



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A QUEBRA DE CONFIDENCIALIDADE NO ÂMBITO DA  
PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA  
COM INTERVENÇÃO DE DADOR**

Fabiana Íris Abelhas Gomes Russa

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020





**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A QUEBRA DE CONFIDENCIALIDADE NO ÂMBITO DA  
PROcriação Medicamente Assistida  
COM INTERVENÇÃO DE DADOR**

Fabiana Íris Abelhas Gomes Russa

Orientadora: Professora Doutora Maria Rita Aranha Da Gama Lobo Xavier

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

*À minha mãe, ao meu pai, e ao meu Rocky*

*O Senhor é o meu pastor: nada me falta. Em verdes prados  
me faz descansar e conduz-me às águas refrescantes.  
Reconforta a minha alma e guia-me por caminhos retos,  
por amor de Seu nome. Ainda que atravessasse vales tenebro-  
sos de nenhum mal terei medo porque Tu estás comigo.  
A Tua vara e o Teu cajado dão-me confiança.*

*- Salmo 23 - O BOM PASTOR*

## AGRADECIMENTOS

A presente dissertação é o resultado de muito esforço e dedicação, ao longo de meses muito difíceis. Escrever uma tese em tempo de pandemia, exige uma abstração e um empenho desmedido. Apesar de se apresentar como um trabalho individual, não posso deixar de agradecer a todos os que, de uma forma ou de outra, me ajudaram:

Em primeiro lugar, à minha orientadora, a Professora Doutora Rita Lobo Xavier, por me ter aceitado e orientado com muita dedicação. Não só pela disponibilidade e paciência ao longo destes meses, mas também por todos os conhecimentos transmitidos.

À Catarina, por ser a irmã de todas as horas, a companheira de vida académica em Coimbra e no Porto. Obrigado por me dares a mão sem nunca a largar. Serás sempre a memória mais bonita dos meus verdes anos.

Ao Carlos P. e à Rita T. pelo apoio constante, por me terem dado ferramentas imprescindíveis, e me ensinarem todos os dias mais um bocadinho. Serão sempre os meus professores favoritos.

Ao Fábio, ao João, à Márcia, ao Nuno e ao Ivan, por serem muito mais do que um grupo de peregrinos, por acreditarem sempre em mim, e por me ensinarem que nada é impossível. Os anos passam e continuamos a construir as melhores memórias.

À Sofia e à Beatriz, que continuam a mostrar-me a importância do conceito resiliência, por terem sempre uma palavra de conforto no momento certo, e por me incentivarem a ir sempre mais longe, mesmo quando ninguém acredita.

À Diana, à Anita e à Sara, por me terem acompanhado na jornada que é trabalhar e estudar ao mesmo tempo, por terem a paciência de ouvir um - *“não posso ir, estou a estudar”* e ainda assim cultivar uma amizade que soma os mais belos momentos de afeto e carinho.

À Inês, que foi a única amizade que a Católica me trouxe, que me proporcionou dos melhores momentos na minha vida, tenho muito orgulho nesta amizade. Obrigado pelo acompanhamento nas melhores aventuras em alto mar e fora dele.

Ao Nuno Sousa, por ser um primo, afilhado e irmão, serás sempre a minha mais bonita poesia em Coimbra.

À minha mãe, ao meu pai e ao meu irmão, que são e sempre serão a maior sorte que tive na vida. Sem vocês eu não seria quem sou, obrigado por me deixarem voar alto, e me permitirem realizar sonhos.

## RESUMO

O presente estudo incide sobre o regime de confidencialidade associado às técnicas de Procriação Medicamente Assistida, com intervenção de um terceiro, o dador de gâmetas masculinos, no ordenamento jurídico português e no contexto da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho. Analisa-se a quebra do regime de confidencialidade, na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 de 7 de maio, que encontra fundamentação no confronto entre direitos fundamentais do filho e do dador. Por um lado, o direito ao anonimato e à reserva da vida privada, do dador; por outro, o direito ao conhecimento das origens, que integra os direitos à identidade pessoal e à historicidade pessoal, inerentes ao desenvolvimento da criança que nasce por aplicação destas técnicas. Aborda-se ainda a posição do dador de gâmetas, até recentemente encarado como um mero terceiro relativamente ao projeto parental, reconhecendo-se-lhe agora um papel fundamental para o conhecimento da ascendência biológica.

**Palavras-chave:** Procriação Medicamente Assistida, PMA com intervenção de dador, confidencialidade, anonimato do dador, historicidade pessoal.

## ABSTRACT

The present study focuses over the confidentiality regime associated to the Medical Assisted Procreation's techniques, with the intervention from a third party, the male gamete's donor, on the Portuguese legal order and under the Law n.º 32/2006 from July 26th. We analyze the breach of confidentiality regime, following the Constitutional Court's Agreement n.º 225/2018 from May 7th, which finds its foundation within the confrontation between the son's and donor's fundamental rights. On one hand, the donor's right to anonymity and to private life preservation, on the other hand, the right to the knowledge of origins, which integrates the rights to personal identity and personal historicity, along with the child's development, which was born due to these techniques. We also approach the donor's perspective, considered up until now as a mere third party from the parental project, who has now been given a fundamental role when it comes to the biologic ascendance.

**Key words:** Medically Assisted Procreation; MAP with donor intervention; confidentiality; donor's anonymity; personal historicity.

# ÍNDICE

<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>6</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>7</b>
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....</b>	<b>10</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>A PROcriação Medicamente Assistida.....</b>	<b>13</b>
1.1 Noção e Enquadramento jurídico.....	13
1.2 As Técnicas de Procriação Medicamente Assistida – breve referência.....	15
1.3 A Procriação Medicamente Assistida com intervenção de dador.....	16
1.4 A Lei da Procriação Medicamente Assistida - versão originária.....	18
1.4.1 A Lei da Procriação Medicamente Assistida - Evolução .....	20
1.5 O Direito a constituir família .....	22
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NA PMA .....</b>	<b>25</b>
2.1 O Estabelecimento da Filiação na PMA com dador .....	25
2.2 O Estabelecimento da Paternidade na PMA com dador .....	28
2.3 A Importância do Consentimento dos Beneficiários no Estabelecimento da Paternidade.....	30
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>A QUEBRA DE CONFIDENCIALIDADE.....</b>	<b>33</b>
3.1. O Regime de Confidencialidade do dador.....	33
3.2 A posição do Tribunal Constitucional.....	35
3.3 Historicidade Pessoal Vs. Direito à Confidencialidade.....	39
3.4 Norma Transitória – O Princípio da Confiança .....	45
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>48</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>50</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA CITADA.....</b>	<b>53</b>

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

**AAFDL** Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

**Ac.** Acórdão

**Art./Arts.** Artigo/Artigos

**CC** Código Civil Português

**CDFUE** Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

**CEDH** Convenção Europeia dos Direitos Humanos

**CNECV** Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

**CNPMA** Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

**CRP** Constituição da República Portuguesa

**DGPI** Diagnóstico de pré-implantação

**DUDH** Declaração Universal dos Direitos Humanos

**FDUP** Faculdade de Direito da Universidade do Porto

**FIV** Fertilização in Vitro

**FIVETE** Fertilização in Vitro seguida de transferência de embriões

**GIFT** Transferência intratubária de gâmetas

**IA** Inseminação Artificial

**ICSI** Injeção intracitoplasmática de esperma

**LPMA** Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006)

**Ob. Cit** Obra Citada

**p. / pp.** Página/ Páginas

**PMA** Procriação Medicamente Assistida

**proc.** Processo

**ss.** Seguintes

**TC** Tribunal Constitucional

**TEDH** Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

**Vol.** Volume

**ZIFT** Transferência intratubária de Zigotos

## INTRODUÇÃO

A Procriação Medicamente Assistida (doravante PMA), permite a realização de um projeto parental a pessoas que sonhavam ser pai e mãe, não conseguindo de outra forma realizar tal desejo.

A presente dissertação tem como objeto de estudo alguns aspetos sobre a PMA com intervenção de dador de gâmetas masculinos. Será dada relevância ao estabelecimento da paternidade neste contexto, cujo regime resulta das normas consagradas no art. 20.º da lei n.º 32/2006 de 26 de julho, adiante designada por LPMA, destacando-se o consentimento dos autores do projeto parental neste sistema. Sabendo que, nos termos da lei, o dador de gâmetas masculinos nunca é havido como pai, cumpre-nos perceber o seu estatuto em relação à futura criança que nascerá e que, legitimamente, terá o direito ao conhecimento da sua historicidade pessoal.

Hoje, mais do que nunca, poderá estar em crise a proteção da confidencialidade do dador, proteção que sempre lhe foi concedida até há relativamente pouco tempo. O Acórdão n.º 225/2018 de 7 de maio de 2018 do Tribunal Constitucional, suscitou uma nova lei, a Lei n.º 48/2019 de 8 de julho, que trouxe um novo enquadramento ao direito de acesso às origens por parte da pessoa nascida com recurso a técnicas de PMA com intervenção de dador de gâmetas masculinos, na sua articulação com a confidencialidade do dador.

No primeiro capítulo, focaremos as principais noções e algumas técnicas da PMA, destacando a importância destes procedimentos clínicos, em particular quanto à PMA com intervenção de dador de gâmetas. Faremos uma breve alusão à lei que regula a PMA, a lei n.º 32/2006 de 26 de julho, e à sua evolução. Ainda neste capítulo, encararemos a eventual existência de um “*direito a procriar*” com recurso a técnicas de PMA, aliado ao direito a constituir família, consagrado na CRP.

No segundo capítulo, debruçar-nos-emos sobre o sistema de estabelecimento da filiação, sobretudo quanto ao estabelecimento da paternidade no contexto da PMA, explicitaremos conceitos que neste âmbito não se podem dissociar: o consentimento, para a aplicação de técnicas de PMA e a confidencialidade associada à identidade do dador de gâmetas. É neste ponto que será feita uma análise aos arts. 20.º n.º 2 e 4 da LPMA, relativos à determinação da paternidade, em articulação com os artigos 14.º e 15.º do mesmo diploma, que se referem respetivamente ao *consentimento* e *confidencialidade* neste procedimento.

No último capítulo, abordaremos a posição tomada pelo Tribunal Constitucional. Neste ponto, daremos especial atenção ao impacto que o Acórdão n.º 225/2018 teve no estatuto do dador de gâmetas e à situação da criança que nasce por meio de PMA, mas que mantém o seu direito à informação sobre a identidade, ponderando em que medida um regime de estrita confidencialidade não estará em contradição com princípios constitucionais. Neste contexto, referiremos ainda a norma transitória consagrada no art. 3.º da lei n.º 48/2019 de 8 de julho, salientando-se a situação daqueles que se encontram no trajeto de mudança da lei e o princípio constitucional que impõe o respeito pelo princípio da confiança.

# CAPÍTULO I – A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

## 1.1. Noção e Enquadramento Jurídico

A PMA é um procedimento médico que permite a realização do projeto parental para indivíduos que estão impedidos de realizá-lo através do “*ato unitivo sexual*”. Através deste procedimento foi possível resolver alguns problemas patentes na sociedade, nomeadamente o da *infertilidade*<sup>1</sup> – considerada como doença pela Organização Mundial de Saúde<sup>2</sup> – que, durante muito tempo, assombrou aqueles que almejavam a parentalidade.

Podemos definir *infertilidade* como a “*incapacidade de um casal conceber ou levar a cabo uma gravidez, depois de pelo menos um ano de relacionamento sexual regular e sem proteção*”<sup>3</sup>.

Vejam, de seguida, o parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), sobre a relevância que o emprego destas técnicas tem no impedimento de ter filhos: “*Não se afigura justo nem eticamente fundamentado, sendo antes injusto e desproporcionado, barrar a possibilidade de ter filhos a pessoas impossibilitadas de procriar em situações medicamente verificadas e justificadas, quando as mesmas em nada contribuíram para a situação em que se encontram*”<sup>4</sup>

Segundo o CNPMA “[*d*]e acordo com os últimos dados disponíveis, em 2016 o número de crianças originadas em tratamentos com PMA representou cerca de 3% do total de crianças nascidas em Portugal.”<sup>5</sup> Tal afirmação demonstra a importância deste procedimento na sociedade.

---

<sup>1</sup> Segundo FIGUEIREDO, “*a fertilidade é vista como um valor máximo, pelo que a falência do processo reprodutivo põe em causa o projeto existencial e de auto-realização do casal, com consequente frustração pessoal e social*”, in ISABEL SILVESTRE, Tese de Doutoramento apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Autonomia e Responsabilidade Parental em Procriação Medicamente Assistida, Instituto de Bioética, 2013, p.67

<sup>2</sup> “*Atinge atualmente cerca de 10 a 15% dos casais, tendo vindo a aumentar, sendo também considerada como um problema de saúde pública*”, ISABEL SILVESTRE, *Autonomia e Responsabilidade Parental em Procriação Medicamente Assistida*, (...), p.66.

<sup>3</sup> Sociedade Portuguesa da Medicina da Reprodução – *A infertilidade Conjugal* in [www.spmr.pt/perguntas](http://www.spmr.pt/perguntas)

<sup>4</sup> Relatório Referente à Atividade Desenvolvida no Ano de 2010, p.37 e ainda o Parecer n.º 27/CNPMA/2012).

<sup>5</sup>Relatório da CNPMA, in <http://www.cnpma.org.pt/cidadãos/Paginas/pma-em-portugal.aspx> \_consultado. a 20/julho/2020.

A PMA agrupa um conjunto de técnicas que auxiliam na reprodução humana, permitindo que a gravidez surja através da união de gâmetas femininos e masculinos<sup>6</sup>, sendo apenas necessário que haja uma inviabilidade do resultado da concepção, que é normalmente concedido a um casal, quando existe fecundação.<sup>7</sup>

Foi no seio de uma preocupação crescente com esta impossibilidade de procriação que se propiciou, cada vez mais, o emprego das técnicas de PMA, “[a] avaliação e o tratamento de situações clínicas de infertilidade conjugal fazem parte das preocupações médicas há mais de um século.”<sup>8</sup> As alternativas terapêuticas foram evoluindo em paralelo com os desenvolvimentos médicos. No âmago de todas estas evoluções surgiram questões que, do ponto de vista jurídico careciam de um enquadramento legal, uma vez que não existia regulamentação que pudesse orientar na resolução de problemas.<sup>9</sup>

Em 1986 foi criada, em Portugal, a Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, presidida pelo Professor Doutor Francisco Pereira Coelho. Foi deste processo que surgiu o Decreto-Lei n.º 319/86 de 25 de setembro, que apresentava normas referentes à atividade dos bancos de esperma. O diploma permitia as práticas de inseminação artificial homóloga, fertilização in vitro e a fertilização intratubária com sémen fresco. Foi com a revisão à Constituição da República Portuguesa – doravante CRP - que, em 1997, foi alterado o art. 67.º, tendo sido aditada a alínea e), que deixou a cargo do Estado a regulamentação da PMA, sob forma de proteção dos princípios consagrados na nossa constituição, nomeadamente a salvaguarda da dignidade humana.

No nosso ordenamento jurídico encontramos poucas manifestações deste sistema, podendo fazer-se referência ao art. 1839.º n.º 3 CC, sobre a impossibilidade de impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial, por parte do cônjuge que nela consentiu. Também no Código Penal Português é feita uma referência no art. 168.º com pena

---

<sup>6</sup> “...PMA se caracteriza por todos os tratamento ou procedimentos que incluem manipulação in vitro de gâmetas (espermatozoides ou ovócitos) humanos ou embriões com finalidade de se conseguir uma gravidez” in CARLOS CALHAZ JORGE, *Procriação medicamente Assistida – evolução histórica e implicações clínicas* – colóquio realizado pelo CNPMA” p.2.

<sup>7</sup> LUÍS ARCHER, *Novos desafios da bioética – Novas Questões em Reprodução Medicamente Assistida*”, Porto Editora, 2001, p.21.

<sup>8</sup> In, *História da Pma em Portugal*, <http://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/pma-em-portugal.aspx> consultado. a 20/julho/2020.

<sup>9</sup>O grande marco que iniciou a prática na história da PMA foi o nascimento de Louise Brown, em 1978, através da realização da fecundação in vitro (FIV), in ISABEL SILVESTRE, *Autonomia e Responsabilidade Parental em Procriação Medicamente Assistida, (...)*,p.67.

de prisão para “*quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento*”.<sup>10</sup>

Oficialmente as técnicas de PMA ficaram consagradas no nosso ordenamento jurídico a 26 de julho de 2006, sendo o diploma denominado por lei n.º 32/2006, designada doravante por LPMA.<sup>11</sup>

## **1.2. As Técnicas de Procriação Medicamente Assistida – breve referência**

Foi a 26 de julho que a LPMA se contemplou num só diploma<sup>12</sup>, de forma a regularizar todas as técnicas, bem como os critérios de acesso e limitação. Importa, antes de tudo, referir a importância do art. 3.º desta lei como a consagração de um critério de limitação na utilização das técnicas de PMA: “[a]s técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA”

Podemos, então, enunciar as seguintes técnicas consagradas no art. 2.º da LPMA: inseminação artificial (IA), a transferência intratubária de gâmetas (GIFT); a transferência intratubária de zigotos (ZIFT); a fertilização in vitro seguida de transferência de embriões (FIVETE); a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)<sup>13</sup> e ainda o diagnóstico de pré-implantação (DGPI).

Por IA entende-se a “*transferência mecânica de espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino*. “<sup>14</sup>. É através da GIFT que os espermatozoides e ovócitos - previamente isolados - “*são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo que só aí se dê a sua fusão. A fecundação tem lugar in vivo*. ”<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Veremos mais à frente a importância do consentimento dos beneficiários na liberdade de escolha e na defesa de uma maternidade e paternidade consciente.

<sup>11</sup> Diário da República, 1ª série – n.º 143 – 26 de julho de 2006.

<sup>12</sup> A primeira legislação conhecida sobre a PMA data de 1984. Lei sueca n.º 1140 de 20 de dezembro.

<sup>13</sup> Parecer 3/CNECV/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida, p.2, in [www.cneqv.pt](http://www.cneqv.pt), consultado a 20/setembro/2020

<sup>14</sup> Parecer 3/CNECV/93, p.2.

<sup>15</sup> Parecer 3/CNECV/93, p.2.

Na ZIFT “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.”<sup>16</sup>. Na FIVETE “o zigoto ou zigotos continuam a ser incubados *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação. O embrião ou embriões resultantes (no estágio de 2 a 8 células) são então transferidos para o útero ou para as trompas.”<sup>17</sup>. Na ICSI são transferidos para o útero ou para as trompas os embriões. Por fim, o DGPI – que não se trata de uma técnica, mas antes de um meio de seleção dos embriões que serão implantados no útero da mulher – é um processo que “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.”<sup>18</sup> É ao CNPMA, que cabe dirigir a fiscalização de aplicação destas técnicas, bem como, fornecer toda a informação relevante, tal como menciona o art. 30.º da LPMA, ao longo das suas alíneas.

### 1.3. PMA com intervenção de dador

Além dos procedimentos já mencionados, há também a possibilidade de o casal beneficiário das técnicas de PMA, contribuir com material genético próprio. Assim, através da junção dos óvulos e espermatozoides de ambos, nasce um novo ser. No caso de não ser possível utilizar material biológico próprio dos elementos do casal, será necessária a intervenção de um terceiro - o dador. Anteriormente era feita esta distinção com a designação de “procriação homóloga”, no caso de não haver nenhum terceiro interveniente, e “procriação heteróloga” sendo esta realizada com intervenção de dador. Hoje entendemos ser preferível uma designação que se prende somente com a necessidade, ou não, da intervenção de dador.

Na PMA com intervenção de dador, deparamo-nos com um regime que não está isento de críticas, apresentando-se perguntas de difícil resposta. Perante este cenário, afigura-se necessária a utilização de espermatozoides de um dador ou ovócitos de uma dadora,

---

<sup>16</sup> Parecer 3/CNECV/93, p.2.

<sup>17</sup> Parecer 3/ CNECV/93, p.2.

<sup>18</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, *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, nº 8, 2007, pp.59-60.

procriando-se, através da inseminação e da fertilização in vitro (FIV), tal como consagram os arts. 19.º e 27.º da LPMA. A aplicabilidade da PMA com intervenção de dador, surge, na maioria das vezes, segundo diagnóstico médico, quando o problema de saúde em causa não pode ser resolvido através das técnicas que podem prescindir da intervenção de dador.

No entanto, surgem algumas questões em torno do procedimento da PMA com dador, tais como hesitações éticas, morais, religiosas e jurídicas. Vejamos o exemplo, do direito ao conhecimento da origem genética, que fica comprometido com a utilização de gâmetas de um terceiro. Nesta técnica, o dador é protegido pelo suposto dever de confidencialidade, criando-se um verdadeiro confronto entre o seu direito à reserva de intimidade da vida privada, no âmbito do anonimato que lhe é conferido; e o direito à identidade pessoal, e ao conhecimento da ascendência biológica conferido à criança.<sup>19</sup>

Em março de 2009 esta questão foi debatida na Jurisprudência, tendo sido requerida a inconstitucionalidade do artigo 10.º da LPMA, que abarca o procedimento da “[d]oação de espermatozoides, ovócitos e embriões”, tendo-se invocado a violação dos arts. 26.º n.º 1 e 36.º n.º 4 da CRP, que dizem respeito, respetivamente ao direito à identidade pessoal e ao princípio da não discriminação de filhos nascidos fora do casamento, entre outros. Também este preceito (art. 10.º da LPMA) vai contra a doutrina que defende que o direito à identidade abrange o direito à historicidade pessoal de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA.<sup>20</sup> O TC pronunciou-se sobre a constitucionalidade de uma aplicação subsidiária da procriação heteróloga: “(...) a lei consagra, (...), um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva (...) só é permitida quando, face aos conhecimentos médicos-científicos, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários (artigo 10º, n.º 1).”<sup>21</sup> - admitindo-se assim que a procriação com intervenção de dador ocorra somente em casos excepcionais.<sup>22</sup>

Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária associada a esta técnica, examina o direito de identidade pessoal à luz do exercício do direito ao

---

<sup>19</sup> Ponto que será desenvolvido com mais rigor no último capítulo do nosso estudo.

<sup>20</sup> Referência no Ac. n.º 101/2009

<sup>21</sup> Ac. n.º 101/2009, de 4 de abril, Processo: 963/06.

<sup>22</sup> Relativamente à possibilidade de violação de princípios constitucionais, entende o Ac. n.º 101/2009 que: “O legislador optou pelo regime-regra de anonimato do dador de espermatozoides, ovócitos e embriões, mesmo em relação à pessoa nascida através de PMA, construindo, depois, todo um sistema gradativo de exceções a essa regra.”

desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família. No nosso entendimento os avanços da medicina podem e devem ser postos ao serviço da comunidade, contudo não deve haver uma corrida desenfreada aos mesmos sem qualquer diagnóstico médico, uma vez que, estes atos carecem de um diagnóstico válido para que se possa perceber qual o método mais eficaz.

#### **1.4. A lei da PMA – versão originária**

Até 2006, Portugal foi um dos poucos países da Europa que não apresentou um diploma que regulasse de forma integral a utilização das técnicas de PMA. Certos autores entendiam que em domínios como a procriação assistida, a ponderação casuística, seria mais viável na resolução de problemas do que um conjunto específico de regras: “(...) *o único caminho satisfatório é o de uma ponderação casuística; a generalidade das regras jurídicas torna-as insensíveis e impotentes para apreciar questões humanas individualmente absorventes*”<sup>23</sup> Por outro lado, autores como GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>24</sup>, apresentavam-se favoráveis à legislação em prol da manutenção da segurança jurídica, surgindo uma opinião maioritária neste sentido<sup>25</sup>.

A Lei n.º 32/2006 relativa à PMA, na sua versão originária, estabeleceu uma série de princípios limitativos da sua atividade: o respeito pela dignidade humana e não discriminação (art.3º da LPMA); proibição de utilização de técnicas de PMA para melhorar características não médicas do nascituro, ou para escolha do sexo salvo nos casos de risco elevado de doença genética associada a um género (art. 7.º n.º 2 e 3 da LPMA); a proibição da “clonagem reprodutiva” da produção de quimeras ou de híbridos ( art. 7.º n.º 1 da LPMA); a nulidade de negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos de maternidade de substituição (art. 8.º da LPMA); proibição da criopreservação de embriões com o objetivo de utilização na investigação

---

<sup>23</sup> FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Almedina, 1999, p.17.

<sup>24</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Legislar sobre a Procriação Assistida*, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp.76-77.

<sup>25</sup> MARTA COSTA, PAULA MARTINHO DA SILVA, *A lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, PMLJ, Sociedade de Advogados, Coimbra Editora, 2011, p.10.

científica (art. 9.º da LPMA); o princípio da confidencialidade sobre as técnicas de PMA (art. 15.º da LPMA); e a proibição da compra e venda de óvulos, sémen ou embriões (art. 18.º da LPMA)

A análise de alguns dos artigos desta lei é imprescindível, tanto para a compreensão do procedimento associado às técnicas como para o nosso estudo. É de salientar que estas técnicas devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida qualquer tipo de discriminação, quer com base no património genético quer pelo facto de se ter nascido através da PMA.<sup>26</sup> Desde logo, esta lei caracteriza-se pela sua subsidiariedade. Quando falamos em condições de admissibilidade, estas técnicas não são tidas como um método alternativo à procriação, mas sim como um método subsidiário<sup>27</sup>. O art. 4.º n.º 2 da LPMA elucida-nos sobre esta questão: *“A utilização das técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade” ou ainda “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças graves de origem genética, infecciosa ou outras”.*<sup>28</sup>

Relativamente ao carácter subsidiário, importa explicitar que este pode manifestar-se de duas formas. Por um lado, quando as técnicas de PMA assumem este carácter em relação à procriação natural; por outro, quando a subsidiariedade se manifesta na PMA com intervenção de dador em relação à PMA sem intervenção deste, obtendo fundamentação nos arts. 19.º e 27.º da LPMA. Permite-se que a IA com sémen de um dador seja aplicável, quando não é possível obter a gravidez de outra forma. Admite-se apenas a exceção à subsidiariedade, na possível seleção de embriões, para evitar uma doença grave ou genética do nascituro.

Em suma, podemos afirmar que a dualidade associada à característica da subsidiariedade das técnicas de PMA se prende com o seu auxílio à reprodução natural.

Vejamos o parecer n.º 113 do CNECV de 2020 sobre o aumento dos ciclos de reprodução, relativo a este auxílio.<sup>29</sup> A taxa cumulativa de sucesso por ciclo de tratamento é crescente, o que quer dizer que ocorrem mais nascimentos se mais ciclos forem conseguidos,

---

<sup>26</sup> Proteção conferida e consagrada no artigo 3º da LPMA.

<sup>27</sup> Artigo 4º/1 da lei n.º 32/2006.

<sup>28</sup> Acerca deste artigo, e das “doenças” mencionadas importa ver o entendimento do TC no Ac. n.º101/2009, considera estas como *“aquelas doenças relativamente às quais se venha a verificar futuramente ser possível a prevenção no 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.”*

<sup>29</sup> Estando nós, na matéria de auxílio à reprodução natural, vejamos e sétima alteração à lei n.º 32/2006, segundo a qual se aumentaram o número de ciclos de reprodução de três para cinco.

defendendo-se que este número deveria ser aumentado, pelo facto de a gravidez não ser alcançada, na maioria das vezes, durante os três primeiros ciclos.<sup>30</sup> Este mesmo parecer também discute a cobertura do serviço nacional de saúde, e a análise de relação custo-benefício. Quando em comparação a dados internacionais, esta reavaliação poderia fazer sentido, de forma a que não se estabelecesse qualquer limitação de reprodução aos que efetivamente a ela recorrem, obtendo uma taxa de sucesso ainda mais significativa.<sup>31</sup>

### 1.4.1. - Lei da PMA – Evolução

Acusada de ser uma lei confusa e que deixava muitas dúvidas<sup>32</sup>, a LPMA não resistiu às duras críticas e acabou por sofrer várias alterações, sendo relevante mencionar algumas delas.

Uma das grandes alterações trazidas, foi uma possível queda do carácter da subsidiariedade, tendo-se ampliado o leque de beneficiários da PMA e deixando de ser exigível o diagnóstico de infertilidade. Contudo, a subsidiariedade não deixou de existir plenamente, já que o conceito é mantido na mesma no art. 4.º n.º 1 da lei n.º 17/2016 de 20 de junho. Contemplando com atenção o art. 10.º n.º 1, percebemos que só continuamos a poder recorrer a estas técnicas mediante um diagnóstico feito por médicos com conhecimentos científicos, justificando-se, por este motivo, alguma limitação. Assim, pretendemos dizer que o acesso à PMA não se tornou livre e descomprometido, continuando a carecer de um motivo justificativo, quer seja este a presença de uma doença ou a autorrealização de um projeto de vida.

Relativamente à expansão do grupo de beneficiários destas técnicas de reprodução, importa observar o art. 6.º inicialmente consagrado na lei n.º 32/2006: “*Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA*”. Este preceito foi alterado pela lei n.º 17/2006 de 20 de junho, sendo que passaram a poder recorrer além dos anteriormente

---

<sup>30</sup> Parecer 113/CNECV/2020.

<sup>31</sup> Parecer 113/CNECV/2020.

<sup>32</sup> “*A Lei n.º 32/2006 também apresenta vários problemas de inconstitucionalidade material e de violação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que, por via do artigo 8.º da Constituição, fazem parte do ordenamento jurídico português.*” In Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 1 de Abril

abrangidos, também os casais de mulheres que estivessem casadas ou em condições análogas às dos cônjuges, bem como qualquer mulher, mesmo que solteira, e independentemente da sua orientação sexual.

A fundamentação que serviu de base a esta alteração apoiou-se no princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA<sup>33</sup>, não excluindo ninguém no acesso às mesmas. Também serve como causa justificativa o facto de serem maioritariamente as mulheres a recorrerem à PMA, bem como o facto de as técnicas incidirem apenas sobre elas.<sup>34</sup>

Na opinião de JORGE PINHEIRO, o n.º 3 do art. 4.º, que prevê esta possibilidade de as mulheres recorrerem independentemente do diagnóstico de infertilidade, torna-se incompatível com o princípio da subsidiariedade<sup>35</sup>, uma vez que a mulher pode decidir através da procriação proveniente do ato sexual ou a procriação através das técnicas de PMA<sup>36</sup>.

A alteração ulterior surge com a lei n.º 25/2016 de 22 de agosto, que veio regular o acesso à gestação de substituição<sup>37</sup> nos casos de ausência de útero ou lesão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, ou ainda “*em situações clínicas que o justifiquem.*”<sup>38</sup>

Fica claro que todas estas alterações trouxeram indubitavelmente uma nova realidade que merecia alguma atenção e reflexão, em particular no que concerne ao Direito da Filiação, “*Em 2016 o legislador veio reequacionar a estrutura do direito de filiação erigido nas últimas décadas, no que respeita ao estabelecimento da maternidade e da paternidade.*”<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> O principal argumento contra a utilização da PMA, sempre se baseou no contexto da monoparentalidade, permitir este acesso individual permitiria que cada vez mais famílias monoparentais surgissem.

<sup>34</sup> Parecer 87/CNECV/2016.

<sup>35</sup> Falando-se por este motivo da eventual quebra do princípio de subsidiariedade, ainda previsto no diploma.

<sup>36</sup> JORGE PINHEIRO, *Direito da família Contemporânea*, Lisboa, AAFDL, 5ª edição. 2016, pp.175-176

<sup>37</sup> “*Entende-se por “gestação de substituição”, qualquer situação em que a mulher que se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”, consagrada no art. 8º nº1 LPMA.*

<sup>38</sup> Art 8º n.º 2 LPMA.

<sup>39</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Filhos de pai anónimo no século XXI*, in *Debatendo a procriação medicamente assistida*, in [file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/Ebook\\_PMA\\_2018.pdf](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/Ebook_PMA_2018.pdf), consult a 20/set/2020.

## 1.5. A PMA e o direito a constituir família

O art. 36.º n.º 1 da CRP consagra o direito a constituir família, *“Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”* Este artigo tem, de facto, gerado controvérsia relativamente à sua interpretação, tendo surgindo algumas teses<sup>40</sup> em relação ao mesmo. Contudo, a interpretação que tem sido dada não se prende necessariamente com a ideia de casamento, nem com a união de facto, mas sim com a matéria de filiação, *“(…)segundo nos quer parecer, não pretende referir-se à união de facto mas respeita exclusivamente à matéria da filiação, (...) o direito a constituir família, (...) será, em primeiro lugar, um direito a procriar e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade”<sup>41</sup>*

No entendimento destes autores, não permitir o acesso à inseminação com recurso a material genético de terceiro, a mulheres solteiras,<sup>42</sup> não seria em prol do princípio da “proteção da infância”<sup>43</sup>, inconstitucional. Contudo, ainda assim, estaríamos a limitar a estas mulheres o seu direito a procriar. Importa perceber que em nenhum país é reconhecido um direito a procriar, isto porque este reconhecimento significaria, *“[a] coisificação do novo ser humano, considera-lo como objeto adquirível, possível, para usufruto de quem o detém, e que, tal como se faz quando se deseja, também se desfaz quando é, ou passou a ser, indesejado”<sup>44</sup>*

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam: *“a PMA poderá porventura ser considerada, ainda, uma forma de exercício do direito fundamental de constituir família previsto no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição.”* Suportando isto, os referidos Autores

---

<sup>40</sup> Teses essas defendidas pelo Doutor CASTRO MENDES, para este autor ao contrair casamento estamos a constituir família; uma outra tese defende que a união de facto está associada a este direito sendo esta sustentada por GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA. Já PEREIRA COELHO, e GUILHERME DE OLIVEIRA, reconduzem a interpretação do princípio ao direito de procriar, in *Curso de Direito da família*, Vol I, 4ª edição, Coimbra Editora.

<sup>41</sup> PEREIRA COELHO, GUILHERME DE, OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.165.

<sup>42</sup> e que não vivam também em união de facto.

<sup>43</sup> Princípio consagrado no art. 69º da CRP.

<sup>44</sup> JP MACHADO, *Problemas éticos relativos à reprodução/procriação medicamente assistida*. in LUÍS ARCHER - *Novos desafios à bioética*, Porto, Porto Editora 2001, p.99.

afirmam: “direito a constituir família implica não apenas o direito de 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 vai naturalmente associado. Isso compreende [...] a liberdade de procriação [...]”<sup>45</sup>

No mesmo sentido, RUI MEDEIROS afirma que: “o direito a constituir família significa, neste contexto [- a previsão do artigo 36.º, n.º 1, que abrange, ao lado da família conjugal, a família constituída por pais e filhos -] que todas as pessoas, independentemente de contraírem ou não casamento, têm um direito fundamental a procriar. [...]. Naturalmente, como sucede com os direitos, liberdades e garantias em geral, não obstante o disposto no artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, o direito de procriar não é absoluto. [...]”<sup>46</sup> Exatamente por não ser um direito absoluto, podemos interrogar se este direito tem validade na perspetiva de acesso às técnicas de PMA. Quer-nos parecer que sim, que a relevância da PMA pode ser encarada como uma concretização do direito fundamental a procriar.

O conceito *família* mencionado no artigo 67.º n.º 1 da CRP, é considerado como um elemento fundamental da sociedade, sendo confirmado pelos DUDH nos arts. 16.º n.º 3 e 12.º da CEDH que compreendem o direito de procriar copulado ao direito de constituir família.

O desejo de um casal ter filhos ainda está muito patente na génese humana. Com a PMA foi possível abrirem-se as portas para que os inférteis, e agora, também no caso de não padecerem de qualquer doença, mas que tenham essa vontade, pudessem exercer esta liberdade fundamental de recorrer a meios de reprodução medicamente assistida.

No âmbito da proteção constitucional que pode ser invocada na PMA, importa referir outros princípios relevantes para o nosso estudo e que sustentam a proteção conferida no sistema jurídico aplicável à PMA: o princípio da dignidade humana (art. 67.º n.º 2 alínea. e) CRP) e o princípio de igualdade (art. 13.º n.º 1 CRP), que obsta à discriminação com base no facto de se ter nascido em resultado da utilização das técnicas de PMA. Por fim, aquele que apresenta um elevado destaque neste nosso estudo é o direito à identidade pessoal e à garantia de identidade genética do ser humano (art.26.º n.º 1 e 3 CRP).

---

<sup>45</sup> In Ac. do TC n.º 225/2018, <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/115226940/details/normal?q=acord%C3%A3o+tribunal+constitucional+24+de+abril+de+2018> consult a 20/set/2020.

<sup>46</sup> JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, VIII ao art. 36.º*, pp.813-814; e ao art. 67.º, pp. 1366, Coimbra Editora.

Posto isto, será que podemos falar de um eventual direito a procriar? É para nós visível que podemos falar abertamente deste direito, mesmo sabendo-se que se pode constituir família sem exercer o direito de reprodução. A procriação vai além da necessidade, e personifica o desejo de um projeto de vida, pelo que o direito à saúde reprodutiva encontra sustentação no princípio da dignidade humana, e na proteção estadual que é conferida ao direito de constituir família.

## CAPÍTULO II- O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NA PMA

### 2.1. O Estabelecimento da Filiação na PMA com dador

A família, em sentido legal, é constituída pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção, tal como consagra o art. 1576.º do CC, sendo a filiação um dos vínculos de parentesco. O estabelecimento da filiação consagrado no nosso ordenamento jurídico não foi pensado para a reprodução que não surja através do *ato unitivo sexual*. A filiação, no sistema do Código Civil, é entendida como a “*relação juridicamente estabelecida entre duas pessoas que procriam e aquelas que foram geradas*”<sup>47</sup>.

JORGE PINHEIRO faz a divisão do conceito *filiação*, em duas dimensões: num sentido mais estrito, em que estamos perante uma constituição de parentesco entre o procriador e o fruto da procriação; e num sentido mais amplo, em que é abrangida quer a relação jurídica familiar constituída pela procriação, quer a relação que não teve origem na procriação, mas que acaba por produzir efeitos jurídicos idênticos.<sup>48</sup> O princípio da verdade biológica passou a ser a base estruturante do sistema de estabelecimento da filiação<sup>49</sup>, o que quer dizer que os vínculos jurídicos devem corresponder aos vínculos biológicos, assentes no interesse superior da criança, princípio que rege todas as decisões relativas à mesma.<sup>50</sup>

No que concerne o regime consagrado no nosso ordenamento jurídico, alheio à possibilidade de recorrer às técnicas de PMA, importa fazer um breve enquadramento. O estabelecimento da maternidade parte do pressuposto de que existe uma relação mãe/mulher e filho, seguindo o brocardo latino *mater semper certa est* – ou seja, a mãe é aquela que dá à luz. Mesmo havendo lugar à averiguação oficiosa da maternidade e ação de investigação, em casos de registo omissos, é quase sempre um procedimento mais simples do que no caso do estabelecimento da paternidade. Se a mãe for casada, funciona a presunção de paternidade

---

<sup>47</sup> JOÃO CASTRO MENDES; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990-1991, p.214

<sup>48</sup> JORGE PINHEIRO, *Direito da Família contemporâneo*...ob. cit., p.131.

<sup>49</sup> A partir da reforma de 77, o Código Civil de 1966, ficou direcionado no sentido de não haver registos de nascimento omissos quanto à paternidade.

<sup>50</sup> RITA LOBO XAVIER, in texto sobre o *Sistema de Estabelecimento da Filiação*, 2020, p.1.

consagrada nos arts. 1826.º CC, *pater is est quem nuptias demonstrant*, sendo apenas necessário que o filho tenha nascido ou sido concebido na constância do matrimónio, tendo em conta também o período legal de concepção previsto no art. 1798.º CC. No caso de a mãe não ser casada, a paternidade será estabelecida através do reconhecimento, que pode ser voluntário, denominado por perfilhação, ou judicial, *vide* art. 1847.º CC. No caso de não ser possível um reconhecimento voluntário, estaremos perante a figura de averiguação oficiosa da paternidade, consagrada no art. 1847.º CC, *in fine* sendo o reconhecimento efetuado por decisão judicial em ação de investigação.<sup>51</sup>

Após várias alterações legais, aquilo que podemos concluir é que em Portugal assistimos a uma revolução do direito da filiação, emergindo uma *parentalidade intencional* em que o superior interesse da criança, para alguns autores, pode estar a ser negligenciado<sup>52</sup>, “*O sistema baseia-se na ideia de que não deve haver filhos de mãe ou pai “incógnitos” porque é do interesse do filho ter as respetivas relações de maternidade e paternidade estabelecidas, em atenção aos direitos fundamentais à identidade pessoal e de constituir família.*”<sup>53</sup>. No entanto, por força de algumas das alterações introduzidas pela lei n.º 17/2016 de 20 de junho<sup>54</sup>, o regime permite e promove um aumento do número de filhos de pais incógnitos, através da permissão de acesso de todas as mulheres à PMA.<sup>55</sup>

É, por isso, cada vez mais discutida a vontade de constituir família em condições pouco comuns em relação ao que consideramos ser o modelo de reprodução humana, fala-se até mesmo de um incremento exponencial da monoparentalidade e das suas possíveis variações.<sup>56</sup> No art. 1893º n.º3 CC, já referido anteriormente como sendo a única manifestação de PMA no nosso Código, presume-se a paternidade do marido da mãe que se submeteu à

---

<sup>51</sup> RITA LOBO XAVIER, Ob. Cit. p.6

<sup>52</sup> In “*Uma Revolução na Concepção jurídica de Parentalidade*” Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, atas do seminário internacional Luisa Neto e Rute Teixeira Pedro, FDUP, CIJE, 2017, p.149

<sup>53</sup> RITA LOBO XAVIER, Ob. Cit p.8

<sup>54</sup> Lei onde é alargado o âmbito de beneficiários das técnicas de PMA

<sup>55</sup> *Nascimento Anónimo, procriação Medicamente Assistida, e o direito a conhecer as respetivas origens (...)*, Maria Gabriella Stanzione – in Debatendo a Procriação medicamente Assistida (...) ib idem p.93

<sup>56</sup> HELENA BOLIERO, PAULO GUERRA - *Os Novos Rumos do Direito da Família e das Crianças e Jovens, in A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, Coimbra Editora, 2º edição, 2014, p.571.

técnica de inseminação, querendo isto significar que, mesmo sendo utilizado os gâmetas de terceiro, é afastado o critério biológico.<sup>57</sup>

Ao longo da análise que temos vindo a desenvolver, urge perceber qual o critério de relevância no estabelecimento da filiação na PMA. - GUILHERME OLIVEIRA elucida-nos sobre este ponto, dizendo que é “o critério da vontade de assumir um projeto parental.”<sup>58</sup> Ou seja, no caso da mãe o estabelecimento é tecido de acordo com a manifestação de vontade da mulher em assumir o estatuto de mãe. Já no caso do pai esta vontade irá traduzir-se no consentimento.

Tendo em conta o contexto do sistema de estabelecimento da filiação, cumpre-nos fazer uma breve distinção em torno dos diferentes laços de filiação que podem ser estabelecidos: a *filiação biológica* que surge determinada pelos gâmetas; a *filiação fisiológica* que diz respeito à mãe de substituição meramente gestacional; a *filiação social* que deriva de uma ligação que é aceite pela sociedade em que vivemos, em virtude da convivência entre a criança e o progenitor; e, por fim, a *filiação contratual*, materializada num contrato, podendo ser fundada no desejo de ter um filho, mesmo existindo obstáculos a nível biológico.<sup>59</sup> Importa referir que o critério do superior interesse da criança deve sempre servir de base para a escolha do tipo de filiação predominante.<sup>60</sup>

É necessário esclarecermos que a lei em momento algum menciona os termos, *pais* ou *progenitores*. Nem é feita qualquer referência à continuidade biológica. Os aspetos mais problemáticos do estabelecimento da filiação encontram-se na PMA com intervenção de dador, uma vez que existe um terceiro titular do material genético empregue na reprodução,

---

<sup>57</sup> Acerca deste artigo, RITA LOBO XAVIER, defende que a sua consagração gerou alguma confusão quanto à interpretação e pressupostos de aplicação, desde logo por ter sido incluído no CC quando a PMA ainda nem estava regulada. Aplicando-se o artigo 1826.º CC, relativo à presunção *pater is est*, seria sempre permitida a impugnação judicial da paternidade nos casos de PMA com intervenção de dador nos termos do n.º 2 do 1839.º CC, e não sendo esse o objetivo, o n.º 3 do 1839.º CC “*representaria, no fundo, um afloramento do princípio da proibição de venire contra factum proprium, de duvidosa relevância neste contexto de estabelecimento da paternidade, vindo contrariar a ideia de que a paternidade presumida deve coincidir com a paternidade biológica*” – *in texto sobre o Estabelecimento da Filiação*, 2020 p.18

<sup>58</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, 2017, [www.guilhermedeoliveira.pt](http://www.guilhermedeoliveira.pt). P.20; Consult a 20/set/2020;

<sup>59</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob.cit.*

<sup>60</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, “*O Direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*”, Tese de doutoramento, Coimbra, 2014

pelo que se impõe perceber qual a ligação com a criança que vier a nascer. O entendimento é o de que os dadores não podem ser havidos como progenitores, tal como está expressamente consagrado nos seus arts. 10.º n.º 2 e 21.º da LPMA, onde é excluída a paternidade do dador de sémen. JORGE PINHEIRO realça que, na PMA, a filiação é estabelecida somente quando tenha existido o consentimento<sup>61</sup>

## **2.2. O estabelecimento da Paternidade na PMA com dador**

Importa agora sublinhar que, quando o recurso às técnicas de PMA- não envolve um terceiro dador de gâmetas, a paternidade pode ser estabelecida nos termos gerais mencionados, sendo certo que o consentimento continua a ter de ser prestado nos termos do disposto no art. 14.º da LPMA.<sup>62</sup>

No contexto da PMA, apesar de se tratar de uma situação de facto e juridicamente distinta da da reprodução resultante do ato unitivo sexual, o estabelecimento da maternidade continua a resultar do nascimento, ou seja, a mãe legal é a mãe de gestação. O critério decisivo é o parto, salvo as devidas exceções.<sup>63</sup> Já relativamente à paternidade, a lei n.º 32/2006 de 26 de julho, consagra as regras sobre a sua determinação no art. 20.º, evidenciando que o marido ou companheiro da mãe que consente na utilização de técnicas de PMA, é havido como pai para que o registo de nascimento daquela criança não fique omissos. Desta forma, são também respeitados o direito do filho a ter um pai e o direito da mãe, coautora do projeto.

Na opinião de JORGE PINHEIRO, não é razoável no âmbito da PMA com intervenção de dador (que autor denomina por PMA heteróloga) impor-se o critério da paternidade biológica<sup>64</sup>. Razão pela qual, atualmente assistimos a uma transformação no domínio da parentalidade, não coincidindo o vínculo biológico com o vínculo jurídico. ANTUNES VARELA realçava já, que na intervenção com dádiva de gâmetas masculinos por terceiro, seria possível ser dada à criança, “a paternidade do marido da mãe, apesar de se

---

<sup>61</sup> JORGE PINHEIRO (2016) ob.cit., p.166.

<sup>62</sup> “Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável” – art. 14º LPMA

<sup>63</sup> Mencionamos aqui especificamente os casos de maternidade de gestação, não sendo a criança gerada no ventre da mãe, não há correspondência entre o fator biológico e jurídico.

<sup>64</sup> JORGE PINHEIRO, “Direito da Família e Sucessões, Vol II, 2º edição, AAFDL, LISBOA, 2005, pp.165-166.

saber, mediante prova cientificamente credenciada, que não foi este que a gerou.”<sup>65</sup>, sendo esta a solução emergente para a concretização da paternidade da criança que vem a nascer. Assim, a verdade biológica da filiação, dissocia-se da filiação legal.

O dador sendo um «mero fornecedor de gâmetas» - não se liga ao projeto de paternidade - o n.º 2 do art. 10.º e o art. 21.º da LPMA, excluem a sua paternidade, bem como das responsabilidades que poderiam advir nessa relação: “*O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.*”<sup>66</sup>

Durante algum tempo, foi entendido que um possível acesso ao conhecimento do dador poderia ser perigoso pela possibilidade de este terceiro se imiscuir na vida familiar, porventura com finalidades duvidosas. É no seio deste entendimento que surge a questão chave da nossa investigação. Para as situações em que se pretende constituir a filiação sem que tenha havido procriação por ato sexual, é exigida a declaração de vontade do homem que virá a ser juridicamente pai. Se um ser humano vier a nascer em virtude da aplicação das técnicas de PMA, consagra o art., 20.º n.º 1 da LPMA que este se considera filho de quem prestou consentimento válido de acordo com os requisitos do art. 14.º da LPMA. No n.º 2 do mesmo artigo, encontram-se os casos 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 consentiu.

O art. 20.º n.º 4 da LPMA comporta a impugnação da parentalidade pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida à técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento fosse prestado. No fundo, este artigo revoga o 1839.º n.º 3 CC, já referido no ponto anterior. Neste caso, não se permite a impugnação da parentalidade com fundamento na IA - ao cônjuge que nela consentiu<sup>67</sup>. Nesta linha de pensamento, AGUILAR defendia

---

<sup>65</sup> ANTUNES VARELA, “*A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito do Brasil*”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*”, Ano 127, nº 3843, 1994, p.359.

<sup>66</sup> Artigo 21º LPMA, Este entendimento também se estende para a dação de sémen ou de ovócitos, em caso de fertilização in vitro (art.º 27º da LPMA), na dação e transferência de embriões, ou de quaisquer outros procedimentos (art.º 47º da LPMA).

<sup>67</sup> TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas, a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003

que aquele que nascia através da PMA, poderia vir a contestar a paternidade do marido da mãe por não constar das pessoas que consentiram a PMA<sup>68</sup>. Ainda nesta senda, JORGE PINHEIRO, entende que esta proibição se estende às pessoas que constam do art. 1839.º n.º1, ou seja, o filho, nascido através de PMA e o Ministério Público.<sup>69</sup>

Destarte, e para prescindirmos da derivação biológica, poderemos falar de uma espécie de regime especial, em que se exclui o reconhecimento voluntário do vínculo ou presunção, falando, por outra parte, de uma paternidade *legal* ou *formal*, estritamente ligada ao consentimento do marido, ou então ao membro masculino da união de facto para o recurso à PMA.<sup>70</sup>

### **2.3. A importância do consentimento dos beneficiários no estabelecimento da paternidade**

Não podemos dissociar o consentimento dos beneficiários do estabelecimento da paternidade no caso de nascimento de filho com aplicação das técnicas de PMA. Isto porque os beneficiários devem ser devidamente informados e prestar o seu consentimento, segundo os requisitos do art. 14.º n.º1 LPMA, “*Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e pro escrito, perante médico responsável*”<sup>71</sup> Esta ligação surge também no art. 20.º n.º1 LPMA, que nos elucida sobre o facto de esta criança que nasce ser havida como filho do marido ou daquele que se encontre a viver em união de facto com a mulher que foi inseminada. É apenas necessário que tenha sido prestado o consentimento na inseminação.”[*o consentimento que os beneficiários devem prestar, nos termos do artigo 14.º, (...) não assume singelas vestes de um estrito consentimento para o ato médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultraconstitutivos, com reflexos importantes e direitos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais*

---

<sup>68</sup> 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, pag.676 e ss

<sup>69</sup> JORGE PINHEIRO...ob.cit. (2016), p.200.

<sup>70</sup> RITA LOBO XAVIER, Ob cit. p. 18

<sup>71</sup> Artigo 14º LPMA

*derrogatórios das regras gerais*”<sup>72</sup> TIAGO DUARTE, afirma que o consentimento, “*é imprescindível para a formação desta nova forma de filiação*”<sup>73</sup>. Para este autor, o consentimento que é prestado pelo marido da mãe personifica a “*pedra de toque para o estabelecimento desta nova forma de filiação.*”<sup>74</sup>

O entendimento que importa retirar é o de que, uma vez prestado o consentimento, estes intervenientes, estão impedidos de recorrer à falta de ligação genética para se eximirem à responsabilidade que emerge desta relação.<sup>75</sup> “*Impugnar a paternidade estabelecida devido a uma inseminação artificial heteróloga consentida, mais do que voltar atrás com a palavra era «voltar com a paternidade atrás» ora essa é uma situação que a lei não pode tolerar*”<sup>76</sup>

Surgem-nos, ainda, as seguintes questões: o que acontece se o consentimento dos beneficiários não tiver sido prestado de forma adequada? Ou se quem o prestou não tinha capacidade para tal? Há quem defenda que, faltando o consentimento, deve existir a possibilidade de impugnar a paternidade que é imputada, sendo que o facto carecido de alegação e prova não deverá ser a falta de ligação biológica, uma vez que esse facto é um dado na PMA, mas factos respeitantes ao meio como foi gerada a criança.<sup>77</sup> Outra autora defende que estando no âmbito “*de uma procriação assistida heteróloga, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternais a alguém que é apenas, dador de material genético.*”<sup>78</sup> Em suma, a opinião geral, é a de que não é razoável impor-se na PMA com intervenção de dador o critério da paternidade biológica.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1<sup>a</sup> ed, 2008, pp.444-445

<sup>73</sup> TIAGO DUARTE, Ob. Cit pp. 59-61

<sup>74</sup> TIAGO DUARTE, ob.cit., p.61

<sup>75</sup> RAFAEL VALE E REIS, ob cit, p.445

<sup>76</sup> TIAGO DUARTE, ob cit. pp. 59-61

<sup>77</sup> TIAGO DUARTE, ob.cit., pp. 62 e ss

<sup>78</sup> CARLA OLIVEIRA, *Entre a mística do sangue e a Ascensão dos afetos: O conhecimento das Ordens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 83-84

<sup>79</sup> Opinião também de JORGE PINHEIRO, in *Direito da família e sucessões*, ob.cit., p.140

Sobre o consentimento dos beneficiários, vejamos o Acórdão do TEDH Evans C. Reino Unido<sup>80</sup>. Um casal prestou o seu consentimento para recorrer à FIV, e este podia ser recusado até ao momento da implantação dos óvulos. A relação deste casal acabou por terminar e o senhor Evans pediu à clínica para que os embriões fossem destruídos. Assim que a senhora Evans teve conhecimento, iniciou um processo judicial, alegando que a lei inglesa de 1990 - que obrigava a esta destruição dos embriões - violava o artigo 2º da CEDH. O TEDH entendeu que o direito de a senhora se tornar mãe em sentido genético não prevalecia sobre o direito de o ex-companheiro ver respeitada a decisão de não ter um filho ligado a ela.<sup>81</sup>

Podemos assim concluir que, o consentimento dos beneficiários é parte integrante de todo o processo da PMA, incluindo o estabelecimento da paternidade: é este que garante a estabilidade de uma união sócio-afetiva - daquele que se vai figurar nesta relação, como pai, a partir da “(...) adesão voluntária do marido ao projecto familiar da investidura no estatuto jurídico da paternidade, excluída a sua colaboração biológica no nascimento do filho”<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Ac. TEDH Evans c. Reino Unido, sentença nº 63639/05, 10 de abril de 2007

<sup>81</sup> Ac. TEDH Evans c. Reino Unido.

<sup>82</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério Jurídico da paternidade*, Coimbra, Almedina, 2003, p.336.

## CAPÍTULO III – A QUEBRA DE CONFIDENCIALIDADE

### 3.1. O Regime de Confidencialidade do dador

A versão originária do art. 15.º da LPMA consagra uma obrigação de sigilo sobre a identidade dos participantes no ato da PMA.<sup>83</sup> Contudo, não se tratava de um regime de confidencialidade em termos absolutos<sup>84</sup>, uma vez que determinadas exceções seriam admitidas em casos como a obtenção de informação sobre eventual existência de impedimento legal para contrair casamento, ou como aquisição de informações genéticas, *vide* n.º 3 e 4 do art. 15.º LPMA. Estavam em causa, situações que poderiam conduzir a uma avaliação de razões ponderosas<sup>85</sup> reconhecidas por sentença judicial<sup>86</sup> que justificasse o reconhecimento da identidade do dador. DIOGO CAMPOS - elucida-nos sobre um exemplo que poderia fundamentar a obtenção de informações sobre o dador, sendo por isso, considerada uma razão ponderosa “(...) a circunstância de o filho estar afetado psiquicamente, pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos.”<sup>87</sup>

No entanto, este regime primava pela obtenção das informações que fossem estritamente necessárias, ou no âmbito da saúde ou no eventual impedimento legal, tentando sempre, ao máximo, excluir a identificação do dador, salvo se este expressamente o permitisse.

Tal como já foi referido, o art. 10.º n.º 2 e o art. 21º da LPMA, consagram, respetivamente, que os dadores de gâmetas não poderão ser havidos como progenitores, e que não pode ser estabelecida qualquer filiação em relação ao dador. Este último é tido apenas como um terceiro que não figura na relação familiar. Por tudo isto, podemos interrogar-nos acerca

---

<sup>83</sup> Curioso é que, a primeira lei sobre PMA, (lei sueca n.º 1140 de 20 de dezembro), consagra no seu art 4.º, o direito da criança conhecer os dados relativos ao dador, assim que atinja a maturidade suficiente. Ainda assim as legislações e recomendações que se seguiram contrariaram este direito. In MARTA COSTA, PAULA MARTINHO DA SILVA, *Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, ob.cit. p.93.

<sup>84</sup> Tendo sido admitido desde logo um regime mitigado de anonimato dos dadores, Ac. 101/2009 de 3 de março, “[...] Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato de dadores, não merece censura constitucional”

<sup>85</sup> O conceito “razões ponderosas” para o conhecimento do dador, foi discutido no Ac. do TC n.º.101/2009 de 3 de março

<sup>86</sup>Redação originária do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho.

<sup>87</sup> DIOGO LEITE CAMPOS, *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – Ou a Onipotência do Sujeito*, in Estudos do Direito de Bioética, Revista Ano 66, vol. III, 2006, [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt)

da proteção dos direitos da criança que nasce por meio das técnicas de PMA com intervenção de dador, relativamente a este.

JORGE DUARTE PINHEIRO considera que a admissibilidade dos processos heterólogos<sup>88</sup> suscita dois grandes problemas “*o da contrapartida económica da dação de esperma, ovócitos ou embriões, e o anonimato do dador*”<sup>89</sup>A questão que se impõe é saber se o regime de anonimato do dador, que foi criado inicialmente para o eximir de quaisquer responsabilidades, deve ser mantido, ou se, pelo contrário, deverá ser repensado à luz dos direitos do novo ser, que pretende conhecer a sua ascendência biológica. Apesar de o CNECV ter aprovado um Parecer, segundo o qual deve ser reconhecido à criança o direito a conhecer a sua origem biológica, o princípio continuava a ser o do sigilo sobre a identidade dos participantes, bem como do próprio ato da PMA<sup>90</sup>. De acordo com o artigo 15.º n.º.1 da LPMA, o novo ser poderá conhecer informações de natureza genética, mas a identidade do dador só pode ser revelada mediante as exceções cumpridas no n.º. 3 do mesmo preceito.

Depois de inúmeras discussões sobre o direito de acesso à identidade do dador, foi com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 de 7 de maio que se clarificaram as dúvidas, sendo finalmente possível vislumbrar algumas perspetivas de mudança. Neste Acórdão foi debatida a constitucionalidade do regime de sigilo, que protegia os dadores na PMA com intervenção de um terceiro, sendo também discutido o anonimato absoluto das gestantes de substituição, com o fundamento na “[a]fetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP.”<sup>91</sup>

Inquestionavelmente, foi trazida uma nova realidade à tese do direito ao conhecimento da identidade genética das crianças geradas por PMA. O dador, que era apenas um mero terceiro e fornecedor de material biológico, poderá, agora, passar a ter um papel muito mais importante, e decisivo, para a prossecução dos direitos deste filho gerado.

---

<sup>88</sup> Entre nós denominados como PMA com intervenção de dador.

<sup>89</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, (2016), Ob Cit.

<sup>90</sup> Note-se que o assento de nascimento de uma criança não pode, em caso algum, mencionar que esta criança nasceu por aplicação das técnicas de PMA, tal como consagra o art. 15.º n.º 5 da LPMA.

<sup>91</sup> Ac. do TC n.º 225/2018

### 3.2. A posição do Tribunal Constitucional

No Acórdão n.º225/2018 de 7 de maio, a questão que se colocava ao TC não era a da constitucionalidade de um *regime legal total do anonimato do dador*<sup>92</sup>, mas sim a eventual declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos arts. 15.º n.º 1 e 4 da LPMA<sup>93</sup>, em conjugação com os arts. 10.º n.º1 e 19.º n.º1 da LPMA por se entender que estas normas poderiam estar a violar os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à identidade genética, entre outros, que iremos a jusante abordar.

Antes do novo rumo assumido em 2018, a questão do acesso à identidade dos dadores de gâmetas, tinha sido apreciada no Ac. n.º 101/2009. Neste foi discutida a constitucionalidade das normas do art. 15.º, n.º 1 a 4 da LPMA, conjugadas com as normas do art. 10.º, n.º 1 e 2 da LPMA, sendo negado à pessoa nascida com recurso à procriação com a intervenção de dador, a hipótese de conhecer os seus antecedentes médicos. Sustentava-se no pedido que a pessoa concebida através de técnicas de PMA, em virtude do dever de sigilo, não poderia conhecer a sua ascendência. Fácil é de concluir que nos deparamos com uma posição de desigualdade em relação a qualquer outro cidadão.

GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA manifestaram o seu entendimento quanto à amplitude que o conhecimento da ascendência pode ter,<sup>94</sup> defendendo que o direito à identidade pessoal consagrado no art. 26.º n.º.1 da CRP abrange mais do que aquilo que pode aparentar. Além do direito ao nome, também podemos mencionar aqui o direito à historicidade pessoal, o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, que propicia um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, por forma a que não seja barrada a possibilidade de estabelecer o vínculo de filiação.<sup>95</sup>

Nas suas fundamentações o TC tem considerado que existe uma distinção entre o direito ao conhecimento da paternidade biológica e o direito ao estabelecimento do vínculo jurídico da filiação, e que estas são dimensões autónomas do direito à identidade pessoal.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Ac. n.º 225/2018

<sup>93</sup> Arts. referentes ao regime de confidencialidade

<sup>94</sup> Sobre isto, Ac 456/2003, Proc. n.º 193/2003 e Ac. 101/2009

<sup>95</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, Coimbra Editora, Vol.II, 2014 p.462

<sup>96</sup> JOÃO LOUREIRO, *Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga* in *Lex Medicinæ*, ano 3.º, 2006, n.º6, pp. 26 e ss ; RAFAEL VALE E REIS , ob.cit., pp. 108-109

Ainda assim, não ficou indiferente à importância que o conceito identidade pessoal tem no desenvolvimento de uma criança. Neste sentido afirma “(...) *A identidade pessoal consiste no conjunto de atributos e características que permitem individualizar cada pessoa na sociedade e que fazem com que cada indivíduo seja ele mesmo e não outro, diferente dos demais, isto é, uma unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal*”<sup>97</sup> LEITE DE CAMPOS não concordaria com a PMA “heteróloga”<sup>98</sup>, porque entendia que a utilização desta técnica punha em causa a verdade biológica, que se traduzia no fundo numa *paternidade enganosa*<sup>99</sup>, uma vez que a regra era a proibição da procura da verdadeira paternidade. O Tribunal Constitucional viu-se obrigado a discutir a iminente violação de direitos importantíssimos da esfera da criança que nasce por meio de técnicas de PMA com intervenção de dador.

A possibilidade de quebra do regime da confidencialidade encontrou fundamentação na potencial violação de diversos princípios, tais como os que já foram referidos: o conteúdo do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, e o direito à identidade genética, previstos nos arts. 26.º n.º1 e 3 da CRP; o princípio do respeito pela dignidade humana, previsto nos arts. 1.º e 67.º n.º 2, alínea e) da CRP; o princípio da igualdade também previsto na CRP no art. 13.º; e ainda, o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18.º n.º 2 da CRP. Do ponto de vista jurídico-constitucional, estamos claramente perante um conflito de direitos fundamentais. Por um lado, o direito da pessoa nascida de PMA à sua identidade pessoal, alicerçado ao conhecimento da sua ascendência genética, por outro, o direito à intimidade da vida privada e familiar que salvaguarda a posição de anonimato do dador.

No nosso entender, a decisão que impende sobre a utilização das técnicas de PMA, deve sempre estar subordinada ao primado do ser humano<sup>100</sup>, sendo defendida a dignidade

---

<sup>97</sup> JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, tomo. I, 2º ed, p. 609,

<sup>98</sup> Denominação do autor

<sup>99</sup> DIOGO LEITE CAMPOS, (2006), ob.cit.

<sup>100</sup> Parecer nº87/CNECV/2015, ponto III, 4, p.11

humana e a consequente proteção dos seus direitos, rejeitando por completo a sua instrumentalização, em qualquer circunstância.<sup>101</sup>

O TC tem vindo a entender que o conteúdo essencial do direito de constituir família, abrange, além do direito dos progenitores a estabelecer vínculos de filiação, também o direito do filho ao conhecimento da paternidade e da maternidade, bem como ao estabelecimento da correspondente filiação, não os fazendo decorrer somente do direito à identidade pessoal.<sup>102</sup> O estabelecimento do vínculo jurídico, que cabe ao filho, insere-se no âmbito e proteção quer do direito fundamental à identidade pessoal (art. 26.º, n.º 1, da CRP), quer do direito fundamental de constituir família (art. 36.º, n.º 1, da CRP). Entende ainda que o direito ao conhecimento das origens genéticas não pode, de certa forma, limitar o legislador na proteção conferida aos progenitores, em que é possível optar pela escolha de assumir, ou não, a condição legal de pai ou mãe.

A jurisprudência nacional tem efetivamente acompanhado estas preocupações e mostra-se cada vez mais consciente da importância do direito a conhecer a identidade genética, enquanto parte integrante do direito à identidade. Também a Resolução do Parlamento Europeu sobre a fecundação *in vivo* e *in vitro*, de 16 de março de 1989, concretizava que o direito ao conhecimento das origens genéticas, acaba por gerar um respeito dos Estados pela pessoa gerada com recurso a técnicas de PMA, a conhecer a sua origem genética, tal qual o direito do adotado seja tutelado.

A decisão do TC consistiu na declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1 do art. 15.º da LPMA, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões. Incluindo também as situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos, e sobre a identidade dos participantes nos mesmos. Ainda foi avaliado o n.º 4 do art. 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do

---

<sup>101</sup> No entender do acórdão, somente a instrumentalização que anule ou desconsidere a autonomia pessoal pode ser considerada violadora da dignidade humana porque reduz a pessoa a uma coisa ou objeto, ponto 28 do Ac. 225/2018

<sup>102</sup> Como ainda recentemente se salientou (cf. Ac. n.º 346/2015)

art. 18.º, n.º 2, com o art. 26.º, n.º 1, ambos da CRP.<sup>103</sup> “[O] estabelecimento jurídico dos vínculos da filiação, com todos os seus efeitos, conferindo ao indivíduo o estatuto inerente à qualidade de filho de determinadas pessoas, assume igualmente um papel relevante na caracterização individualizadora duma pessoa na vida em sociedade. A ascendência funciona aqui como um dos elementos identificadores de cada pessoa como indivíduo singular. Ser filho de, é algo que nos distingue e caracteriza perante os outros, pelo que o direito à identidade pessoal também compreende o direito ao estabelecimento jurídico da maternidade e da paternidade» (assim, vide. Acórdão n.º 401/2011).”<sup>104</sup>

Apesar de não termos qualquer estudo que possa comprovar o impacto que esta decisão tem, podemos inferir que haverá consequências delicadas, quer para o casal quer para a pessoa nascida com recurso a técnicas de PMA. O anonimato do dador e a não revelação pelos casais, aos filhos assim gerados, tem sido dos assuntos mais debatidos internacionalmente quando estamos a lidar com a PMA com intervenção de dador. Assente está que não colhe o argumento da eventual diminuição do número de dadores, com o reconhecimento deste novo molde que exclui a confidencialidade.<sup>105</sup>

O CNECV também se pronunciou relativamente a este regime, designadamente no Parecer n.º 44/CNECV/2004: “ No caso de PMA com recurso a dador de gâmetas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica. A informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador deverá manter-se permanentemente disponível, podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste.”<sup>106</sup>. Como já sabemos, este conhecimento da identidade do dador de gâmetas não poderá implicar, por parte do filho biológico, a reivindicação de quaisquer direitos em relação àquele, nem de quaisquer deveres daquele para com o próprio, uma vez que, não é este o fim da permissão.

Depois da discussão em torno do Ac. n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018, que, declara a inconstitucionalidade do regime restritivo de sigilo do artigo 15º da LPMA, promoveu-se

---

<sup>103</sup> Decisão do TC, alínea e)

<sup>104</sup> Ac. 401/2011 Proc. n.º 497/10

<sup>105</sup> Sendo possível acompanhar o caso da Suécia, que passados alguns anos de declínio, os dadores têm aumentado, sendo autenticamente “dadores” – Ac. 225/2018.

<sup>106</sup> Parecer n.º 44/CNECV/2004.

a mudança de lei, relativamente ao seu regime de confidencialidade. A lei n.º 48/2019<sup>107</sup> de 8 de julho, veio alterar o regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida. O art. 15.º foi alterado nos seus n.ºs 1, 2 e 3, em que é permitido à pessoa que tenha nascido em consequência de processo de PMA, desde que tenha 18 anos, obter informação sobre a identidade civil do dador junto da CNPMA, coisa que anteriormente, seria somente permitido consoante uma valoração das razões, que teriam de ser ponderosas para obter dados sobre o dador de gâmetas. O n.º 3 deste artigo, elenca ainda a possibilidade de menores com 16, ou mais anos, obter informações sobre a eventual existência de impedimento legal a projetado casamento.

### **3.3. A Historicidade Pessoal Vs. Direito de Confidencialidade**

Depois de nos defrontarmos com a colisão de direitos fundamentais que surge em torno da PMA com intervenção de dador, importa perceber que direitos são estes, e que equilíbrio pode ser feito entre eles. Nesta senda, aquilo que pretendemos é compreender ambas as perspetivas: a perspetiva do direito do filho à sua historicidade pessoal e a do direito do dador ao seu anonimato. Sabemos que não é fácil encontrar um ponto de equilíbrio, mas partimos da ideia de que, nos termos da Constituição, não poderá haver dois tipos de pessoas, aquelas a quem a lei reconhece o direito de acesso às suas origens, tutelando o seu direito à identidade pessoal, e as que estão impedidas legalmente de o fazer.<sup>108</sup>

Muitos foram os autores que, antes de surgir o Ac. de 2018, expressaram a sua opinião acerca deste confronto de direitos, bem como quanto à possibilidade de alterar, ou não, o regime de anonimato do dador. STELA BARBAS entende que a identificação do indivíduo abrange o direito à historicidade pessoal. Cada indivíduo funda a sua identidade, em torno das relações familiares, ligado inevitavelmente aos seus antepassados, tendo por isso direito ao conhecimento das suas raízes pessoais.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Lei 48/2019, <https://dre.pt/application/conteudo/122996204>

<sup>108</sup> STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, 2007,

<sup>109</sup> STELA BARBAS, ob.cit. p.496

No sentido de que “*A identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal, [...]*”<sup>110</sup>, o direito à identidade pessoal é entendido também, como um direito à historicidade pessoal, que se traduz num direito ao conhecimento da identidade dos progenitores. A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto entidade individualizada, é o critério de diferenciação para com os demais indivíduos. Num sentido amplo, a identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa viver em concordância consigo própria, com a sua essência. Podemos aqui evidenciar uma expressão de liberdade, podendo até estar associada à base de formação da personalidade. Este direito postula um princípio de verdade pessoal.

Contudo, o direito à identidade pessoal pode não incluir apenas o interesse na identificação pessoal ou na diferenciação daquela identidade. Pode, também, ser encarado enquanto pressuposto para autodefinição, através de informações sobre as suas origens. Conhecer as nossas raízes remete-nos imediatamente para o conhecimento dos nossos antecedentes e que é na verdade onde se encontram as raízes familiares, geográficas e culturais, e também genéticas. No art. 26.º n.º 3 da CRP<sup>111</sup>, podemos encontrar a referência a isto, considerada constitucionalmente relevante; “*Tal aspeto da personalidade - a historicidade pessoal - fala-se de um 'direito à historicidade pessoal' - implica, pois, a existência de meios legais para demonstração dos vínculos biológicos em causa [...], bem como o reconhecimento jurídico desses vínculos.*”<sup>112</sup> Vejamos, em seguida, a opinião de diversos autores sobre este aspeto.

OLIVEIRA ASCENSÃO sustentava, já em 1991, que apesar da tendência ir no sentido da regra de anonimato de dados, esta posição colidia com considerações éticas, defendia que havendo ou não laço de filiação, cada um de nós deveria poder conhecer a sua proveniência, na medida em que “*não é só uma ligação biológica: há um momento humano, no conhecimento do passado ou dos antecedentes de cada um*”.<sup>113</sup> Sustentava ainda que o direito à integridade moral e física bem como o direito à identidade pessoal<sup>114</sup>, eram

---

<sup>110</sup> JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, (2010), ob.cit, p. 609.

<sup>111</sup> Quando refere que a lei garantirá a identidade genética do ser humano.

<sup>112</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, Ob.cit p.464

<sup>113</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito e Bioética*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, julho de 1991, pp. 429 e ss

<sup>114</sup> artigos consagrados na CRP n.º 25 e 26.º respetivamente

fundamento suficiente para qualquer individuo conhecer a sua proveniência biológica, independentemente de esse conhecimento estar associado ao estabelecimento jurídico da filiação.

PAULO OTERO entende que “o direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, expresso na relação de cada pessoa com aqueles que (mediata ou imediatamente) lhe deram origem”<sup>115</sup>. Nas suas relevantes conclusões, retira que o direito de cada ser humano a conhecer a forma como foi gerado, também implica o direito a conhecer o seu património genético. Sustenta, por isso, a inconstitucionalidade de qualquer *sistema normativo de segredo*, que vede a possibilidade ao interessado de adquirir este conhecimento. O mesmo autor rejeita a argumentação dos direitos dos intervenientes fundados na reserva à intimidade pessoal e familiar dos dadores. Defende ainda que o direito à historicidade pessoal passa pelo direito a conhecer a identidade dos progenitores, o que nos faz imediatamente depreender que qualquer regra de anonimato do dador de material genético seria, por isso, inconstitucional.<sup>116</sup>

GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>117</sup>, não adota uma posição definitiva, entendendo que tanto a regra do anonimato como a regra do conhecimento da identidade dos dadores, “se apoia na defesa de valores ponderosos, respetivamente, na defesa da paz da família e na defesa da verdade acerca da ascendência biológica. O anonimato do dador parece exprimir bem a irrelevância da sua identidade e do seu papel social no processo da fecundação; porém, a ocultação da verdade biológica parece contrariar [...] a relevância dos conhecimentos das ciências biológicas, [assim como] o culto da verdade nas sociedades em que o problema da inseminação heteróloga se põe”<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*, Almedina, 1999, pp.71 e ss

<sup>116</sup> PAULO OTERO, ob.cit, p. 72 e ss

<sup>117</sup> GUILHERME OLIVEIRA, *Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 5 e ss.

<sup>118</sup> Também este autor, compara o regime do anonimato do dador ao instituto da adoção – “O anonimato do dador(...) é um regime que se compreende na sequência das normas sociais e jurídicas que valiam, em regra, para o instituto da adoção. Com efeito, o regime tradicional, nesta matéria, era o da confidencialidade do próprio ato e da ocultação do progenitor, com base nas razões conhecidas de proteger a paz da família adoptiva, no interesse do adoptado”, in GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspetos jurídicos da Procriação assistida*, in *Temas de Direito da Medicina*, n.º1, Coimbra Editora, 1999, p.17

RAFAEL VALE E REIS sustenta que no art. 15.º da LPMA “*opera uma restrição material ao direito ao conhecimento das origens genéticas, ofendendo o respetivo conteúdo essencial, em benefício da tutela do sistema médico de combate à infertilidade humana, da reserva da intimidade da vida privada dos dadores e dos seus núcleos familiares estabelecidos*”<sup>119</sup> Destarte, o autor defende<sup>120</sup> que a solução adotada pelo legislador, deveria ser inversa, tutelando assim, o direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas, a regra estabelecida deveria passar pela *admissibilidade do conhecimento da identidade do dador*.

JOÃO LOUREIRO defende que o conceito de identidade pessoal se vai construindo ao longo do tempo, ao longo da vida de cada um, o que inclui as relações que cada um de nós vai estabelecendo, não valorizando, assim, os vínculos biológicos como base nesta construção, mas sim como aspetos da realidade de cada indivíduo. Assim, a história pessoal será um conjunto de histórias vividas e inter relações com pessoas com quem possamos ter convivido, ainda que não haja, qualquer vínculo biológico pois: “*[n]ão é possível isolar a vida de uma pessoa da vida daquelas com quem familiarmente conviveu desde a nascença*”<sup>121</sup>

Por fim, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA consideram que “*o direito à identidade pessoal - que garante «aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível - abrange seguramente um direito à historicidade pessoal, entendido como «direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.*” Todavia, não há um consenso relativamente ao âmbito deste direito, se ele “*implica necessariamente um direito ao conhecimento da progenitura, [uma vez que tal entendimento levantaria] dificuldades no caso do regime tradicional da adoção e, também, mais recentemente, nos casos de inseminação artificial heteróloga e das 'mães de aluguer'*”<sup>122</sup>

Perante uma ponderação entre o direito do filho e o direito ao anonimato do dador, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS salvaguardam que “*(A) solução legal que permite a revelação da identidade do dador quando se verificarem 'razões ponderosas' deverá, em qualquer caso, merecer uma interpretação conforme ao direito ao conhecimento das origens*

---

<sup>119</sup> Ac. 225/2018

<sup>120</sup> RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

<sup>121</sup> JOÃO LOUREIRO, *Ob cit.*, p. 292.

<sup>122</sup> GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Ob. Cit* pp. 462

*genéticas, não podendo legitimar leituras excessivas e injustificadamente restritivas da possibilidade de revelação da identidade do dador ou dadora[...]”.*<sup>123</sup>

Antes de ser discutida a inconstitucionalidade possível do regime da confidencialidade, entendia-se que o conhecimento da identidade do dador, por parte da pessoa nascida acabaria por prejudicar a relação de filiação legalmente constituída, e que o segredo sobre a identidade do dador se afiguraria uma solução mais sensata do que o segredo da identidade dos pais biológicos perante a figura do adotado.

PEREIRA COELHO<sup>124</sup> sustenta que o anonimato do dador deve prevalecer, desde logo, porque este não integra o projeto parental, como já verificamos anteriormente perante o estabelecimento da paternidade. A paz social e a paz dos intervenientes do processo, a reserva da vida privada, e ainda o objetivo do dador, que não passa pelo desejo de estabelecer uma relação socio-afetiva, são argumentos que servem de base à ideia de não se fornecerem dados sobre o dador de material genético.

Tal como menciona o próprio Ac., há um outro argumento que serve de fundamentação para a possibilidade de dar algumas informações sobre o dador. É necessário garantir que a pessoa nascida mediante o recurso a técnicas de PMA com intervenção de dador, não venha, futuramente, a casar com a pessoa que faz a doação ou com os descendentes desse dador. Falamos aqui, do casamento consanguíneo, associado aos impedimentos matrimoniais, consagrados nos arts. 1601.º a 1604.º CC e ainda no art. 1986.º n.º1 in fine CC, que estende este entendimento no caso de adoção<sup>125</sup>.

Esta preocupação, associada aos impedimentos matrimoniais, releva a proteção do interesse público, na não celebração de casamentos consanguíneos. Há uma proibição ancestral de incesto, e a censurabilidade neste campo impõe que a parte que queira contrair matrimónio, tenha desde logo conhecimento que nasceu por meio de técnicas de PMA e, em seguida, ter acesso à identidade do dador. Protegia-se assim a ideia de que não deveria ser escondido à criança que nasceu através de técnicas de PMA.

---

<sup>123</sup> JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, ob.cit

<sup>124</sup> PEREIRA COELHO, *Relatório da comissão para o 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>125</sup> Pela adoção, o adotado adquire a situação de filho do adotante, e como tal extinguem-se as relações familiares, sem prejuízo da verificação de existência de impedimentos patrimoniais.

Relativamente à figura do filho, a proteção da infância e a salvaguarda do superior interesse da criança continuam a ser os valores proeminentes a nível internacional e da União Europeia. Podemos desde logo enumerar diversos instrumentos que garantem esta proteção, o n.º 10, da Convenção sobre os Direitos da Criança (em especial, os seus arts. 3.º, n.º 1, 7.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1) e a CDFUE (art. 24.º). No plano interno, releva o citado dever de proteção da infância. Como sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “[e]ste direito à proteção infantil protege todas as crianças por igual, mas poderá justificar medidas especiais de compensação (discriminação positiva), sobretudo em relação às crianças em determinadas situações (órfãos e abandonados)”<sup>126</sup>

O processo de autonomização de uma criança envolve todo o desenvolvimento da sua personalidade, assim como influencia a sua autodeterminação enquanto adulto. A constituição reconhece a vulnerabilidade destes sujeitos. E sendo dotados de direitos fundamentais, reconhece-lhes um específico e próprio «direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral» (artigo 69.º, n.º 1 da CRP). Quando nos referimos a desenvolvimento integral, temos de o associar ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º n.º 1 da CRP) – que assenta em dois pressupostos: por um lado, a garantia da dignidade da pessoa humana (cfr. art. 1.º), elemento 'estático', mas fundamental, e, por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formação, elemento 'dinâmico', cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades <sup>127</sup>

Cumprе salientar a relevância das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança. Neste plano, vejamos o art. 7.º, n.º 1, que estatui um direito subjetivo a conhecer a ascendência biológica: “a criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles” e, ainda, o artigo 8.º, que consagra, no n.º 1, uma obrigação estadual de «respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade (...)”, O n.º 2 deste artigo acrescenta, por seu turno, que na hipótese de a criança ser privada dos elementos constitutivos da sua identidade, os Estados deverão assegurar assistência e proteção adequada.

---

<sup>126</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, ob cit. p. 869).

<sup>127</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, ob.cit., pp. 869-870.

Ainda no âmbito dos instrumentos internacionais, na questão do anonimato dos dadores, também assume especial importância o disposto no art. 8.º, n.º 1, da CEDH, uma vez que o TEDH tem considerado o direito ao conhecimento das origens genéticas como elemento integrante, e essencial, do direito ao respeito pela vida privada e familiar. Relativamente à violação do princípio da proporcionalidade, sendo um instrumento de controlo, assume o TC que a restrição do direito a conhecer as origens em relação ao dador, nos termos da lei, corresponde a uma *medida exigida pelo fim* - a intimidade da família e o direito a constituir família - e que não ultrapassa uma ideia de justa medida, limitando-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP) e contendo-se na estrita medida das exigências destes.<sup>128</sup>

No nosso entender, os filhos não encontram a sua justificação exclusiva na realização dos desejos dos progenitores e, como tal, “*O desejo de ter filhos deve enquadrar-se num contexto que respeite antecipadamente a futura legítima expectativa dos nascituros*”<sup>129</sup>. Com isto queremos dizer que o superior interesse da criança, deve reinar em todas as decisões que lhe digam respeito. E não será razoável que esta criança possa, de facto, poder vir a ter acesso a informações sobre o seu dador? Passando o anonimato para um segundo plano e dando primazia aos direitos da criança aqui violados, que nos parecem, desde logo, direitos com um peso enorme no seu desenvolvimento, privilegiar o bem da criança é o caminho a seguir “*(...) sem sabermos de onde vimos não podemos descobrir para onde vamos ou para onde queremos ir.*”<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Ac. 225/2018

<sup>129</sup> In CNECV (2004). *Relatório da PMA*, p.29

<sup>130</sup> Eduardo SÁ, “Problemas psicológicos da fecundação com esperma de dador, procriação assistida”, colóquio interdisciplinar Centro de Direito biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p.45

### 3.4. Norma transitória e o Princípio da Confiança

Tendo presente a alteração ao art. 15.º da LPMA, referente ao regime de confidencialidade do dador, urge interpretar uma outra norma, consagrada na sequência desta alteração, e perceber como serão tratadas as situações futuras, uma vez que, “(...) *a vida não conhece hiatos que separem o presente do passado*”<sup>131</sup>. Quando a lei é alterada surgem inevitavelmente dúvidas sobre a sua aplicação no tempo. O art. 3.º da lei n.º 49/2019 de 8 de julho, cuja epígrafe enuncia “Norma transitória”, estabelece de forma clara, em que casos deverá, ou não, ser levantado o anonimato. Excecionalmente os casos em que o dador autorize expressamente o levantamento do anonimato, são abrangidos ainda pelo regime de anonimato do dador, as doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018, os gâmetas e dádivas resultantes de doações antes desta data. As exceções que eram admitidas pela redação anterior, em nada são afetadas. Serão destruídas as doações em que, já não estando no período previsto, não tenha sido levantado o anonimato pelo dador.

No seio desta exposição, importa perceber o que é o Direito Transitório, e que contributos traz na aplicação das leis no tempo. Digamos que a sua tarefa<sup>132</sup> é regular a aplicação da lei com base em dois sistemas jurídicos que se sucedem no tempo. Na escolha entre a lei nova e a lei antiga é importante haver uma ponderação de interesses que se contrapõe entre si, “(...) *A regra suprema em matéria de aplicação das leis no tempo é a da interpretação da lei em questão, visto que, não tendo natureza constitucional o princípio da não retroatividade das leis, depende da interpretação de cada uma dessas a determinação da sua eficácia temporal*”<sup>133</sup>

O direito engloba duas funções muito distintas: por um lado, uma função estabilizadora, que pretende salvaguardar os direitos e expectativas legítimas das pessoas, garantindo assim a continuidade da vida social; e, por outro, uma função dinamizadora, que molda o ordenamento de acordo com a evolução social, não permitindo assim um ordenamento

---

<sup>131</sup> A. SANTO JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp.270 ess

<sup>132</sup> “expressão adotada para designar aquele conjunto de princípios e de regras cuja função é delimitar entre si os âmbitos de aplicação temporal de cada lei” in NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 15ª Edição revista e atualizada, 2006

<sup>133</sup> SANTO JUSTO, ob cit.. p.272

estático que não responde às pressões sociais.<sup>134</sup> Falamos portanto de alterações à lei que não seriam expectadas pelo cidadão, e, nestes casos, “(...) *impor-se-á que actue o subprincípio da proteção da confiança e segurança jurídica que está implicado pelo princípio do Estado de direito democrático, por forma a que a nova lei não vá, de forma acentuada acentuadamente arbitrária ou intolerável, desrespeitar os mínimos de certeza e segurança, que todos têm de respeitar.*”<sup>135</sup> Leva-nos isto a crer, que a retroatividade não pode ofender os casos julgados – 281º/2 CRP.<sup>136</sup> Apesar de não ter assento na constituição, podemos dizer que uma lei retroativa pode ser inconstitucional, não pelo carácter de retroatividade, mas por violar princípios constitucionais, tais como, o princípio da proteção da confiança. Referimo-nos a uma violação “*de forma intolerável*”<sup>137</sup> de uma segurança e confiança que os cidadãos têm no ordenamento.

O direito transitório, é a disciplina que a lei nova oferece, para resolução do seu conflito com a lei antiga. E o princípio da não retroatividade, significará que a lei não dispõe para o passado, porque “*há a necessidade de garantir a estabilidade das situações já consumadas*”<sup>138</sup> As disposições transitórias podem ter carácter formal, em que determinam perante a situação em concreto se será aplicada a lei nova ou lei antiga, e podem ter o carácter matéria, no qual as disposições, estabelecem uma regulamentação própria que se encontra na fronteira entre as duas leis.<sup>139</sup>

Posto isto, podemos dizer que as pessoas que fizeram a sua doação antes da data estabelecida no art. 3.º n.º.1, não serão abrangidas pela alteração ao regime de confidencialidade, pela proteção que o direito lhes confere. Quem, por contrário, fizer esta doação depois de 7 de maio de 2018, terá de aceitar estas regras, como o levantamento do anonimato sobre a sua identificação civil, caso contrário, o material biológico será destruído.

---

<sup>134</sup> BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 15º reimpressão, p223

<sup>135</sup> Veja-se neste sentido o Ac. nº287/90

<sup>136</sup> A. SANTO JUSTO, *Ob cit*, p.273

<sup>137</sup> Ac. TC nº 70/92 e 95/92, de, respetivamente 24-2-1992 e 17-3-1992

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Ascensão *ob cit*. pp.565-567

<sup>139</sup> BATISTA MACHADO, *ob.cit.* p.230

## CONCLUSÕES

É notório que o progresso científico, na área da reprodução humana, trouxe numerosas vantagens para as pessoas que, de outra forma, não teriam possibilidade de procriação. Os desenvolvimentos constantes neste âmbito trouxeram a necessidade de acompanhamento do direito por meio da publicação de legislação sobre a aplicação das técnicas de PMA. Tanto a versão originária da lei da PMA, como as sucessivas alterações, (Leis n.º 17/2016 e n.º 25/2016 e n.º 48/2019), encadearam discussões consideráveis nos campos ético, jurídico e social.

Os critérios que norteavam a limitação de acesso às técnicas de PMA deixaram de lado a orientação sexual, ou a opção de viver sozinho, ampliando esta possibilidade a todas as mulheres, uma vez que é nelas que tais técnicas são aplicáveis. A biparentalidade<sup>140</sup> deixou de ser considerada inerente à reprodução humana por PMA, muito embora esta não deixe de resultar da junção de gâmetas masculinos e femininos.

Um dos desafios que a PMA trouxe consigo, foi a emergência de uma parentalidade diferente, dissociada do caráter biológico, de acordo com uma tendência para a valorização do vínculo sócio-afetivo manifestado no projeto parental. Criou-se assim uma desagregação entre o pai e o procriador. Por conseguinte, destaca-se a adesão voluntária daquele que presta o seu consentimento para o projeto familiar, que mesmo não tendo contribuído com material biológico, será parte da família desta criança. Será o pai que cria e que cuida, que cumpre com todas as responsabilidades parentais que lhe são inerentes. Desonerado de qualquer obrigação jurídica familiar, está o dador de gâmetas, que sempre revestiu a imagem de mero terceiro fornecedor de material biológico para a concretização da concepção.

A obrigação de sigilo associada às técnicas de PMA, foi alvo de discussão por parte do TC em 2018. O direito de acesso à identidade do dador derivava de uma avaliação jurídica de razões ponderosas que levassem, ou não, ao levantamento do anonimato. O TC pronunciou-se relativamente a uma eventual colisão de direitos fundamentais. Por um lado, na perspetiva do direito de confidencialidade do dador, um direito à reserva da vida

---

<sup>140</sup> A este respeito, HELENA BOLIERO E PAULO GUERRA, dizem que podemos estar a adotar um direito de família fragmentária, no qual se regulará apenas aspetos essenciais, in “*A Criança e a Família- uma questão de direito(s)*”, ob.cit., p.571

privada, e por outro lado, o direito da criança, ao acesso às suas origens, tutelando o seu direito à identidade pessoal.

Perante este conflito, entendemos que deve prevalecer o superior interesse da criança e, para isso, o seu direito à historicidade pessoal. O exercício deste direito permite a obtenção de informações sobre as suas origens, que será, por sua vez, imprescindível num processo de crescimento e autonomização. Para isto será inevitável um conhecimento da identidade do dador de gâmetas. O direito ao desenvolvimento físico, psicológico, intelectual, moral, social e espiritual da criança, deverá sempre prevalecer.

Por ter sido este um dos critérios decisórios, a lei da PMA foi recentemente alterada (Lei n.º 48/2019), deixando de considerar o regime de confidencialidade até então consagrado no seu art. 15.º. Permite-se agora que a pessoa que tenha nascido por aplicação das técnicas de PMA obtenha informação sobre a identidade civil do dador junto da CNPMA, desde que tenha 18 anos. É ainda possível aos menores de 16 anos obterem informações sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento.

Importa realçar que os dadores não ficaram totalmente desprotegidos: aqueles que tinham feito a sua dádiva antes das datas previstas na lei ficam automaticamente salvaguardados pelo princípio da confiança, não se frustrando, assim, as suas legítimas expectativas. As exceções admitidas pela redação anterior não são afetadas, sendo destruídas as doações em que não tenha sido levantado o anonimato pelo dador, por já não estarmos no período legal previsto.

No nosso entender o desejo de ter filhos deve encontrar fundamento na futura legítima expectativa do nascituro e não apenas na vontade de assumir um projeto parental. O objetivo será sempre alcançar o equilíbrio e plenitude para um processo de desenvolvimento inerente a todas as crianças, inclusive as que nascem através da aplicação das técnicas de PMA.

## BIBLIOGRAFIA

**AGUILAR**, Francisco – *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, 2000;

**ARAÚJO**, Fernando – *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999;

**ARCHER**, Luís – *“Novos desafios da bioética – Novas Questões em Reprodução Medicamente Assistida”*, Porto Editora, 2001;

**ASCENSÃO**, José de Oliveira – *“A lei n.º32/06, sobre a procriação medicamente assistida”*, Revista Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 67, V.III, DEZ 2007;

*“Direito e Bioética”*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, julho de 1991;

**BARBAS**, Stela – *“Direito do Genoma Humano”*, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007;

**BOLIERO**, Helena e **GUERRA**, Paulo – *“A Criança e a Família- uma questão de direito(s)”*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2014;

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

**CANOTILHO**, Gomes; **MOREIRA**, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, Vol. II, 2014;

**COELHO**, Francisco Pereira – *“Relatório da comissão para o 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;

**DUARTE**, Tiago – *“In vitro veritas ? a procriação medicamente assistida na constituição e na lei”*, Coimbra, Almedina, 2003;

**SILVESTRE**, Isabel Margarida – “Autonomia e Responsabilidade parental em Procriação Medicamente Assistida”, Instituto da Bioética, Tese de Doutoramento apresentada à Universidade Católica Portuguesa, dezembro de 2013;

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

**JUSTO**, A. Santo – “Introdução *ao Estudo do Direito*”, Coimbra, Coimbra Editora, 9ª edição, 2012;

**LOUREIRO**, João – “*Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*” in *Lex Medicinæ*, ano 3º, n.º6, 2006;

**MACHADO**, Batista – “*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*”, Coimbra, Almedina, 15ª reimpressão, 2017;

**MENDES**, João Castro; **SOUSA**, Miguel Teixeira – “*Direito da Família*”, Lisboa, AAFDL, 1990-1991;

**MIRANDA**, Jorge e **MEDEIROS**, Rui – “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;

**NETO** Luísa e **PEDRO**, Rute Teixeira, investigadoras responsáveis – “*Debatendo a procriação assistida*” publicação correspondente a atas do seminário Internacional, Porto e Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 16 e 17 de Março de 2017 [www.cije.up.pt](http://www.cije.up.pt);

**OLIVEIRA**, Carla – “*Entre a mística do sangue e a Ascensão dos afetos: O conhecimento das Ordens Biológicas*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

**OLIVEIRA**, Guilherme de – “*Temas de Direito da Medicina – Aspectos jurídicos da procriação assistida*”, Coimbra, Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito Universidade de Coimbra/ Coimbra Editora, 2ª Edição, 2005;

– “*Critério Jurídico da Paternidade*”, Coimbra, Almedina, 2003;

– “*Estabelecimento da Filiação*”, Coimbra, 2017, [www.guilhermedeoliveira.pt](http://www.guilhermedeoliveira.pt);

**OLIVEIRA**, Guilherme de e **COELHO**, F. Pereira – “*Curso de Direito da Família*”, Volume I, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editores, 2008;

**OTERO**, Paulo – “*Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*”, 1ª edição, Coimbra, Almedina, 1999

**PINHEIRO**, Jorge Duarte – “*Direito da Família e das Sucessões*”, Vol. II, 2ª edição, AAFDL, Lisboa; 2005;

– “*O Direito da Família Contemporâneo*”, 5º edição, Coimbra, Almedina, 2016;

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

– “*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, nº 8, 2007;

**REIS**, Rafael Luís Vale e – “*O direito ao conhecimento das origens genéticas*”, 1ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2008;

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

**SILVA**, Paula Martinho e **COSTA**, Marta – “*A lei da procriação medicamente assistida Anotada*”, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora (PLMJ), 2011;

**VARELA**, Antunes – “*A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito do Brasil*”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, nº 3843, 1994;

**XAVIER**, RITA LOBO – “*O Sistema de Estabelecimento da Filiação*”, 2020;

## JURISPRUDÊNCIA CITADA

Acórdão Tribunal Constitucional, 07/05/2018, nº 225/2018, processo: 95/17 [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt);

Acórdão TEDH Evans c. Reino Unido, 10/04/2007, sentença 63639/05

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt);

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 101/2009, 4/04/2009; processo: 963/06,

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt);

Acórdão do Tribunal Constitucional, 30/07/2015, nº 346/2015,

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt);

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 401/2011, processo: 497/10,

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) ;