanhar esta evolução tecnológica ajustando e tutelando os vários interesses. Assim, a lei nº32/2006 surgiu como necessidade de regular as técnicas de PMA e os seus efeitos jurídicos daí decorrentes.

Neste conteúdo, a procriação medicamente assistida heteróloga assume uma relevância face a procriação medicamente assistida homóloga. Na PMA homóloga a filiação é estabelecida de acordo com o Princípio da Verdade Biológica, o material genético utilizado pertence aos respetivos beneficiários. É na PMA Heteróloga que se suscitam várias questões. Será que o ser humano gerado através de uma PMA heteróloga pode conhecer a identidade do seu dador? Se a resposta for afirmativa, existirá algum limite?

Neste trabalho, providenciamos responder a essas questões, entre outras. Quem pode recorrer a técnicas de PMA? Quais as limitações que podem existir no acesso as técnicas? O ser gerado poderá conhecer a identidade do seu dador?

A gestação de substituição apresenta-se como uma questão controversa mas devido ao número limite de caracteres não vai ser possível aprofundar conhecimentos sobre este tema. Apenas será realizada uma breve referência.

A constatação da relevância de que cada pessoa tem o direito à sua identidade biológica e a possibilidade de recorrer à intervenção de técnicas de PMA resultou numa inovação no Direito.

A presente análise não visa dar uma solução as interrogações colocadas pela comunidade, tenciona propiciar conhecimentos legislativos e doutrinários, para assimilar as novas interrogações.

# CAPÍTULO I

## Noções preliminares

Para auxiliar o presente estudo é necessário uma compreensão de conceitos fundamentais para assimilação de conhecimentos.

### 1.1A Procriação Medicamente Assistida

A Procriação Medicamente Assistida<sup>1</sup> proporciona a união de gâmetas femininos e masculinos através de uma forma artificial utilizando técnicas de procriação medicamente assistida com vista a obter uma gravidez. A Procriação Medicamente Assistida pode ser Homóloga ou Heteróloga.

### 1.2 A Procriação Medicamente Assistida Homóloga

Na Procriação Medicamente Assistida homóloga são utilizados óvulos e espermatozóides que são do próprio casal beneficiário que, através da procriação artificial, pretende a geração de um novo ser humano dado que se encontrava impedido por causa da infertilidade. Esta PMA não levanta questões pertinentes, porque os pais biológicos correspondem aos pais jurídicos.

### 1.3 A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga

A procriação medicamente assistida heteróloga caracteriza-se pela utilização de espermatozóides de um dador ou de ovócitos de dadora, através das técnicas de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*<sup>2</sup>. Nesta circunstância, recorre-se a PMA heteróloga quando não é possível solucionar problemas médicos de uma maior complexidade<sup>3</sup>, que a PMA Homóloga não conseguiria solucionar.

### 1.4 A Gestação de substituição

O contrato de gestação de substituição surge em Portugal como algo inovador atendendo ao seu objeto, às especificidades das prestações e a determinação dos sujeitos com legitimidade para contratar.

<sup>1</sup> O CNPMA refere que a PMA se caracteriza por “Todos os tratamentos ou procedimentos que incluem a manipulação *in vitro* de gâmetas (espermatozóides ou ovócitos) humanos ou embriões com a finalidade de se conseguir uma gravidez”. JORGE, Carlos Calhaz (2012)—” *PMA presente e Futuro, Procriação medicamente Assistida, evolução histórica e implicações clínicas*” [www.cpnma.org.pt](http://www.cpnma.org.pt) consult.9/Mar/2018 p.2

<sup>2</sup> Art.19º e 27ºLPMA

<sup>3</sup> Art.4ºLPMA

A gestação de substituição consiste num contrato “pelo qual alguém (uma mulher) se obrigada a proporcionar à contraparte (a uma mulher, só ou enquanto casal) o resultado da gravidez por si suportada, sem retribuição.”<sup>4</sup>.

No ordenamento jurídico português existia uma proibição absoluta da gestação de substituição, passando para uma proibição relativa<sup>5</sup>.

JORGE PINHEIRO<sup>6</sup>, designa como “mãe de gestação” aquela mulher que se dispõe a suportar a gravidez por outra e como “mãe receção” a mulher que vai beneficiar da entrega da criança.

A maternidade de substituição, geralmente, compreende três fases, a negociação, o acordo e o cumprimento do acordo. O acordo é realizado entre a mulher que vai suportar a gravidez e a mulher que vai beneficiar da entrega da criança,” a obrigação de iniciar e de completar a gravidez, entregar à mãe de receção a criança resultante da gestação; e reconhecer a mãe de receção como mãe jurídica”.<sup>7</sup>

O art.8º/5da LPMA<sup>8</sup> estipula a natureza gratuita do negócio. No entanto, é permitido o pagamento das despesas decorrentes do acompanhamento de saúde prestado, incluindo despesas de transporte, devidamente comprovadas.

A maternidade de substituição parece qualificar-se como um contrato de prestação de serviços atípico<sup>9</sup>. Nos termos do art.1154º do CC, o contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho. O contrato de gestação de substituição quando celebrado validamente, os seus

<sup>4</sup> GUIMARÃES, Maria Raquel (2017)— *“Debatendo a Procriação Medicamente Assistida— Subitamente, no verão passado”* NETO Luísa e Rute Teixeira Pedro Investigadoras responsáveis Publicação Correspondente a atas do Seminário Internacional [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt) Consult. 6/MAIO/2018 p.114

<sup>5</sup> Em 23 de Maio de 2015, foi aprovado pela Assembleia da República o Decreto nº27/XIII, que permitia a maternidade de substituição puramente gestacional e a título gratuito, “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”. Publicado no DAR série-A, nº90, 1ºsuplemento de 01/06/2016, o diploma em apreço não chegou a ser promulgado como lei, por força do veto do Presidente da República que ocorreu em 7 de Junho de 2016. [www.presidencia.pt](http://www.presidencia.pt), consult. 23/JAN/2018. Em 20 de Junho de 2016 foi aprovado pela Assembleia da República o Decreto nº37/XIII, idêntico ao que fora vetado. Nesta ocasião, o decreto foi promulgado pelo Presidente da República, correspondendo à Lei nº25/2016, de 22 de Agosto.

<sup>6</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte (2016)—*O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Almedina p.185

<sup>7</sup> PINHEIRO 2016: p. 187

<sup>8</sup> Quando mencionamos LPMA estamos a referir-nos à lei nº32/2006.

<sup>9</sup> PINHEIRO 2016: p.188

efeitos vão refletir-se diretamente na esfera jurídica dos beneficiários.<sup>10</sup> De acordo, com o art.8º/7da LPMA “A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”. Quem pode beneficiar do acesso à gestação de substituição são os casais de sexo diferente ou casais homossexuais de mulheres<sup>11</sup>. Assim o art.8/7LPMA refere que os pais que realizam o contrato são considerados pais do ser nascido, mesmo que não possuam qualquer vínculo genético. No estabelecimento da filiação se o material genético for de ambos os beneficiários, a filiação é estabelecida de acordo com o princípio da Verdade Biológica. Se o material genético for de um dos beneficiários e de um dador, neste caso há uma exceção ao Princípio da Verdade Biológica.

A celebração deste contrato é verificada pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida<sup>12</sup>. Antes da celebração do contrato a lei exige que sejam prestadas inúmeras informações aos beneficiários. O art.8/8 LPMA remete para o art.14º, fazendo menção de que os beneficiários devem conhecer antecipadamente a informação escrita. Assim o direito à informação pré-contratual tem como objetivo esclarecer os beneficiários, com o objetivo de salvaguardar a liberdade no processo.

A lei é omissa quanto ao prazo de reflexão que a gestante possui para saber se entrega a criança ou não entrega. A lei parte do pressuposto que a criança após o nascimento seja logo entregue aos contratantes.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> GUIMARÃES, Maria Raquel (2017)— “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida— Subitamente, no verão passado*”, NETO Luísa e Rute Teixeira Pedro Investigadoras responsáveis Publicação Correspondente a atas do Seminário Internacional Consult. 6/MAIO/2018 pp.114-115

<sup>11</sup> A deliberação n.º20-II/2017 de 20 de Outubro da CNPMA realiza uma interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de substituição. O artigo 8º nº3 da LPMA indica que a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários. Esta deliberação considera que a remissão para o art.6º nº1 primeira parte da LPMA, tem que ser realizada de forma específica. Referindo “Para efeitos da possibilidade de celebração de contratos de gestação de substituição, apenas podem ser considerados como beneficiários os casais heterossexuais ou os casais formados por duas mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges”, deliberação nº20-II/2017 de 2017, [www.cnpma.org.pt](http://www.cnpma.org.pt), consult. em 18/ABR/2018 p.6

<sup>12</sup> Art.8/10 LPMA

<sup>13</sup> RAPOSO, Vera Lúcia (2017)— “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida— A parte gestante está proibida de pintar as unhas*” NETO Luísa e Rute Teixeira Pedro Investigadoras responsáveis Publicação Correspondente a atas do Seminário Internacional [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt) Consult. 26/MARÇ/2018 p.187

## CAPÍTULO II

### O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas

#### 2.1 O Direito ao conhecimento da Verdade Biológica

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo, 1997) e a Declaração Universal sobre o Genoma humanos (1997) defendem a Independência e a Dignidade Humana relativamente aos procedimentos médicos. O Direito ao conhecimento da Verdade Biológica encontra-se plasmado na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 20 de Novembro de 1989 no seu art.8ºnº2 confere à criança o direito ao conhecimento da sua origem genética quando se utilizaram técnicas de PMA. O parlamento Europeu na resolução de 16 de Março de 1989 defendia a proibição do anonimato do dador.

A constituição da República Portuguesa estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana no art.1º, afirmando que constitui a base dos direitos fundamentais.<sup>14</sup>

Deste modo, elaborando uma sintética apreciação do princípio da dignidade como uma das normas principais da CRP, citando PAULO DE OTERO<sup>15</sup>:

*Visando ampliar o elenco dos direitos pessoais consagrados na Constituição, especialmente, fazendo face, por um lado, às progressivas inovações trazidas pela criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e de experimentação científica no domínio da genética, e, por outro lado à exigência doutrinária do reconhecimento de novos direitos fundamentais no âmbito da engenharia genética aplicada a seres humanos, a revisão constitucional de 1977 introduziu uma expressa referência à garantia da dignidade pessoal e a da identidade genética do ser humano.*

O direito à identidade pessoal encontra-se plasmado no art.26/1CRP. Este direito corresponde a um direito fundamental ao conhecimento da maternidade e da paternidade. Para cada o indivíduo o conhecimento da identidade genética revela-se essencial. Assim, o direito a conhecer a sua ascendência biológica “é um direito

<sup>14</sup> No entender de FEIJÓ, “ A dignidade da pessoa humana consiste no valor e no princípio fundamental da ordem jurídica contemporânea, enquanto construção filosófica que expressa o valor intrínseco de todo o indivíduo. (...) mantém estreita conexão com os direitos fundamentais, inclusive nos sistemas jurídicos em que aquela não está expressamente prevista nos textos de direitos positivos, por se tratar de um dos postulados do Direito na contemporaneidade, devendo ser assegurada a toda a pessoa desde a sua conceção, como valor irrenunciável, indisponível e inalienável”. FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos (2007)— *A prova pericial no DNA e do direito à identidade genética*, Caxias do Sul: Plenum Pp.109-112

<sup>15</sup> OTERO, Paulo, (1999) —*Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do ser Humano: Um perfil Constitucional da Bioética*, Coimbra, Almedina p.83

peçoalíssimo de inegável interesse pessoal e público<sup>16</sup>”. O direito à identidade genética do ser humano<sup>17</sup>, como um direito pessoal, vem referido no art.26/3CRP. Este direito relaciona-se à característica de cada ser humano ser único e irrepetível.

O direito à integridade pessoal traduz-se, em duas vertentes. Na primeira vertente compreende, o “direito a ter um nome, de não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o utilize”<sup>18</sup>. Na segunda vertente, fundamenta-se num direito à história dos seus antepassados a nível pessoal, o direito a conhecer a identidade dos progenitores.

A identidade pessoal tem uma conexão com a diversidade do ser humano, apesar de que, embora diferentes, todos estão sujeitos aos mesmos direitos e deveres. Nos ensinamentos de PAULO DE OTERO<sup>19</sup>, o ser humano tem direito a conhecer a forma como foi gerado e a conhecer o seu património genético, nomeadamente, nos casos em que o ser foi gerado através de técnicas de PMA.

A lei nº32/2006 no seu art.3º traduz expressamente que as técnicas utilizadas devem respeitar o Princípio da Dignidade Humana. Portanto, o Princípio da Dignidade Humana deve servir de base à bioética, respeitante ao conhecimento da origem genética, salvaguardando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, permitindo o conhecimento da sua identidade genética. Na opinião de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA para garantir a identidade genética implicava a proibição das técnicas de reprodução artificial<sup>20</sup>.

Persiste a dúvida se o direito à identidade genética inclui o próprio direito à ignorância genética, o direito de conhecer ou não a sua ascendência genética<sup>21</sup>.

O direito do ser humano a ter uma identidade envolve a verdade a respeito da sua ascendência biológica, a sua origem. Assim, a CRP consagra a preservação do direito à identidade genética.

<sup>16</sup> MELO, Helena — “*O direito ao conhecimento da origem genética*” Revista do Ministério Público 142: Abril: Junho 2015 [www.rmp.smmmp.pt](http://www.rmp.smmmp.pt) Consult. 2/MAI/2018 p.2

<sup>17</sup>“A garantia da dignidade pessoal e a garantia da identidade genética do ser humano não são inconstitucionalmente postas em causa pelas práticas de fertilização artificial e de reprogenética, entendendo-se que os chamados direitos reprodutivos podem alicerçar-se em procedimentos biomédicos de fertilização extracorporal e transferência de embriões (...) .” CANOTILHO Gomes, José Joaquim, Vital Moreira (2007) —*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora p. 474

<sup>18</sup> CANOTILHO, Gomes e Vital Moreira (1993)—*Constituição da República Portuguesa Anotada* 3ªedição, Coimbra, Coimbra editora p.177

<sup>19</sup> OTERO(1999):p. 72-75

<sup>20</sup>CANOTILHO (2007):p.473

<sup>21</sup>CANOTILHO(2007):p.472

## 2.2 O Princípio da Verdade Biológica

Todo o ser humano, gerado de forma natural ou com recurso as técnicas de PMA, tem um pai e uma mãe.

O Direito da filiação compreende o princípio da Verdade Biológica. O princípio da Verdade Biológica caracteriza-se pelo estabelecimento da filiação, fazendo a correspondência da filiação jurídica com a filiação biológica, quem dá à luz é a mãe biológica, assenta no fato de se “submeter, quase que exclusivamente, à realidade biológica”<sup>22</sup>. O sistema jurídico português demonstra a sua intenção de se submeter quase, por completo, apenas ao critério biológico, sendo que por vezes a realidade jurídica não corresponde à realidade biológica. Antigamente, a presunção do *mater sempre certa est*, revelava-se inquestionável. A possibilidade de gerar uma criança fora do útero materno era inconcebível. Atualmente, na gestação de substituição, é possível uma mulher gerar o filho para outra.

Nos princípios constitucionais do direito da família, encontra-se implícito no regime legal, o princípio da verdade biológica<sup>23</sup>. O conceito de verdade biológica é discutível, no que toca à maternidade.

O Princípio da Verdade Biológica manifesta-se nos artigos 1796º e seguintes do Código Civil. No art.1796º distingue o estabelecimento da maternidade<sup>24</sup> e o estabelecimento da paternidade<sup>25</sup>.

No estabelecimento da filiação, o princípio manifesta-se das seguintes formas, através declaração de maternidade, reconhecimento judicial de maternidade, averiguação oficiosa de maternidade, averiguação oficiosa de paternidade, por presunção de paternidade e por perfilhação.

<sup>22</sup>O enquadramento realizado por PEREIRA, André Gonçalo Dias (2017)—“*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida. Filhos de Pai Anónimo no Século XXI*”, NETO Luísa e Rute Teixeira Pedro, Investigadoras responsáveis, Publicação Correspondente a atas do Seminário Internacional [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt) consult. 12/ABR/2018 p.43

<sup>23</sup> GUILHERME de OLIVEIRA caracteriza este princípio com a ideia de que estabelece a filiação através dos vínculos biológicos que se traduzem juridicamente. Citando “Isto implica que as normas pelas quais se rege o reconhecimento dos vínculos devam estar previstas de tal modo que produzam resultados jurídicos fiéis à realidade biológica; implica que não sejam considerados como pais jurídicos pessoas que não foram os progenitores do filho.” OLIVEIRA, Guilherme de (2017)—“*Estabelecimento da Filiação*”, Coimbra, [www.guilhermedeoliveira.pt](http://www.guilhermedeoliveira.pt) consult.18/FEV/2018 pp.17 e 24

<sup>24</sup> A maternidade jurídica resulta do fato do nascimento, a mãe genética e a mãe de gestação são a mesma pessoa. O critério decisivo é o parto. PINHEIRO (2016):P.102

<sup>25</sup> A paternidade é estabelecida de acordo com a presunção para os filhos nascidos dentro do casamento e reconhecimento para as outras situações. O estabelecimento da paternidade, quando o pai seja casado, apresenta como presunção *pater is est quem nuptie demonstrat* (art.1826ºCC), presume-se que o pai é o marido da mãe. PINHEIRO (2016): p.102

A declaração de maternidade (arts.1803 e ss ) é o modo normal de se estabelecer a maternidade estando conexas com a declaração de nascimento pode variar a sua relevância jurídica consoante o nascimento tenha ocorrido ou não há menos de um ano. Através do reconhecimento judicial de maternidade estabelece-se a maternidade através de uma forma autónoma, este reconhecimento pode ter uma das duas formas: pode ser uma ação comum em que incide apenas o estabelecimento da maternidade ou pode ser uma ação especial para reconhecimento da maternidade do filho nascido ou concebido na constância do matrimónio (art.1822º) e que os seus efeitos se repercutem no estabelecimento da paternidade. A averiguação oficiosa de maternidade (arts.1808º a 1813ºCC) não constitui um modo de estabelecimento de maternidade mas é uma imposição pela lei para conduzir ao estabelecimento da maternidade sendo possível estabelecer através de dois meios: a declaração de maternidade e o reconhecimento judicial<sup>26</sup>. A averiguação oficiosa de paternidade (arts.1864º e 1865ºCC) não constitui um modo de estabelecer a paternidade fora do casamento mas uma atividade imposta por lei que pode ser possível através da perfilhação ou reconhecimento judicial<sup>27</sup>. Através da presunção de paternidade (art.1826ºCC) a regra “*pater is est quem nuptie demonstrat*” aplica-se quando a concepção ou o nascimento ocorra durante o matrimónio<sup>28</sup>. Por perfilhação (arts.1849º e ss CC) caracteriza-se como um modo de estabelecer a paternidade fora do casamento, uma pessoa declara que aquele ser vivo é seu filho sendo um ato livre. O estabelecimento da maternidade previsto no art.1796ºCC, ocorre do “puro facto biológico do parto, sem necessidade de um ato subsequente de perfilhação.”<sup>29</sup> O critério decisivo é o parto. A averiguação oficiosa da paternidade (art.1864ºCC) surge para se eliminar o caso dos filhos de pai incógnito.

Portanto, este princípio exige que quando não haja correspondência da maternidade biológica ou paternidade possa ser impugnado para se fazer uma verdadeira correspondência de verdade biológica.

O princípio, ainda, tem aplicação na PMA homóloga em que não existe material de um terceiro dador. A filiação é estabelecida de acordo com o princípio da verdade biológica.

<sup>26</sup> PINHEIRO (2016):P.111-112

<sup>27</sup> PINHEIRO (2016):p.142

<sup>28</sup> PINHEIRO (2016):p.119

<sup>29</sup>O enquadramento realizado por PEREIRA, André Gonçalo Dias (2017)—“*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida. Filhos de Pai Anónimo no Século XXI*”, NETO Luísa e Rute Teixeira Pedro, Investigadoras responsáveis, Publicação Correspondente a atas do Seminário Internacional [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt) consult.12/ABR/2018 p.44

O nosso ordenamento jurídico sempre evidenciou o princípio da verdade biológica, no entanto, dada a evolução das técnicas reprodutivas, esse critério não é por si só suficiente. Como desvio ao princípio da verdade biológica surge a PMA Heteróloga e gestação de substituição<sup>30</sup>. De acordo com o princípio da Verdade Biológica e as regras para estabelecimento da maternidade e paternidade, o estabelecimento da filiação não opera, exclusivamente, através da “família de sangue, dado o mecanismo da adoção”<sup>31</sup>. A lei estabelece exceções ao princípio da Verdade Biológica<sup>32</sup>, nomeadamente, na PMA heteróloga<sup>33</sup> atribui-se o estatuto jurídico de pai a uma pessoa que não corresponde ao pai biológico.

Na opinião de VERA RAPOSO<sup>34</sup> a procriação de um filho gerado através de técnicas de PMA, nomeadamente, na PMA Heteróloga atribui-se uma paternidade ou maternidade que não corresponde a Verdade Biológica.

<sup>30</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA questiona-se: “ Quando uma mulher fornece o óvulo a outra para mulher para fazer a gestação. Quem é a mãe verdadeira? Afinal, o óvulo contém o património genético que a mãe transmite; e a gestação, para além de contribuir com fatores que condicionam a expressão genética, mostra a mãe tradicional: a mulher que dá à luz; e é claro que a mulher que tem o parto é quase sempre a fornecedora do óvulo. No fundo, quando se diz que o parto mostra a verdade biológica, deu-se preferência a um dos dois critérios possíveis de verdade biológica.” Este autor elucida a questão do estabelecimento da filiação na gestação de substituição, em podem existir duas mães, a mãe que doa o material genético e a mãe que suporta a gravidez, compreende que a gestação de substituição se assume como um desvio ao princípio da Verdade Biológica. OLIVEIRA(2017):p.24

<sup>31</sup>NETO, Luísa (2017)—“*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida. O (novo)regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições*”, NETO Luísa e Rute Teixeira Pedro, Investigadoras responsáveis, Publicação Correspondente a atas do Seminário Internacional <https://www.cije.up.pt/consult.12/ABR/2018> p.89

<sup>32</sup>Na opinião de Clara Sottomayor são estabelecidas exceções ao princípio da Verdade Biológica, em nome do interesse da criança, como por exemplo no art.1839º/2 CC.SOTTOMAYOR, Maria Clara (2008)—*Volume comemorativo dos 10 anos do curso pós-graduação “proteção de menores— Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora p.38

<sup>33</sup> FRANCISCO AGUILAR considera que a reprodução com dador é inconstitucional por “violação do direito fundamental da família à proteção da sociedade e do Estado. Tendo em conta o *numerus clausus* filial resultante do art.36º CRP e face subjetiva do critério biológico da filiação natural não restará outra alternativa – constitucional, claro está – ao legislador ordinário senão a de legislar – art.67/2/al.e) CRP- no sentido de interdição do recurso à procriação assistida com recurso a dador”. O mesmo autor não concorda com a PMA porque não cura a infertilidade e por outro lado, promove o anonimato violando o princípio constitucional da filiação biológica. AGUILAR, Francisco (2000)—“*O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Determinação da Filiação em sede de procriação medicamente assistida*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora p. 672- 673

LEITE DE CAMPOS não concorda com a PMA heteróloga, referindo que a utilização desta técnica põe em causa a verdade biológica, traduzindo-se numa paternidade enganosa e além disso conduz à proibição da procura da verdadeira paternidade CAMPOS, Diogo Leite De (2006) – “*A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador- Ou a Onnipotência do Sujeito*” Revista Ordem dos Advogados, ano 66, Vol. III, Dezembro de 2006 [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt) Consult.28/DEZ/2017

<sup>34</sup> RAPOSO, Vera Lúcia (2014)— *O Direito à Imortalidade. O exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra Almedina p.163

Na sociedade atual com a defesa do superior interesse da criança é conferida prioridade ao conhecimento da sua mãe ou do seu pai biológico, misturando os conceitos de laços sociais e laços biológicos<sup>35</sup>.

No art. 20º nº1 da LPMA, de acordo, com anotação a lei 32/2006, PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA<sup>36</sup> enunciam que “ o legislador português favoreceu a paternidade social em detrimento da paternidade biológica”, assim o legislador a partida presume que o ser humano que nasceu é filho da pessoa beneficiária e de quem consentiu a técnica de PMA, a favor do cônjuge ou daquele unido de facto.

GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>37</sup> refere que:

*O critério da determinação jurídica da paternidade não é, forçosamente, o critério da verdade biológica (...) o pater não é determinado pelo critério da progenitura mas sim pela homenagem ao interesse concreto do filho, à paz de um certo agregado familiar.*

A imposição de uma paternidade ou maternidade à força<sup>38</sup>, por vezes resulta numa ausência do pai ou da mãe. Esta situação verifica-se, por norma, quando o ser gerado não foi desejado por ambos, nem fez parte de um projeto parental. Uma mãe depois de grávida, que pretende prosseguir com a gravidez, pode tomar essa decisão de forma unilateral, sem que o futuro pai da criança se pronuncie. Esta imposição de atribuição à força de um pai ou de uma mãe poderá revelar-se prejudicial para o interesse da criança, criando um entrave nos casos em que a criança tem um pai ou uma mãe social que não coincide com a jurídica, não podendo a social assumir a vinculação jurídica.

A procriação medicamente assistida heteróloga impulsiona a criação de famílias monoparentais, quando uma mulher independente recorra a técnicas de PMA.

Portanto, o princípio da verdade biológica quando esteja em causa uma PMA heteróloga entra em confronto com o direito ao conhecimento das origens genéticas.

<sup>35</sup> COSTA, Susana(2009) —“(S)em nome do pai” Revista Crítica de Ciências Sociais nº87, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, DEZ 2009 [www.ces.uc.pt](http://www.ces.uc.pt) consult.11/DEZ/2017 pp.192-193

<sup>36</sup> SILVA, Paula Martinho e Marta Costa (2011)—*A lei da procriação medicamente assistida Anotada* 1ªedição, Coimbra, Coimbra Editora (PLMJ) p.110

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Guilherme de (2003)—*Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Almedina pp.401, 413-414

<sup>38</sup> A imposição da maternidade ou paternidade, é realizada através averiguação oficiosa, sendo um processo comum ao estabelecimento da maternidade e paternidade. Quanto à maternidade vem regulado nos arts.1808º a 1813º CC, quanto à paternidade vem nos arts. 1864º e 1865ºCC. Ainda pode ser imposta através do reconhecimento judicial através da ação comum de investigação de maternidade aplica-se nos casos em que não houve um estabelecimento administrativo de maternidade, pretendendo-se propiciar uma ação judicial dirigida a alcançar uma sentença que declare a maternidade, nos termos dos arts.1814º e 1815ºCC. Por fim, também há uma ação de investigação de paternidade art.1869ºe ss CC.

### 2.3. O Direito à identidade genética

Previamente, necessitamos de distinguir que entre o ser humano e a sua genética<sup>39</sup> “ estabelece-se uma relação de íntima implicação que não permite considerar as eventuais alterações ocorridas no domínio da identidade genética sem tomar em conta o seu reflexo no campo da identidade pessoal”<sup>40</sup>.

O direito a uma identidade<sup>41</sup> sempre se revelou como necessário na comunidade e reside na função da construção da personalidade de cada ser humano.

Assim, o direito à verdade biológica deve ser conservado na reprodução medicamente assistida heteróloga, porque este direito assume-se importante para a construção da sua história pessoal. ROSE MELO VENCELAU refere que :

*Todo o ser humano tem um pai biológico, de quem herda seus caracteres genéticos. Mas tem pai que não sabe que é pai e filho que não sabe do pai. Tem, ainda, filho que tem pai do coração, porém lhe carece o conhecimento das suas origens biológicas. Desse modo, se com a denominação de direito da personalidade se pretende discriminar os direitos que visam tutelar a pessoa humana, não se pode negar que as ações de estado de filiação, bem como as que objetivam o conhecimento da origem biológicas, são expressões processuais dessa tutela*<sup>42</sup>.

De acordo com JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “a identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal.”<sup>43</sup> O direito à identidade pessoal<sup>44</sup> do próprio ser humano está intrinsecamente interligado, com a descoberta da sua origem, para o seu reconhecimento como ser humano. Assim, a

<sup>39</sup> FÁTIMA GALANTE menciona que “ a Proteção à personalidade exige que o direito tutele o direito à verdade, o direito ao conhecimento das origens genéticas, por forma a que em última instância seja preservada a própria identidade pessoal do ser humano” GALANTE, Fátima (2015)—“A adoção, A identidade pessoal e genética”, Data Venia Revista Jurídica digital, Ano 2 n°03 [www.datavenia.pt](http://www.datavenia.pt) consult.20/Fev/2018 p.8

<sup>40</sup> LÚCIO, Álvaro Laborinho (2001) “A genética e a Pessoa — O Direito à Identidade”, Revista do Ministério Público, ano:22, n.88 (out/Dez 2001) p.19

<sup>41</sup> No entendimento de Bruno Naves, “ a identidade é um conceito captado em relação com os outros, em termos de diferença. Assegurar esse direito a não ser cópia é, então, um elemento fundamental, sob pena de perda a identidade. (...) o direito à identidade é um direito à diferença e um direito à integridade dessa diferença, vedando-se quer a repetibilidade programada, quer a alteração dessa base biológica, salvo com escopos terapêuticos”. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira e Maria de Fátima Freire de Sá. (2009)—*Manual de Biodireito*, Belo Horizonte: Del Rey p.188

<sup>42</sup> VENCELAU, Rose Melo (2004)—*O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, a biológica e a afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar p. 380

<sup>43</sup> MIRANDA, Jorge e Rui Medeiros (2005) —*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, p.284

<sup>44</sup> “O direito à identidade é um direito à diferença e um direito à integridade dessa diferença, vedando-se quer na repetibilidade programada, quer a alteração dessa base biológica, salvo com escopos terapêuticos”. NAVES(2009):p.188

identificação pessoal compromete-se a distinguir cada pessoa, com o direito ao nome e o direito ao acesso sobre a identificação civil.

Na perspetiva de STELA BARBAS<sup>45</sup> a identificação pessoal, abrange também o “direito à historicidade pessoal”.

O direito à identidade genética deve ser preservado e assegurado na PMA heteróloga. A nível constitucional os arts.26/1 e 3 CRP conferem ao ser gerado através de técnicas de PMA o direito à sua identidade pessoal. Este direito revela-se muito significativo para a construção do indivíduo, conhecer a sua identidade, o seu património genético se recorrer a técnicas de PMA. Não deve ser bloqueado às informações a respeito do conhecimento das origens genéticas, se isso ocorrer compreendemos que será inconstitucional.

<sup>45</sup> “Em termos de cada pessoa ter a sua identidade também determina em relação à sua família, aos seus antepassados, podendo-se falar aqui de um direito à historicidade pessoal, ou, noutro sentido, de um direito às raízes pessoais”. BARBAS, Stela Marcos Almeida Neves (2007) — *”Direito do Genoma Humano”*, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra p.496

## CAPÍTULO III

### 3.1 As técnicas de Reprodução Medicamente Assistida

O direito à reprodução envolve quer a reprodução por via sexual, quer aquela outra através de técnicas de reprodução medicamente assistida.

As técnicas de PMA distinguem-se da reprodução natural, caracterizando-se pela ausência do ato sexual.

O art.3.º da LPMA menciona que “o Princípio da Dignidade Humana é o critério e o limite da utilização das técnicas de PMA”<sup>46</sup>.

O Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93) e o art.2º da LPMA mencionam como técnicas de PMA, a inseminação artificial, a transferência de zigotos, a transferência intratubária de gâmetas, a fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões e a injeção intracitoplasmática de esperma.

A inseminação artificial (IA)<sup>47</sup> é “a transferência mecânica de espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino”. Na transferência de zigotos (ZIFT)<sup>48</sup> “ambos os tipos de gâmetas são postos em contacto *in vitro* em condições apropriadas para a sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas”. Na transferência intratubária de gâmetas (GIFT)<sup>49</sup> os “dois tipos de gâmetas (espermatozoides e ovócitos, previamente isolados) são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo que só aí se dê a fusão”. A fecundação tem lugar *in vivo* e a fertilização *In Vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE)<sup>50</sup> “o zigoto ou zigotos continuam a ser incubados *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação”. A injeção intracitoplasmática de esperma (ICSI) baseia-se no embrião ou embriões resultantes que são transferidos para o útero ou para as trompas. O diagnóstico de pré-implantação

<sup>46</sup> LUÍSA NETO(2017)—” *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, O (NOVO) Regime da Procriação Medicamente Assistida e restrições*” NETO, Luísa e Rute Teixeira Pedro, Investigadoras responsáveis, Publicação Correspondente a atas do Seminário Internacional [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt) consult. 12/ABR/2018 p.86

<sup>47</sup> Elucidação presente no parecer 3/CNE/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida, pag.2 [www.cneqv.pt](http://www.cneqv.pt) consult. 16/JAN/2018

<sup>48</sup> Parecer 3/CNE/93 p.2

<sup>49</sup> Parecer 3/CNE/93 p.2

<sup>50</sup> Parecer 3/CNE/93 p.2

(DGPI)<sup>51</sup> não se considera, por si só, uma técnica de PMA, apenas se utiliza para selecionar os embriões que irão ser implantados no útero da mulher.

Também a inseminação subzonal (SUZI)<sup>52</sup>, é conhecida como uma técnica de PMA.

Estas técnicas são classificadas consoante o lugar onde ocorrerá a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Se a fecundação ocorrer dentro do corpo da mulher designa-se por fecundação *in vivo*<sup>53</sup>. Se for realizada em ambiente laboratorial designa-se por fecundação *in vitro*<sup>54</sup>.

O art.2/1 da LPMA não se encontra de acordo com a portaria nº273/2012 de 5 de Setembro<sup>55</sup>. Assim, a IA é designada como inseminação intrauterina (IIU), a FIVETE é a fertilização *in vitro* (FIV). A GIFT, ZIFT e a TET não são referidas.

Portanto, atualmente as técnicas são a IIU, a FIV e a ICSI.

<sup>51</sup> “ A par do rastreio, o DGPI permite ainda diagnosticar afetações genéticas que indiquem a presença de certas doenças [...] que poderão ocorrer com risco acrescido em certos casos [...] mediante o estudo do concreto cromossoma ou gene implicado nessa doença”. RAPOSO, Vera Lúcia (2007). “*Pode trazer-me o menu por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Pré-implantação*”. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n.8 pp.59-60

<sup>52</sup> Esta técnica não é mencionada no parecer 3/CNE/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida é especificada por REIS, Rafael Luís Vale (2008)—*O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora p. 335-336

<sup>53</sup> A inseminação artificial (IA) e a transferência intratubária de gâmetas (GIFT) são técnicas de procriação de PMA *in vivo*.

<sup>54</sup> A fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões para o útero (FIVETE), zigotos (ZIFT) ou embriões (TET), e da injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozoides (ICSI) são técnicas de PMA *in vitro*.

<sup>55</sup> De acordo com esta portaria no seu anexo I só são referidos os preços das técnicas IIU, FIV e ICSI.

## CAPÍTULO IV

### A Lei nº32/2006

#### 4.1. Uma Breve análise à lei nº32/2006

Em 1986, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa recomendou aos Estados-membros que estabelecessem os termos da aplicação das técnicas de PMA. Assim, foi constituída uma comissão em Portugal, sob a presidência de Francisco Pereira Coelho, para elaboração de um anteprojeto sobre as matérias de PMA. A proposta da comissão ao Ministério da Justiça propunha a adoção de um regime provisório e restritivo permitindo a IA Homóloga, a fertilização *in Vitro* e a fertilização intra-tubária no Decreto-lei nº318/86 de 25 de Setembro. Quando estava em causa uma IA heteróloga ou outra técnica em que era necessário recorrer a sêmen congelado era necessário uma autorização prévia do Ministro da Saúde.

No ano de 1997 foi apresentada uma proposta de lei nº135/VII, sendo convertida mais tarde no Decreto nº457VII de 1999, sendo aprovado com os votos a favor dos partidos PS e do CDS-PP, votando contra os partidos PCP, o Partido dos Verdes, e o PSD com abstenção. No entanto, foi vetado pelo Presidente da República, com fundamento da falta de consenso quanto à proteção da privacidade, quanto as técnicas de diagnóstico de pré-implantação e quanto as soluções apresentadas em matéria de fertilização *In vitro*.

O decreto-lei nº318/86 manteve-se em vigor até 2006. O acesso às técnicas foi objeto de uma verdadeira lei, a 16 de Julho de 2006 pela lei nº32/2006<sup>56</sup>.

#### 4.2 O Carácter Subsidiário

Na lei da PMA são várias as manifestações do carácter subsidiário atribuído às técnicas de PMA. Mas a LPMA manifesta o seu carácter subsidiário de duas formas. Por um lado, as técnicas de PMA assumem o seu carácter subsidiário em relação à procriação natural. No art.4/1ºLPMA refere que as técnicas de PMA têm carácter

<sup>56</sup> A lei 32/2006 surgiu influenciada pelo art.3º/2 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, “No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei, a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas, a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro, a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.”

JOSÉ DE OLIVEIRA DE ASCENSÃO crítica a redação da lei nº32/2006, referindo-a como “uma lei ambiciosa e algo desordenada, que procura abranger numerosos domínios”. ASCENSÃO, José de Oliveira (2007)—“A lei nº32/06, sobre a procriação medicamente assistida”, Revista Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 67, V.III, DEZ 2007, [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt) consult.15/MAR/2018

subsidiário, no que diz respeito à procriação natural. Por isso, aparentemente a PMA não é um acréscimo à reprodução humana. O art.4º/2 permite a utilização das técnicas de PMA quando exista um diagnóstico de infertilidade e, ainda, “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras<sup>57</sup>”. Com a alteração da Lei nº32/2006, através da lei nº17/2016 o carácter subsidiário terminou, embora o artigo 4/1 da LPMA refira que o recurso às técnicas de PMA seja subsidiário. Com a alteração legislativa foi aditado o nº3 ao artigo 4º referindo que as técnicas podem ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do seu diagnóstico de infertilidade. Assim, a lei confere o carácter alternativo do acesso as técnicas de PMA a mulheres que recorram sozinhas à PMA, não sendo necessário verificar-se o cenário de infertilidade. O autor JORGE PINHEIRO<sup>58</sup> entende que o princípio da subsidiariedade se torna incompatível com nº3 do artigo 4º da LPMA, podendo uma mulher decidir entre a procriação através do ato sexual ou a procriação através de técnicas de PMA.

Por outro lado, a LPMA manifesta o seu carácter subsidiário da PMA Heteróloga em relação à PMA homóloga manifesta-se nos art.19º e 27ºLPMA. No art.19º, permite a IA com sémen de um dador, quando não é possível obter a gravidez de outra forma. No art.27º refere que a FIV pode ser realizada com gâmetas do dador. Portanto, o art.19º e 27º LPMA revelam que só se deve recorrer a um dador, quando não seja possível através da PMA homóloga obter uma gravidez.

Portanto, a subsidiariedade das técnicas de PMA assume dois níveis. O recurso às técnicas de PMA apresenta-se como um auxílio à reprodução natural e, por outro lado, tomando a decisão de recorrer às técnicas de PMA só se recorre à IA heteróloga quando não seja possível obter-se uma gravidez com o material genético dos próprios beneficiários. Com alteração legislativa, dá-se permissão que uma mulher sozinha recorrer às técnicas de PMA, verificando-se assim uma alternativa à procriação natural.

### **4.3 O consentimento**

A lei confere a um “casal de sexo diferente ou casais de mulheres, casadas ou que vivem em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres

<sup>57</sup> O Tribunal Constitucional no acórdão nº101/2009, considera “outras doenças” como aquelas doenças relativamente às quais se venha a verificar futuramente ser possível prevenir o risco de transmissão por meio de uma técnica de PMA, quando se trate de doença grave (ainda que não seja doença genética ou infecciosa) e não seja possível o mesmo resultado por um outro método de prática clínica.” [www.cnpma.org.pt/](http://www.cnpma.org.pt/) consult.19/NOV/2017

<sup>58</sup> PINHEIRO (2016): pp. 175-176

independentemente da orientação sexual ou estado civil”<sup>59</sup> a possibilidade de recorrer as técnicas de PMA, sendo necessário o consentimento. Quando é prestado o consentimento<sup>60</sup> pelos beneficiários, estes poderão recorrer a um centro médico especializado. O consentimento de acordo com a LPMA no seu art.14º deve ser “livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”. Para os beneficiários prestarem um consentimento livre e esclarecido têm que estar informados sobre os seus benefícios e riscos que podem resultar da utilização das técnicas de PMA. Também têm que conhecer as implicações éticas, sociais e legais<sup>61</sup>. O consentimento pode ser revogado a qualquer momento antes de iniciar o processo terapêutico. Quando podemos considerar que se inicia o processo terapêutico? Será o momento que antecede a utilização da técnica de PMA? Será que se inicia com a consulta de apoio à fertilidade? A lei não especifica o que compreende por processo terapêutico, não clarificando o momento preciso em que é possível revogar o consentimento. RAFAEL REIS<sup>62</sup> afirma:

*O consentimento que os beneficiários, nos termos do art.14º devem prestar (necessariamente livre, esclarecido, expreso por escrito perante o médico responsável, e livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos) para as intervenções no âmbito da PMA não assume singelas vestes de um estrito consentimento para ato médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultraconstitutivos, com reflexos importantes e diretos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais.*

Assim, quem prestou o consentimento está impedido de recorrer à falta de ligação genética para se eximir das responsabilidades.

#### **4.4 Os beneficiários**

A lei nº32/2006 na sua redação originária exigia uma estrutura bi-parental, acreditava-se que assim a criança ficava salvaguardada.

A lei 9/2010 veio permitir a celebração do matrimónio entre pessoas do mesmo sexo, alterando a noção de casamento. O art.6/1 da LPMA na versão originária negava o

<sup>59</sup> Art.6/1º LPMA

<sup>60</sup> O Ac. TEDH *Evans c. Reino Unido*, um casal pretendia recorrer a FIV. Para isso prestaram o seu consentimento, que podia ser recusado até ao momento da implementação dos óvulos. A sua relação, entretanto, terminou. O senhor notificou a clínica para que os embriões fossem destruídos. A senhora Evans deu início ao processo judicial quando tomou conhecimento desse fato. No tribunal nacional não viu a sua pretensão correspondida. A requerente alegava que a lei inglesa de 1990 que obrigava a destruição de embriões, violava o art.2º da CEDH. O TEDH entendeu que o direito da senhora tornar-se mãe em sentido genético não prevalecia sobre o direito do ex-companheiro ver respeitada a decisão de não ter um filho geneticamente ligado a ela. Decisão nº63639/05 TEDH sentença de 10 de Abril de 2007

<sup>61</sup> “Modelos de consentimento informado” CNPMA [www.cnpma.org.pt](http://www.cnpma.org.pt) Consult.2/MAI/2018

<sup>62</sup> REIS (2008):p.444-445

acesso às técnicas de PMA a pessoas que não fossem casais heterossexuais. Assim, este novo conceito de casamento no art.1577ºCC trouxe uma nova esperança aos casais homossexuais. Com a alteração à lei nº32/2006 introduziu pela lei nº17/2016, o artigo 6º/1 passou a permitir aos beneficiários fossem casais de sexo diferente ou casais de mulheres<sup>63</sup>, permitindo a todas as mulheres<sup>64</sup> o acesso à PMA, independente do estado civil. Se assim não fosse, estávamos perante uma violação de princípios constitucionais, desde logo, do princípio da igualdade de tratamento (art.13/2CRP), sendo proibida a discriminação em função da orientação sexual. O princípio da igualdade abrange várias dimensões, nomeadamente, a proibição de discriminação “não sendo legítimos quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos”<sup>65</sup>, mas não significa que exista uma igualdade absoluta. Assim na orientação sexual procura-se evitar discriminações direitas ou indiretas. A restrição do acesso das técnicas de PMA a casais de mulheres ou a mulheres independentemente do seu estado civil ou orientação sexual desrespeitava o princípio da proibição da discriminação em função da orientação sexual, que se encontra no art.14º da Comissão Europeia dos Direitos Do Homem<sup>66</sup>.

Dessa forma, originariamente, uma pessoa sozinha não podia recorrer as técnicas de PMA. Atualmente, uma mulher sozinha pode recorrer a técnicas de PMA, no nosso entender, a lei vem conferir um retrocesso, ou seja, vem permitir a existência de famílias monoparentais. Apesar de a lei permitir a existência de famílias monoparentais através de sentença de adoção. Na adoção “estamos perante uma criança que carece de pais. Se ele não pode ter dois, que tenha pelo menos um”<sup>67</sup>. Analisando o regime jurídico da adoção plena comparativamente com a LPMA, para se ser adotante a idade mínima é 25 anos (art.1979/1 e 2 CC); Para se ter acesso às técnicas de PMA a idade mínima é 18 anos (art.6/2LPMA); Só podem adotar conjuntamente pessoas que vivam

<sup>63</sup> GUILHERME de OLIVEIRA, sublinha: “segundo as regra geral, a mulher que prossegue a gestação e tem o parto será a mãe; a segunda mulher pretende ser a segunda mãe, e invoca a qualidade de prestadora do material genético materno.” OLIVEIRA, Guilherme de, (2016)—”*Textos de Direito da Família*”, Imprensa da Universidade de Coimbra [www.digitalis-dsp.uc.pt](http://www.digitalis-dsp.uc.pt) Consult.6/NOV/2017 p.276

<sup>64</sup> O Relatório e o Parecer sobre a Apreciação Do Projeto de Decreto-lei da Regulamentação da Lei nº17/2006, “Garantindo o acesso de todas as mulheres à PMA” , menciona que “Tendo em conta o alargamento do acesso à inseminação artificial com recurso a sémen de dador por parte de mulheres sem parceiro, não se prevê se, ou de que forma, o respeito pela autodeterminação da mulher na conformação de um projeto parental de que é a única responsável se estende à consideração da sua decisão ou preferência na seleção do dador de gâmetas”, p.7 disponível em [www.cneqv.pt/](http://www.cneqv.pt/) consult.9/Abr/2018

<sup>65</sup> CANOTILHO(2007):p.338

<sup>66</sup> Artigo 14º da Comissão Europeia dos Direitos Do Homem “ O gozo de direitos e liberdades reconhecidos na presente convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

<sup>67</sup> PINHEIRO (2016):p.177

casadas ou em União de facto há mais de 4 anos (art.1979/1CC). O vínculo na adoção não se constitui de forma fácil como na PMA. Na PMA o consentimento assume o carácter essencial, na adoção o que é relevante é a vontade de querer adotar, cumprindo o Regime Jurídico do Processo de Adoção<sup>68</sup>.

No recurso às técnicas de PMA, a criança ainda não foi gerada. O legislador encontra-se “em posição de determinar o *ideal* âmbito de aplicação subjetivo das mesmas”<sup>69</sup>.

Portanto, o regime jurídico da LPMA caracteriza-se pela sua incomplexidade em que o preenchimento dos requisitos é mais descomplicado do que na adoção caracterizando-se por um processo tardio com pressupostos exigentes.

O art.36/1CRP consagra o direito de procriar. Estamos de acordo com Jorge Pinheiro no sentido que o direito de procriar tem que estar limitado pelo superior interesse da criança<sup>70</sup>, é preferível oferecer um ambiente normal à criança<sup>71</sup>.

Com a evolução da lei, o acesso a técnicas de PMA passou a ser recusado apenas a casais do sexo masculino e pessoas do sexo masculino sozinhas. Comparativamente com a gestação de maternidade, também a este grupo lhe-é vedado o seu acesso.

#### **4.5 Direito à reprodução medicamente assistida**

A CRP prevê um direito à reprodução consagrado no princípio da dignidade humana (art.1º), no direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26/1) e no direito a constituir família (art.36/1). Não se encontra plasmado, expressamente, o direito de recorrer às técnicas de PMA, mas isso não faz com que o uso delas não seja legítimo. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui a sua autonomia, não podendo limitar as opções reprodutivas.

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 67º/nº2/e), designa que compete ao Estado proteger família, orientar a procriação assistida, de forma que o princípio da Dignidade Humana se encontre salvaguardado.

O direito a constituir família em circunstâncias de completa igualdade, envolve a livre decisão de procriar ou não procriar. A PMA surge assim, como uma situação em que se estabelece a filiação sem que tenha ocorrido o ato sexual. Nesta situação

<sup>68</sup> OLIVEIRA (2017):p.21

<sup>69</sup>SILVA (2011):p. 32

<sup>70</sup> CLARA SOTTOMAYOR refere que “A manutenção da estabilidade da vida familiar e social da criança, e dos laços afetivos profundos — a verdade afetiva e sociológica da criança —introduz uma zona de consenso, dentro do conceito de interesse da criança, que evita o subjetivismo judiciário e limita a discricionariedade judicial.” SOTTOMAYOR (2008): p.48

<sup>71</sup> PINHEIRO (2016):P.177

impõem-se uma declaração de vontade da mãe ou do pai para se tornarem juridicamente pai ou mãe.

A redação do artigo 36º da CRP refere o direito que todos têm de constituir família em condições de plena igualdade. Os autores GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA definem o direito de constituir família “não apenas o direito a estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos (...); direito, que embora não seja essencial ao conceito de família e nem sequer o pressuponha, lhe é naturalmente associado”<sup>72</sup>. O direito à reprodução e direito de ter descendência deve ser realizado em condições de plena igualdade. O artigo 36º CRP refere o direito fundamental a constituir família concretizando-se em dois direitos, o direito a procriar e o direito a contrair casamento. No entendimento de GULHERME OLIVEIRA<sup>73</sup> “ há um direito fundamental de procriar tanto segundo os velhos métodos como recorrendo à procriação medicamente assistida”. Este autor reconhece que existe uma imposição do “livre acesso a todos os métodos de procriação assistida seja reconhecido”, mas com limites respeitando “ estas regras de universalidade e de admissibilidade plena de todos os métodos”.

O princípio da igualdade plasmado no art.13º/1 da CRP inibe a discriminação de quando um ser humano é gerado através de técnicas de PMA. A LPMA manifesta a mesma ideia no art.3º/2 LPMA, referindo que é “proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado de aplicação de técnicas de PMA” e no seu art.15º/5LPMA, refere que é proibido no assento de nascimento fazer uma menção expondo o facto de que a criança foi gerada através de técnicas de PMA.

Como enuncia DIOGO LEITE DE CAMPOS<sup>74</sup>, sobre o princípio da igualdade:

*É um dos princípios fundamentais éticos assumidos pelo ordenamento jurídico, na medida que só através da igualdade, tratando da mesma maneira situações iguais, se obtém justiça; [...] para além da aspiração a igualdade formal, há uma aspiração de igualdade substancial, na medida em que o Direito, também o Direito Civil e sobretudo este, visam obter uma igualdade substancial entre as partes para estas poderem gerir, a partir desta base, os seus interesses com plena liberdade. Todos estes valores assentam no valor da personalidade*

<sup>72</sup>CANOTILHO (2007):p.567

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Guilherme de (2005)—*Temas de Direito da Medicina—Beneficiários da procriação assistida*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico- Faculdade de Direito Universidade de Coimbra/ Coimbra Editora, 2ª Edição, 2005, p.34

<sup>74</sup>CAMPOS, Diogo Leite De – “*A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador- Ou a Omnipotência do Sujeito*”, en Estudos do Direito de Bioética Revista ano 66, Vol. III, DEZ 2006, [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt)

*individual, na dignidade do individuo que se traduz numa personalidade jurídica plena, igual para todos.*

O direito de procriar, o desejo de ter um filho, é um projeto da família de um casal de sexo diferente ou de um casal de mulheres, casados ou em situação análoga à que vivem os cônjuges, e nem todos os casais veem concretizado o seu desejo, nos casos de infertilidade. A mulher sozinha pode recorrer a técnicas de PMA, nada impede que uma mulher só deseje e concretize o seu sonho de gerar um ser humano e assegurar a sua descendência.

DIOGO CAMPOS<sup>75</sup> refere que a procriação, para muitas pessoas corresponde a uma liberdade fundamental, as técnicas de PMA permitem ao casal, ou com atual legislação, também à mulher independente, uma realização pessoal criando um vínculo para reforçar a relação amorosa existente.

O autor PATRÃO NEVES partilha a mesma opinião, acrescentando que as técnicas de PMA surgem para vencer o cenário de infertilidade que se assume como uma barreira à realização pessoal<sup>76</sup>.

Como ressalva HELENA ORSHELL<sup>77</sup> :

*A questão que se coloca é saber se existe um direito fundamental à procriação, um direito de todo o cidadão, podendo inclusive exigir ao Estado recursos tecnológicos e financeiros para o exercício de tal direito, sem qualquer limitação quanto ao sexo, idade, ou estado civil da pessoa que busca ter um filho a partir de técnicas de reprodução medicamente assistida.*

Na reprodução medicamente assistida heteróloga, quando efetuada por uma só pessoa<sup>78</sup>, o ser humano que nascer não terá a sua paternidade estabelecida. Por esta lógica, o filho concebido através de técnicas de PMA em nenhum momento terá direito a conviver com um dos progenitores, nem terá direito a conhecer o seu historial genético.

<sup>75</sup>CAMPOS (2006)

<sup>76</sup>PATRÃO, M. Neves (2009)—“*Mudam-se os tempos, Manda a vontade O desejo e o Direito a ter um filho*”, Separata da obra Estudos, de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, [www.mpatraoneves.pt](http://www.mpatraoneves.pt) consult.15/FEV/2018 pag.132

<sup>77</sup>ORSHELL, Helena de Azevedo (2007)—“*O sigilo do doador do material genético nas técnicas de reprodução assistida e os interesses da criança gerada*”, Revista IOB de Direito Civil v.48. Porto Alegre: Síntese, jul/ago. 2007p.139

<sup>78</sup> O entendimento da comissão da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em relação a utilização da técnica de reprodução por mulheres solteira é a seguinte: “ A Comissão da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa se manifestou contrária à aplicação das técnicas por mulheres solteiras, devido às repercussões negativas para a criança, especialmente sobre o seu equilíbrio psíquico, que o desconhecimento da paternidade pode causar.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (2000) —“*Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspetiva civil-constitucional*” Rio de Janeiro: Renovar p.7

Com ampliação de beneficiários no art.6ºLPMA, o legislador não deu resposta a algumas questões. A atual LPMA não refere se as pessoas separadas de pessoas e bens podem recorrer a técnicas de PMA. Também nada refere quanto aos cônjuges que se encontram separados de facto. A LPMA também nada indica quanto a duração mínima da união de facto ou do casamento.

O direito a ter filhos compreende a liberdade de procriação, não pode haver restrição ao número limite de filhos e esterilização forçada, não podendo existir interdições à procriação<sup>79</sup>. Os problemas colocam-se em saber até que ponto o direito à procriação envolve um direito de aceder à técnicas de PMA heteróloga ou à gestação de substituição.

O art.67/2/e) impõe ao Estado a regulamentação da procriação assistida. Com este preceito resolve-se o problema da admissibilidade da PMA mas não é claro se existe obrigatoriedade do Estado de suportar e compartilhar os custos destas formas de procriação.

#### **4.6 O Estabelecimento da Filiação na PMA heteróloga**

O art.1839º/3 do CC foi o único artigo do Código Civil que definia o estabelecimento da filiação derivada de uma procriação medicamente assistida. Este artigo não permitia a impugnação da paternidade com o fundamento em IA ao cônjuge que nela consentiu. O artigo presume a paternidade ao marido da mãe que foi sujeita a inseminação, mesmo quando o esperma seja de um terceiro, afastando o critério biológico. Uma parte da doutrina rejeitava esta interpretação, argumentando que estava em causa uma proibição do *venire contra factum proprium*. O ser humano nascido através de uma inseminação poderia contestar a paternidade do marido da mãe por não constar das pessoas que consentiram na procriação medicamente assistida.<sup>80</sup> Este artigo não distingue a PMA heteróloga da PMA homóloga. JORGE DUARTE PINHEIRO entende que a proibição de impugnação da paternidade se amplia às pessoas que constam do art.1839/1 CC, ou seja, ao filho nascido através de PMA e ao Ministério Público<sup>81</sup>.

O critério que assume relevância no estabelecimento da filiação na procriação medicamente assistida é o “critério da vontade de assumir um projeto parental”<sup>82</sup>. Com

<sup>79</sup>CANOTILHO(2007):p.567

<sup>80</sup> AGUILAR(2000): pp. 676 e ss

<sup>81</sup> PINHEIRO(2016): p.200

<sup>82</sup> OLIVEIRA(2017):p.20

o alargamento dos beneficiários do art.6ºLPMA, o legislador permite à que mulher sozinha recorra às técnicas de PMA. Assim o estabelecimento da maternidade é estabelecido de acordo com a vontade de a mulher assumir o estatuto de mãe.

Se de aplicação das técnicas de PMA se obtiver o nascimento de um ser humano, a lei no seu art.20º/1, assume que se considera filho de quem prestou o consentimento válido, de acordo, com os requisitos no art.14º. A lei no art.20º/2 também prevê o caso em que apenas um dos beneficiários prestou o seu consentimento, procedendo-se à elaboração de um documento escrito ficando apenas com essa parentalidade estabelecida da pessoa que deu o seu consentimento.

O art.20ºLPMA refere a determinação da parentalidade que deve ser estabelecida a favor do beneficiário da PMA que, embora possa não ter contribuído com material genético para o tratamento, prestou o seu consentimento. O art.20ºnº4 permite a impugnação da parentalidade “pela pessoa casada ou com que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado”. Este artigo revoga o art.1839/3 CC em que não permite a impugnação da parentalidade com fundamento na IA que consentiu. Nos ensinamentos de TIAGO DUARTE<sup>83</sup>:

*O consentimento é imprescindível para a formação desta nova forma de filiação (...). Impugnar a paternidade estabelecida devido a uma inseminação artificial heteróloga consentida, mais do que voltar com a palavra atrás era «voltar com paternidade atrás», ora essa é uma situação que a lei não pode tolerar.*

Para este autor a filiação é estabelecida de acordo com consentimento. Quando os beneficiários prestam o seu consentimento para o emprego das técnicas de PMA não podem, futuramente, rejeitar o estabelecimento da filiação.

Na opinião de JORGE PINHEIRO, não é razoável no âmbito da PMA Heteróloga impor-se o critério da paternidade biológica<sup>84</sup>. Atualmente, o art.20/nº1, acaba por não distinguir os processos homólogos e heterólogos, abrangendo o âmbito de aplicação a todas as técnicas de PMA.

<sup>83</sup> DUARTE, Tiago (2003)— *In vitro veritas ? a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, pp. 59-61

<sup>84</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte (2005)—*Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, 2ªedição, AAFDL, Lisboa,p.140

Na PMA o estabelecimento da parentalidade (art.20 nº1,2 e 3 LPMA) é diferente do vínculo decorrente da procriação natural<sup>85</sup>. Na opinião de JORGE PINHEIRO na PMA a filiação é estabelecida só quando tenha existido consentimento<sup>86</sup>. Na PMA admite-se a “biparentalidade de duas mulheres e a monoparentalidade feminina”<sup>87</sup>. A averiguação oficiosa de paternidade torna-se incompatível com o art.20/3 LPMA<sup>88</sup>.

Portanto, a PMA heteróloga assume-se como um desvio ao Princípio da Verdade Biológica, o estabelecimento da filiação não corresponde à verdade biológica.

<sup>85</sup> PINHEIRO(2016):pp.165-166

<sup>86</sup> PINHEIRO(2016):p.166

<sup>87</sup> PINHEIRO(2016):p.166

<sup>88</sup> PINHEIRO (2016):p.166

## CAPÍTULO V

### O direito do Dador

O direito à intimidade revela-se como um direito fundamental na nossa constituição. O dador tem direito ao seu sigilo. Mas por outro lado, o ser humano gerado através de técnicas de PMA terá direito a conhecer a sua identidade genética?

#### 5.1 O Direito ao anonimato do dador

A Inseminação Artificial Heteróloga traz consigo o problema do anonimato do dador, a discussão de que se a criança nascida através desta técnica deve conhecer o dador.

O direito do dador ao anonimato e a historicidade pessoal, tem levado a resultados diferentes.

No estabelecimento da filiação é necessário compreender o arts.10 e 21ºLPMA. A LPMA no seu art. 10 nº2 destaca na PMA Heteróloga que os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer<sup>89</sup>. O art.21º manifesta o mesmo entendimento, a confidencialidade do dador de sémen, não permite o estabelecimento da filiação em relação ao dador, a criança que nasce é considerada filha do companheiro ou do marido da mãe ou só terá a maternidade estabelecida

Uma das exigências para a doação de material genético é o anonimato de ambas as partes. É reconhecido ao dador o sigilo da sua identidade, não possuindo nenhuma relação com a pessoa que recebe o material genético e existe uma ausência total de relação com o possível ser gerado.

Assim, para assegurar o direito à filiação viola-se o direito de conhecimento à origem genética.

Outra questão é a confidencialidade sobre a identidade do dador, dos participantes de PMA e sobre o próprio ato de PMA (art15). Por conseguinte, as pessoas nascidas com recurso à dádiva de gâmetas ou embriões, não poderão identificar o dador. Mas esta norma não é absoluta, admitindo exceções<sup>90</sup>. Assim, designadamente, quando

<sup>89</sup> A conclusão alcançada por DIOGO CAMPOS, é que “ nos termos da lei, haverá muitas situações em que a criança tem o direito a conhecer os seus progenitores; mas não tem o direito a “ser reconhecida” por eles, em termos de estes assumirem obrigações parentais sobre ela”, desta perspectiva a criança pode conhecer os seus progenitores sendo-lhe vedada a possibilidade de estabelecer um vínculo com os progenitores. CAMPOS (2006)

<sup>90</sup> DIOGO CAMPOS refere essas mesmas exceções “mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir (nº3); sem prejuízo do que se acabou de

perdurem informações de natureza genética (art.15º/2), impedimentos a casamento (art.15º/3) e “razões ponderosas”<sup>91</sup> reconhecidas por sentença judicial” (art.15º/4). Os seres humanos gerados através de uma PMA heteróloga que pretendam contrair casamento devem solicitar informações para conferir se existe uma ligação genética junto do Conselho Nacional PMA. O órgão com competência para prestar essas informações não pode permitir a divulgação da identidade do dador, se assim não estiver consentido pelo dador. Portanto, esta segunda exceção envolve o consentimento do dador.

Perante a questão do Direito do dador ao anonimato existe divergência doutrinária. Uma parte da Doutrina é contra o anonimato do dador, e outra parte é a favor do anonimato do dador.

Portanto, nos subseqüentes subcapítulos vamos analisar os respetivos argumentos.

## **5.2 Argumentos contra o anonimato do dador**

Existe uma parte na doutrina que defende que não pode existir anonimato do dador. Argumentando que o direito da criança a conhecer as suas origens genéticas se revela muito importante. Afirmando que a ocultação da origem genética da criança pode revelar-se prejudicial para o desenvolvimento da criança. O autor Eduardo Sá, um defensor do não anonimato menciona, “sem sabermos de onde vimos não podemos descobrir para onde vamos ou por onde queremos ir. [...] Precisamos de ter a certeza absoluta de quem somos filhos para podermos ter dúvidas acerca de nós próprios”.<sup>92</sup>

O art.8º/2 da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 20 de Novembro de 1989, reporta-se à situação em que se uma criança for privada de alguns

expor, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (nº4); o assento não pode, em caso algum, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.” CAMPOS, 2006

<sup>91</sup> Citando DIOGO LEITE DE CAMPOS, as razões ponderosas são “a circunstância de o filho estar afetado psicologicamente, pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos; Se assim entender, o anonimato perderá muito do seu significado” , CAMPOS (2006)

O Tribunal Constitucional já se pronunciou no Acórdão nº101/2009 de 3 de Março sobre o conceito de “razões ponderosas” para a identificação do anonimato, enunciando o tribunal: “A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato, 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 [...] Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato de dadores, não merece censura constitucional”.

<sup>92</sup> SÁ, Eduardo(1993)—“*Problemas psicológicos da fecundação com esperma de dador, Procriação Assistida*”, Colóquio Interdisciplinar, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, p.45

elementos que formam a sua identidade, os Estados Partes deverão fornecer assistência e auxílio apropriados para se reconstituir celeremente a sua identidade.

O Parlamento Europeu na Resolução de 16 de Março de 1989, quanto à fecundação artificial *in vitro* e *in vivo*, defende a proibição do anonimato do dador.

Alguma doutrina considera o art.15º do LPMA está ferido de inconstitucionalidade. Sobre este tema DIOGO LEITE DE CAMPOS<sup>93</sup> considera que o anonimato do dador é inconstitucional, argumentando:

*Não se justificando por qualquer interesse da pessoa que haja que proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, e que é o filho. Com efeito, parece 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; e a lei ressalva, da necessidade de obter informações de natureza genética que lhe digam respeito.*

Na opinião do autor supra citado, o sigilo da identidade do dador viola vários princípios constitucionais, o Princípio da Igualdade (art13ºCRP) e o Direito à identidade pessoal.

TIAGO DUARTE partilha da mesma opinião referindo “qualquer norma que estabeleça a possibilidade de anonimato de esperma, óvulos, ou de embriões em sede de inseminação artificial heteróloga é inconstitucional”<sup>94</sup>.

JOÃO LOUREIRO também é um defensor da inconstitucionalidade da norma, “num sistema que, [...], deveria privilegiar o bem da criança a conceber [...], continuar a enterrar a cabeça na areia, persistindo no modelo de anonimato, é caminho violador de direitos e fonte de sofrimento”<sup>95</sup>. Portanto, na sua opinião a lei ao conferir o anonimato do dador revela o critério do superior interesse da criança como um critério insignificante.

O autor FRANCISCO AGUILAR<sup>96</sup> entende que o direito ao conhecimento da verdade biológica prevalece sobre o anonimato do dador, destacando o critério biológico do art.36º CRP<sup>97</sup> e o artigo 67º/1 da CRP em que incumbe ao Estado e à Sociedade, apenas, proteger a filiação natural. Na opinião de VERA RAPOSO, o direito

<sup>93</sup> CAMPOS(2006)

<sup>94</sup> DUARTE(2003): p.45

<sup>95</sup> LOUREIRO, João, (2010) “O nosso pai é o dador nºXXX: A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga”, *Lex Medicinæ*, ano 7 –nº13 pp.38-42

<sup>96</sup> AGUILAR (2000):p.664

<sup>97</sup> Caracteriza-se como uma imposição ao legislador “no sentido da interdição do recurso à procriação assistida com o recurso a dador”, AGUILAR (2000):p.674

à privacidade do dador surge num segundo plano. Esta autora acrescenta, que se deve conceder uma primazia a criança de conhecer a sua identidade biológica<sup>98</sup>.

A questão da saúde é um dos argumentos para defensores da quebra do sigilo, através das informações genéticas da sua ascendência o ser humano pode preservar a sua vida. Com a evolução da medicina, realizando-se um teste genético já é possível prever epidemias, curar doenças e realizar diagnósticos.

### 5.3 Argumentos a favor do anonimato

A Doutrina Portuguesa na sua maioria defende o anonimato do dador.

PEREIRA COELHO<sup>99</sup>, é um defensor incessante do anonimato do dador, justificando que este dador não fez parte do projeto parental.

O maior argumento a favor do anonimato é o direito à privacidade do dador, para que no futuro não sejam procurados por alguém que desconhecem. Se assim não fosse, existiria um decréscimo do número de dadores e do número de utilizadores das técnicas de PMA.

Os defensores do anonimato do dador têm como objetivo proteger a integridade psíquica do ser humano gerado através de técnicas de PMA. Afirma-se que o dador não faz parte do projeto parental, assim as relações familiares podiam ser prejudicadas pela intromissão de um terceiro na sua relação<sup>100</sup>. Também se afirma que o anonimato se revela favorável para impossibilitar a reclamação de direitos entre o ser nascido e o dador, conferindo proteção ao dador de resultados que não pretendeu obter. O sigilo do dador salvaguarda a sua conduta altruísta que permite a outros beneficiários a concretização de um projeto familiar.

A Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>101</sup>, de 31 de Março de 2004, publicada no Jornal Oficial da EU, de 7 de Abril de 2004 (L 102/48) consagra no seu ponto 29 o anonimato do dador. No entanto, nada impede de que cada Estado Membro possa legislar sobre a divulgação de informação, admitindo casos excepcionais.

<sup>98</sup>RAPOSO (2014):p.797

<sup>99</sup> COELHO, F.M Pereira (1990)—“*Relatório da comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias*”, Comissão para enquadramento legislativo das novas tecnologias, utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1990 p.23

<sup>100</sup> COELHO (1990):p.23

<sup>101</sup>Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do conselho de 31/MAR/2004, [www.cnpma.org.pt/consult.3/MAR/2018](http://www.cnpma.org.pt/consult.3/MAR/2018)

Os autores RUI NUNES e HELENA MELO<sup>102</sup> acreditam que a criança não pode ter acesso aos dados do dador. Como argumentos invocam a paz social e a paz dos intervenientes do processo. Para além disso, estes autores acrescentam que quando há a intervenção de um terceiro, este não tem como objetivo estabelecer uma relação afetiva nem reconhecer as suas responsabilidades parentais. Assim, o acesso às informações do dador traria problemas ao ser gerado e à sua família. Contudo, os autores supra citados enumeram exceções, como o conhecimento das características do dador para fins de saúde ou aconselhamento genético ou ainda para verificar o impedimento a casamento de consanguinidade previsto no art.1602ºCC.

#### **5.4 Reflexão**

Consideramos que a confidencialidade sobre a identidade do dador, não é atitude harmoniosa e justa para a família. Julgamos que o anonimato do dador pode revelar-se um fracasso. No art.15 é conferido ao dador o sigilo sobre a sua identidade.

Mas, por outro lado, o art.26º CRP reconhece a todos o direito à identidade genética pessoal. Assim, encontramos dois direitos em conflito. A LPMA refere como regra confidencialidade do dador (art.15º/1) e como exceção a possibilidade de conhecer a sua origem genética (art.15/4).

Como já referimos a questão do anonimato do dador gera vários problemas, nomeadamente, gera uma “violação do direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, da dignidade da pessoa humana, e [...] violação do superior interesse da criança”<sup>103</sup>.

Presenciamos uma colisão de direitos fundamentais. O direito ao anonimato do dador e o direito à intimidade da sua vida privada e o direito de o ser gerado através de técnicas de PMA Heteróloga ter direito a conhecer a sua historicidade genética com apoio no princípio da dignidade humana. As opções legislativas e judiciais devem atender ao superior interesse da criança<sup>104</sup>. O Estado tem o dever de proteger as crianças conforme previsto no art.69/1ºCRP.

<sup>102</sup> NUNO, Rui e MELO, Helena —“Relatório/Parecer n° P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida” [www.sbem-fmup.org](http://www.sbem-fmup.org) consult.10/MAR/2018 p.36

<sup>103</sup> Ac. TC n° 225/2018 [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) consult.25/ABR/2018

<sup>104</sup> O superior interesse da criança manifesta-se no princípio 2º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e pelo art.3º da Convenção sobre os Direitos das Crianças De 1989.

A informação da criança à sua identidade genética<sup>105</sup> tem suporte no direito da personalidade. O facto de o ser humano pretender conhecer a sua origem biológica não implica a alteração da sua posição enquanto filho do casal<sup>106</sup>. O indivíduo gerado através de uma PMA Heteróloga, apenas pretende conhecer a sua historicidade, a sua ascendência genética. Este conhecimento da sua identidade genética e a sua relação com o dador, não implica que se estabeleçam relações jurídicas, envolve que apenas se estabeleça uma relação socioafetiva entre o dador e o ser gerado.

Defendemos que não pode ser negado ao ser nascido o direito à sua identidade, não consideramos correto que ao longo da sua vida seja sujeito a uma inverdade. Desta forma, o ser gerado deve conhecer a suas origens genéticas, quando possuir plena capacidade de gozo e de exercício<sup>107</sup>. Sendo assim, possuirá o discernimento necessário para compreender que o conhecimento às suas origens genéticas envolve apenas um direito a conhecer a identidade do dador, não se concedendo nenhum efeito jurídico. Consideramos que o facto de o indivíduo conhecer a sua ascendência genética traz alguns resultados, nomeadamente, com a realização psicológica e o conhecimento dos impedimentos matrimoniais. A ninguém deve ser vedada a possibilidade de conhecer a sua identidade genética. Acreditamos que, de acordo com o princípio da igualdade não se devem discriminar os seres humanos nascidos através de técnicas de PMA, nomeadamente, os seres gerados através de PMA Heteróloga.

Concluindo, na nossa opinião o direito ao anonimato terá de ceder perante o direito ao conhecimento da origem biológica.

### **5.5 Acórdão do Tribunal Constitucional nº225/2018**

Recentemente um grupo de deputados requereu a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (arts.281 nº1 e nº2 f) CRP) relativamente a normas da LPMA o art.8º, o art.15º e o art.20 LPMA.

Os requerentes pretendiam obter a declaração de inconstitucionalidade da “confidencialidade” (art.15/1 e 4 e dos arts. 10/1 e 2 e 19/1), e da determinação da parentalidade (art.20 e 20/3LPMA) constatando que estes artigos violam os direitos à identidade pessoal (art.26/1 e 3CRP), o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (arts.

<sup>105</sup> Nos ensinamentos de PAULO OTERO, “ O património genético de cada individuo, constituindo um meio de identificação da pessoa física, passou a ser objeto de uma tutela constitucional autónoma, configurando-se a identidade genética humana como um bem jurídico-constitucional que integra a atual consciência jurídica comunitária”, OTERO (1999):p85

<sup>106</sup> RAFAEL REIS, “Um pai não conhecido e reconhecido tem condições para se conhecer a si próprio, para saber quem é. Um filho que não sabe quem o gerou não pode dizer o mesmo”, REIS (2008):p.208

<sup>107</sup> REIS (2008):p.52

1 e 67/2 CRP), o princípio da igualdade (art.13CRP) e o princípio da proporcionalidade (art.18/2 CRP).

Os fundamentos para a inconstitucionalidade residem na violação do direito à identidade pessoal: o art.15 LPMA refere que a regra é a da não revelação da identidade do dador quando a criança seja gerada através de uma PMA Heteróloga. O conflito de direitos fundamentais surge entre o direito da pessoa gerada através de técnicas de PMA conhecer a sua identidade pessoal e conhecer a sua ascendência genética (art.26º/1 e 3 CRP) e o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar (arts36/1 e 26/1 CRP). A questão colocada é de saber se é constitucional estabelecer o anonimato como regra e como exceção a possibilidade de conhecer a sua identidade. A LMPA não estabelece uma proibição absoluta da revelação da identidade do dador, admitindo exceções (art15/4ºLPMA). Os requerentes afirmaram que ao permitir-se a revelação da identidade do dador não implica que se estabeleça uma filiação (art.21ºLPMA).

Como fundamento para a inconstitucionalidade invocam o princípio da igualdade. Uma parte das crianças terá direito a conhecer a sua identidade genética quando geradas através de procriação natural e a outra parte das crianças geradas através de PMA não poderá conhecer a sua identidade genética, a não ser que seja revelada nos termos do art.15/4ºLPMA.

Outra das questões abordadas foi o superior interesse da criança e a criação de famílias monoparentais. A questão surge devido à alteração do art6ºLPMA. Na sua redação anterior o art.6º consagrava o princípio da biparentalidade. Atualmente, o art.6/1 confere a possibilidade de se constituírem famílias monoparentais com recurso às técnicas de PMA.

Assim, o Tribunal Constitucional apreciou os fundamentos invocados pelos requerentes. Quanto à regra do anonimato dos dadores e o princípio da Dignidade Humana, o Tribunal Constitucional entende que, inicialmente, prevalece o direito dos dadores e dos pais à reserva de intimidade da vida privada para garantir a paz da família. Mas também entende que o direito da criança gerada através de técnicas de PMA não deixa de estar protegido pela lei. Cada criança tem direito a sua historicidade pessoal e no caso da PMA heteróloga cada pessoa pode encaminhar-se aos serviços competentes de saúde ou ao CNPMA para obter informações sobre a sua identidade genética. O tribunal considerou que importância de conhecer as origens genéticas é um

elemento fundamental para a idealização da identidade. A opção adotada pelo legislador no art.15/1 e 4 LPMA de estabelecer como regra, o anonimato dos dadores na PMA Heteróloga, apesar de admitir exceções, e no caso da gestação de substituição o anonimato como regra é digna de desaprovação constitucional.

Concluindo, o tribunal<sup>108</sup> declara inconstitucional do art.15ºnº1 e nº4LPMA, por entender que existe uma violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade constituindo-se como uma restrição desnecessária de acordo com os arts.18º/2 e 26/1CRP.

<sup>108</sup> Ac. TC nº225/2018

## CAPÍTULO VI

### Direito Comparado

Pretendemos confrontar o ordenamento jurídico Italiano com o ordenamento jurídico português em relação às regras sobre a PMA. Assim, o direito comparado assume-se como um mecanismo de interpretação comparada.

#### 6.1 Enquadramento no ordenamento jurídico italiano

A abordagem da PMA em Itália começou a alterar-se devido ao nascimento do ser humano através do recurso à FIV. Em 1985, o Ministério da Saúde emitiu circular sobre a inseminação artificial. Ainda foi complementada outra circular nº17 de 10 de Abril de 1992, com o objetivo de proteger a saúde da mulher e do ser gerado e de regular a transmissão de doenças que poderiam ocorrer nos centros de fertilização heteróloga. O parlamento italiano aprovou a lei nº40 de 18 de fevereiro de 2004 alusiva as “Regras sobre a PMA”<sup>109</sup>.

O art.1 da Lei nº20/2004 menciona que “para facilitar a solução de problemas reprodutivos decorrentes da esterilidade ou infertilidade humana, se tem permitido o uso de procriação medicamente assistida e na forma prescrita pela presente lei, que garante os direitos de todas as partes envolvidas, incluindo ao concebido”. Esta lei consagra o princípio da subsidiariedade plasmado no seu art.1/2 “o uso da procriação medicamente assistida é permitido se não existirem outros métodos de tratamento eficazes para remover as causas de infertilidade ou esterilidade” e no art.4/1 “ O uso das técnicas de reprodução assistida só é permitida quando for impossível remover as causas de impedimentos da procriação, e ainda é limitada aos casos de infertilidade ou esterilidade apurada e certificada por ato médico”. As técnicas de PMA só podem ser utilizadas se não houver outros métodos eficazes, não concedendo uma livre escolha ao ser humano<sup>110</sup>. Portanto, as técnicas de PMA não assumem um carácter alternativo<sup>111</sup>.

As técnicas de PMA, segundo o art.4/2al.a), devem ser aplicadas de acordo com o critério de gradualidade, este critério inspira-se no princípio da menor invasão, tentam-se evitar as intervenções que se revelem mais invasivas a nível psicológico e técnico.

<sup>109</sup> G. Ferrando (2004)—*La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corriere giur*, pp. 810 ss

<sup>110</sup> DOLCINI Emilio (2008)—*Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, 2008., p. 78 s

<sup>111</sup> BUZZI Fabio, Giacomo Tassi—*La procreazione medicalmente assistita, Normativa, Giurisprudenza e Aspetti Medico Legal*”, Giuffrè Editore, [www.books.google.pt](http://www.books.google.pt) Consult. 16/MAR/2018 p. 117.

A restrição no Direito Italiano levanta dúvidas sobre a legitimidade constitucional por violação de artigos 2º, 3º, 13º e 32º da Constituição da República Italiana, estendendo uma discriminação no acesso à PMA, suscitando crítica na doutrina<sup>112</sup>. A proibição do DGPI para os pais portadores de doenças genéticas e a fertilização heteróloga<sup>113</sup>.

A lei italiana proíbe o DPI aos pais portadores de doença genética. Através do DGPI consegue-se descobrir os problemas que podem causar doenças genéticas. No caso *Costa Pavan c. Itália*<sup>114</sup>, um casal teve uma filha portadora de fibrose cística. Em 2010, pretendiam ter outra filha, mas que não fosse afetada pela doença. O Tribunal Italiano vedou-lhes a possibilidade de recorrer ao DPI. O TEDH entendeu que esta decisão violava o art.8º da CEDH pela proibição imposta ao casal.

O art.4ºnº3 da lei italiana proíbe expressamente as técnicas de PMA Heteróloga. A proibição foi retirada pelo Tribunal Constitucional italiano<sup>115</sup> estabelecendo que esta proibição era inconstitucional<sup>116</sup>. Um dos fundamentos que o tribunal invocou foi o facto da PMA Heteróloga ser praticada noutros países colocou-se o problema da discriminação entre casais que têm meios económicos para recorrer a esses tratamentos no estrangeiro e os casais que não têm capacidade económica. O ordenamento jurídico italiano consagrava a proibição da PMA heteróloga, também, por causa da “divisão entre a verdade biológica e legal”<sup>117</sup>.

O código de deontologia médica introduziu novos elementos, como o consentimento informado e o reconhecimento da PMA como uma solução para a patologia da infertilidade, e não como uma forma alternativa de procriar. Para aceder as técnicas de PMA, no ordenamento jurídico italiano, é necessário um consentimento informado, válido e eficaz (art.4ºLPMA italiana). Prestado o consentimento com estes

<sup>112</sup> Così RISICATO(2005)—“*Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*”, in Riv. it. dir e proc. pen. p. 680. CANESTRARI (2004)—“*Procreazione assistita: limiti e sanzioni, i, in Dir. pen. e proc.*”, 2004, p. 417

<sup>113</sup> IVONE Vitulia (2017)—“*Debatendo a Procriação medicamente assistida, Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália*”, Luísa Neto e Rute Teixeira, atas do Seminário Internacional [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt) p.198

<sup>114</sup> Sentezza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 28 de Agosto de 2012—Ricorso n.54279/10, Ministero Della Giustizia, Percosi Chiari e Precisi: un tuo diritto, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) consult. 1/Abr/2018

<sup>115</sup> Sentenza 162/2014 Corte Costituzionale: incostituzionalità divieto di eterologa di cui alla legge 40 del 2004, [www.associazionelucacoscioni.it](http://www.associazionelucacoscioni.it)

<sup>116</sup> Apesar de o Tribunal considerar a permissão da PMA Heteróloga, ainda não foi corrigida a lei 40/2004 italiana.

<sup>117</sup> IVONE Vitulia (2017)—“*Debatendo a Procriação medicamente assistida, Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália*” Luísa Neto e Rute Teixeira p.199

requisitos, a mulher manifesta o seu desejo de prosseguir com as técnicas<sup>118</sup>. O art.6 da LPMA italiana integra uma definição das metodologias em que o consentimento é obrigatório. A vontade pode ser revogada até ao momento fecundação do óvulo (art.6ºnº3).

O art.5º da lei italiana identifica como beneficiários os casais de adultos de diferentes sexos, casados ou em coabitação, de idade potencialmente fértil, ambos vivos, podem aceder as técnicas de procriação medicamente assistida. Este artigo suscita algumas questões debatidas na doutrina, quanto ao acesso das técnicas para solteiros e homossexuais, proibição plasmada nos art.5º e 12º/2, em que o ser gerado tem direito a uma mãe e um pai<sup>119</sup>.

O art. 8º refere que as crianças geradas através destas técnicas assumem-se como filhos legítimos dos beneficiários.

O regime legal Italiano apresenta algumas diferenças com o regime legal português. A diferença notável é a admissão da PMA heteróloga, em Portugal sempre se admitiu o recurso à PMA heteróloga quando não fosse possível gerar um ser através de PMA homóloga e com a evolução legislativa as mulheres sozinhas podem recorrer por si só à PMA heteróloga. Em Itália o regime jurídico tem sido influenciado por decisões jurisprudenciais no sentido da admissão da PMA heteróloga, mas a sua proibição ainda se encontra expressa na própria lei. Ainda não foi discutido no ordenamento jurídico Italiano a admissão as técnicas de PMA a casais de sexo feminino ou à mulher independente.

Com a presente análise comparativa de ordenamentos jurídicos presenciamos que no ordenamento jurídico italiano o direito à procriação compreende algumas limitações face a comparação com o ordenamento jurídico português. Ainda são patentes no ordenamento jurídico italiano algumas manifestações de que o direito de procriar tem limites, os pressupostos para se recorrer à PMA são exigentes e o ordenamento jurídico proíbe a gestação de substituição constituindo por si só um crime (art12/6LPMA italiana). Portanto, quando comparamos a LPMA do ordenamento jurídico português com o ordenamento jurídico italiano verificamos que a LPMA italiana, ainda, se encontra em desenvolvimento não sendo reguladas questões como a PMA heteróloga, o

<sup>118</sup> VALLINI Antonio (2012)—*Illecito concepimento e valore del concepito, statuto punitivo della procreazione*, principi, prassi, p 164

<sup>119</sup> FERRANDO Gilda (2004)—*La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in Corr. giur, pp. 810 ss.

problema do anonimato do dador e o âmbito dos beneficiários não se encontra alargado comparativamente com a LPMA portuguesa.

## Conclusão

Atualmente, assistimos a uma transformação no domínio da parentalidade. A nível histórico, em 1966 pretendia-se que a criança tivesse estabelecida a filiação, para evitar os casos de crianças sem pai. Para evitar que a criança ficasse sem filiação estabelecida era utilizado o mecanismo de averiguação oficiosa da paternidade<sup>120</sup>/maternidade<sup>121</sup>. A lei está a progredir no sentido de formar famílias monoparentais. As recentes alterações à LPMA trazem consigo uma proteção ampliada ao direito da mulher procriar, ignorando os direitos da criança, que devem ser salvaguardados pelo Estado. A mulher sozinha que pretenda gerar um ser pode, atualmente, fazê-lo. O direito de procriar encontra-se garantido constitucionalmente mas é controverso quanto à monoparentalidade planeada. Será que monoparentalidade considera o superior interesse da criança? Será justo a mulher sozinha recorrer a técnicas de PMA para concretizar o seu projeto parental? O princípio da igualdade traduz que não se pode negar o recurso às técnicas de PMA por apenas a mulher estar sozinha. Mas à criança também deve estar garantida a igualdade, apesar de não viver com o pai deve ter direito a conhecer a sua identidade genética. A mudança do paradigma do estabelecimento da filiação arriscar-se-á a provocar anomalias que não poderão ser reparadas. Com esta alteração, acreditamos, que o nosso sistema jurídico está a retroceder, ao permitir que a criança nascida tenha apenas estabelecido o vínculo de maternidade.

O outro problema surge na PMA heteróloga, em que confere a possibilidade de procriação com a incorporação de um terceiro no projeto parental. No caso da PMA Heteróloga existe um evidente desvio ao Princípio da Verdade Biológica. Quando utilizado material genético de um terceiro, considera-se o vínculo de filiação estabelecido entre os pais que pretenderam e procederam ao projeto parental. Ao dador é conferido o direito à sua intimidade, mas não se classifica como um direito absoluto. A lei nº32/2006 ao afirmar a confidencialidade da identidade do dador, gera uma disparidade da pessoa gerada através de técnicas de PMA Heteróloga.

O ser gerado através de técnicas de PMA heteróloga deve conhecer a sua origem genética, sendo-lhe conferido o direito à historicidade. A verdade Biológica dissocia-se da verdade da Filiação. Na PMA heteróloga o vínculo biológico não predomina sobre o vínculo socio afetivo. Desta forma, o direito da criança ao conhecimento da sua origem

<sup>120</sup> Arts.1808 e ss CC

<sup>121</sup> Arts. 1864º e ss CC

genética entra em confronto com o direito do dador ao sigilo. Com o direito de confidencialidade conferido ao dador, a criança vê vedado o seu direito à identidade genética, violando o art.7 da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

As ambições dos beneficiários de PMA são sobrepostas aos interesses da criança. O ser gerado através de técnicas de PMA, em momento algum, deve ser considerado como diferente. O sujeito gerado através das técnicas é uma pessoa humana, com capacidade e dotado de direitos e deveres. Deste modo, deve-lhe ser conferida a possibilidade de ter alcance a sua verdade biológica. O facto de poder conhecer a identidade do dador não implica que se estabeleça a filiação em relação ao dador, ou seja, mesmo que o ser gerado conheça a identidade do dador a PMA heteróloga continua a assumir-se como um desvio ao Princípio da Verdade Biológica porque não se estabelece a filiação em relação ao dador.

Concluindo, após a análise dos argumentos contra e a favor do anonimato do dador o direito de confidencialidade do dador deve ceder perante o direito ao conhecimento da origem biológica, porque a lei atribui a todos o direito de procriar mas nem todos os seres nascidos tem direito a conhecer a sua identidade genética.

## Bibliografia

AGUILAR, Francisco (2000)—*O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Determinação da Filiação em sede de procriação medicamente assistida*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora.

APA, Sabrina (2017)—*“Il diritto accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi”* Biolaw Journal- Rivista di Biodiritto n°1/2017 [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

ASCENSÃO, José de Oliveira (2007)—*“A lei n°32/06, sobre a procriação medicamente assistida”*, Revista Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 67, V.III, DEZ 2007, [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt).

BARBAS, Stela Marcos Almeida Neves (2007) — *Direito do Genoma Humano*, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra.

BUZZI Fabio, Giacomo Tassi—*“La procreazione medicalmente assistita, Normativa, Giurisprudenza e Aspetti Medico Legal”*, Giuffrè Editore, [www.books.google.pt](http://www.books.google.pt).

CAMPOS, Diogo Leite De — *“A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador- Ou a Omnipotência do Sujeito”*, en Estudos do Direito de Bioética Revista ano 66, Vol. III, DEZ 2006, [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt).

CANOTILHO Gomes, José Joaquim, Vital Moreira (2007) —*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

CANOTILHO Gomes, Vital Moreira (1993)—*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra editora.

COELHO, F.M Pereira (1990) —*“Relatório da comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias”*, Comissão para enquadramento legislativo das novas tecnologias, utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Così RISICATO(2005)—*“Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma”*, in Riv. it. dir e proc. pen.

COSTA, Susana (2009) —*“(S)em nome do pai”* Revista Crítica de Ciências Sociais n°87, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, DEZ 2009 [www.ces.uc.pt](http://www.ces.uc.pt).

DOLCINI Emilio (2008) —*Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè.

DUARTE, Tiago (2003)— *In vitro veritas ? a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos (2007)— *A prova pericial no DNA e do direito à identidade genética*, Caxias do Sul: Plenum.

GALANTE, Fátima (2015)—“*A adoção, A identidade pessoal e genética*”, *Data Venia Revista Jurídica digital*, Ano 2, nº03, [www.datavenia.pt](http://www.datavenia.pt).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (2000) —*Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional* Rio de Janeiro: Renovar.

GILDA. Ferrando (2004)—*La nueva legge in matéria di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corriere giur.*

JORGE, Carlos Calhaz (2012)—“ *PMA presente e Futuro, Procriação medicamente Assistida, evolução histórica e implicações clínicas*” [www.cpnma.org.pt](http://www.cpnma.org.pt).

LOUREIRO, João, (2010) “*O nosso pai é o dador nºXXX: A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*”, *Lex Medicinæ*, ano 7 –nº13.

LÚCIO, Álvaro Laborinho (2001) “*A genética e a Pessoa — O Direito à Identidade*”, *Revista do Ministério Público*, ano:22, n.88 (out/Dez 2001).

MELO, Helena — “*O direito ao conhecimento da origem genética*” *Revista do Ministério Público* 142: Abril: Junho 2015 [www.rmp.smmmp.pt](http://www.rmp.smmmp.pt).

MIRANDA, Jorge e Rui Medeiros (2005) — *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira/SÁ, Maria de Fátima Freire de.—*Manual de Biodireito*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NETO Luísa, Rute Teixeira Pedro, investigadoras responsáveis (2017)—“*Debatendo a procriação assistida*” publicação correspondente a atas do seminário Internacional, Porto e FDUP 16 e 17 de Março de 2017 [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt).

NEVES M. PATRÃO, (2009) — “*Mudam-se os tempos, Manda a vontade O desejo e o Direito a ter um filho*”, Separata da obra *Estudos, de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, [www.mpatraoneves.pt](http://www.mpatraoneves.pt).

NUNO, Rui, Helena Melo —“*Relatório/Parecer nº P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida*” [www.sbem-fmup.org](http://www.sbem-fmup.org).

OLIVEIRA, Guilherme de (1990, 2005)—*Temas de Direito da Medicina — Beneficiários da procriação assistida*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico-Faculdade de Direito Universidade de Coimbra/ Coimbra Editora, 2ª Edição, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de (2003) —*Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Almedina.

OLIVEIRA, Guilherme de (2017) —*Estabelecimento da Filiação*”, Coimbra, [www.guilhermedeoliveira.pt](http://www.guilhermedeoliveira.pt).

OLIVEIRA, Guilherme de, (2016)—*Textos de Direito da Família*”, Imprensa da Universidade de Coimbra [www.digitalis-dsp.uc.pt](http://www.digitalis-dsp.uc.pt).

ORSHELL, Helena de Azevedo (2007)—*O sigilo do doador do material genético nas técnicas de reprodução assistida e os interesses da criança gerada*”, Revista IOB de Direito Civil v.48. Porto Alegre: Síntese, jul/ago. 2007.

OTERO, Paulo (1999) —*Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, 1ª edição, Coimbra, Almedina.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2005) —*Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, 2ª edição, AAFDL, Lisboa.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2016) —*O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, , Coimbra, Almedina.

RAPOSO, Vera Lúcia (2014) — *O Direito à Imortalidade. O exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra, Almedina.

REIS, Rafael Luís Vale e (2008) —*O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra editora.

SÁ, Eduardo (1993) —*“Problemas psicológicos da fecundação com espermatozoides de dador, Procriação Assistida”*, Colóquio Interdisciplinar, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra.

SILVA, Paula Martinho e Marta Costa (2011) — *A lei da procriação medicamente assistida Anotada*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora (PLMJ).

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2008)—*Volume comemorativo dos 10 anos do curso pós-graduação “proteção de menores— Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora.

VALLINI Antonio (2012)—*Illecito concepimento e valore del concepito, statuto punitivo della procreazione*, Torino, Italia G.Giappihelli Editore.

VENCELAU, Rose Melo (2004)—*O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, a biológica e a afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar.

### **Jurisprudência:**

Acórdão TEDH Costa Pavan c. Itália, sentença nº54279/10

Acórdão TEDH Evans c. Reino Unido, sentença nº 63639/05

Acórdão Tribunal Constitucional Italiano, sentença nº162/2014

Acórdão Tribunal Constitucional nº101/2009

Acórdão Tribunal Constitucional nº225/2018