



Rita Saramago

A Procriação Medicamente Assistida

Dissertação com vista à obtenção do grau
de mestre em Direito na especialidade de
forense e arbitragem

Orientadora:

Doutora Marta Costa, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa

Março de 2025

Declaração de compromisso anti plágio

Em conformidade com o artigo 20º-A do Regulamento do 2.º Ciclo de Estudos, Conducente ao Grau de Mestre em Direito, declaro por minha honra que o texto aqui apresentado é da minha exclusiva autoria, estando toda a utilização de contribuições ou textos alheios devidamente identificada.

Lisboa, março de 2025

(Rita de Santa Maria Pinheiro Saramago Cavaleiro de Ferreira)

Agradecimentos

À minha Mãe, por todo o apoio incondicional sempre. Por todo o esforço e investimento na minha educação, sem os quais jamais teria sido possível a conclusão desta etapa.

Aos meus Avós, Ana e Francisco, por todo o carinho e inspiração, em tantas áreas da minha vida.

Ao Francisco, pelo incentivo e força constantes e por ser o meu maior apoio.

À Professora Doutora Marta Costa por ter aceitado a orientação da minha dissertação.

A todos, obrigada!

Modo de citar

1. O presente texto foi escrito em língua portuguesa, ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa. Excetuam-se as citações dos autores que não o tenham adotado, respeitando a sua forma de escrita.
2. A bibliografia que consta nas notas de rodapé está apresentada de forma reduzida da seguinte forma: APELIDO, Nome do(s) autor(es), as primeiras palavras do título da obra ou do artigo, e as páginas referentes à contribuição, à exceção da primeira menção à obra/artigo, que aparece conforme à bibliografia final.
3. A bibliografia final encontra-se organizada por ordem alfabética, da seguinte forma: APELIDO, Nome do(s) autor(es), Título da obra, Local de publicação: Editor, Edição, Ano de Publicação. ISBN.
4. No caso da obra ou artigo se encontrar em sítio eletrónico este será referido na bibliografia final, com a expressão “Disponível em:”.
5. A jurisprudência nacional é referida com identificação do Tribunal, número de Processo, data e Juiz/a Relator.
6. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é referida com o nome do caso e o número do pedido.
7. As citações são colocadas entre aspas curvas (“”).
8. As palavras em língua estrangeira e os termos em latim encontram-se no tipo de letra itálico.
9. As abreviaturas e siglas encontram-se identificadas por ordem alfabética na “Lista de abreviaturas” na página que se segue.

Lista de abreviaturas

APF - Associação Portuguesa de Fertilidade

CC - Código Civil

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA - Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

Convenção - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CRP - Constituição da República Portuguesa

FIV - Fertilização *in Vitro*

ICSI - Injeção Introcitoplasmática de espermatozóides

PMA - Procriação Medicamente Assistida

SNS - Serviço Nacional de Saúde

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

UE - União Europeia

Declaração do número de caracteres do corpo da dissertação

Declaro que o corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 162.433 caracteres.

Resumo

A presente dissertação versa sobre a Procriação Medicamente Assistida, um marco importante na ciência da reprodução humana. O seu surgimento reflete um processo contínuo de avanços científicos e sociais que têm como objetivo proporcionar novas possibilidades de conceção e parentalidade, possibilitando a concretização do desejo de ter filhos.

Inicialmente, será explorado o alargamento do conceito de família à luz da realidade atual, o que justifica o acesso às técnicas de Procriação Medicamente Assistida, na medida em que o direito à reprodução e a constituir família representam direitos fundamentais, merecedores de proteção por parte do Estado.

Em seguida, abordar-se-á o conceito de Procriação Medicamente Assistida e como esta se encontra regulada em Portugal. Veremos quem são os seus beneficiários e quais as principais alterações ao longo do tempo e, se estas coadunam com os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Posteriormente, será analisada a regulação do acesso à gestação de substituição em Portugal, quais os principais problemas que daí poderão advir e, se face a estes, a gestação de substituição deve ou não ser admitida no nosso ordenamento jurídico.

Será ainda explorado o modo de estabelecimento da filiação quando se recorre a técnicas de Procriação Medicamente Assistida heterólogas, isto é, quando existe material genético de um terceiro e se tal é compatível com o superior interesse da criança.

Feita a análise do regime da Procriação Medicamente Assistida, será feita a comparação com o regime da adoção, o qual permite que casais de homens e homens só possam adotar, diferentemente do que sucede na Procriação Medicamente Assistida.

Acaba por concluir-se que o acesso a técnicas alternativas de procriação deve ser acessível a todas as pessoas, incluindo aos homens, sob pena de violação do direito fundamental à constituição de família. Encara-se, assim, a possibilidade de filiação não biológica como um meio idóneo a assegurar o respeito pelos direitos fundamentais de todos os envolvidos no processo – beneficiários e criança que vier a nascer.

Palavras-Chave: Procriação Medicamente Assistida, Gestação de Substituição, Beneficiários, Direito Fundamental, Superior Interesse da Criança, Princípio da Igualdade, Princípio da Proporcionalidade, Filiação, Filiação não biológica

Abstract

This dissertation focuses on Medically Assisted Procreation, an important milestone in human reproduction science. Its emergence reflects a continuous process of scientific and social advances aimed at providing new possibilities for Conception and parenthood, enabling the fulfillment of the desire to have children.

Initially, the expansion of the concept of family will be explored in light of the current reality, justifying access to Assisted Reproductive Technology techniques, the right to reproduce and form a family as fundamental rights that deserve protection by the State.

Next, the concept of Assisted Reproductive Technology will be discussed, along with how it is regulated in Portugal. We will examine who the beneficiaries are and the main changes over time, assessing whether these align with the principles of equality and proportionality. Subsequently, the regulation of access to surrogacy in Portugal will be analyzed, identifying the key issues that may arise and whether, in light of these, surrogacy should or should not be allowed within the legal framework.

The process of establishing parenthood when using heterologous Assisted Reproductive Technology techniques, that is, when there is genetic material from a third party, will also be explored, examining whether this is compatible with the best interests of the child.

After analyzing the Assisted Reproductive Technology regime, a comparison will be made with the adoption system, which allows male couples and single men to adopt, unlike what happens in Assisted Reproductive Technology.

The conclusion drawn is that access to alternative reproductive techniques should be available to all individuals, including men, as denying this would violate the fundamental right to form a family. Thus, non-biological parenthood is seen as a suitable means of ensuring respect for the fundamental rights of all those involved in the process – the beneficiaries and the child to be born.

Keywords: Assisted Reproductive Technology, Surrogacy, Beneficiaries, Fundamental Right, Best Interest of the Child, Principle of Equality, Principle of Proportionality, Parenthood, Non-Biological Parenthood

Introdução

O acesso às técnicas de Procriação Medicamente Assistida em Portugal tem evoluído ao longo do tempo, refletindo as mudanças sociais, legais e científicas. As políticas e práticas em torno da Procriação Medicamente Assistida têm sido marcadas por avanços científicos e pelo reconhecimento crescente dos direitos reprodutivos, nomeadamente através da inclusão de novos grupos na possibilidade de acesso às técnicas

Assim, a Procriação Medicamente Assistida tem-se tornado uma alternativa cada vez mais acessível para muitos casais e indivíduos, permitindo-lhes superar barreiras biológicas e tornar possível a realização do desejo de formar uma família. Desde logo, o acesso às técnicas de PMA justifica-se pelo direito à reprodução e pelo direito a constituir família enquanto direito fundamental, digno de proteção por parte do Estado.

O primeiro bebé em Portugal fruto de técnicas de Procriação Medicamente Assistida nasceu em 1986. Nesse mesmo ano, surgiu a primeira abordagem legislativa - o Decreto-Lei n.º 319/86 - composto apenas por três artigos e que estabelecia as normas relativas à disciplina e atividade dos bancos de esperma. No entanto, apenas em 1997 é que foi inserida na Constituição da República Portuguesa a obrigação de o Estado regulamentar a Procriação Medicamente Assistida.

Neste trabalho, iremos focar-nos na primeira grande regulação da Procriação Medicamente Assistida, ocorrida apenas em 2006, com o surgimento da Lei n.º 32/2006, 20 anos depois do nascimento do primeiro bebé fruto de fertilização *in vitro*. A primeira versão desta lei incluía um número reduzido de beneficiários, tendo o primeiro grande alargamento ocorrido em 2016, ano em que também foi regulado o acesso à gestação de substituição. Através destas duas alterações - alargamento do número de beneficiários e regulação do acesso à gestação de substituição - analisaremos a sua admissibilidade à luz dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Exploraremos também todas as vicissitudes relacionadas com o acesso à gestação de substituição, nomeadamente os seus requisitos, possíveis implicações e se deve ou não ser admitido no nosso ordenamento jurídico.

Após o estudo do regime da Procriação Medicamente Assistida, será feita uma comparação com o regime da Adoção, visto que ambos se traduzem em opções legais e regulamentadas para a formação de uma família. Veremos, no entanto, que apesar desta

A Procriação Medicamente Assistida

semelhança existem bastantes diferenças quanto a estes dois institutos, sendo o regime da adoção amplamente mais centrado no superior interesse da criança e, contrariamente, o regime da Procriação Medicamente Assistida incide o seu foco nos beneficiários das técnicas. Para além disso, a regulação do acesso às técnicas de Procriação Medicamente Assistida e à gestação de substituição excluem os casais de homens e os homens sós dos seus âmbitos de aplicação, o que não sucede no regime da adoção.

Por fim, serão analisados os principais problemas que as técnicas de Procriação Medicamente Assistida podem levantar, sobretudo quando está em causa o recurso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida heterólogas, isto é, quando existe recurso a material genético de um terceiro. O ordenamento jurídico português rege-se, essencialmente, pelo princípio da verdade biológica, surgindo as técnicas heterólogas como um verdadeiro desafio ao conceito de família tradicional. Analisaremos, assim, como se estabelece a filiação à luz da realidade atual - em que é possível estabelecer a filiação não biológica - tendo em consideração os regimes do Código Civil e da Lei n.º 32/2006, na sua redação atual. Ainda a propósito do estabelecimento da filiação, serão analisados outros problemas que surgiram com a Procriação Medicamente Assistida e, que, entretanto, já sofreram alterações substanciais desde a primeira versão da lei, nomeadamente quanto ao anonimato do dador de gâmetas e quanto ao alargamento do prazo de averiguação oficiosa da paternidade. Assim, assumindo o princípio da verdade biológica enorme importância no nosso ordenamento jurídico, a criança reserva-se no direito ao conhecimento das origens e à identidade genética. Ainda assim, veremos como a filiação não biológica acarreta inúmeras vantagens e como poderá corresponder ao superior interesse da criança beneficiar desta possibilidade.

Capítulo I – O conceito de família

1. Evolução do conceito e adaptação à realidade atual

Na sua essência, a família surgiu da necessidade de garantir a sobrevivência e reprodução da espécie humana. Assim, o primeiro conceito de família diz respeito a uma configuração biológica da família, essencial para o desenvolvimento humano, na medida em que permitia a transmissão de conhecimentos e a criação de vínculos afetivos¹. A família era, portanto, constituída por um grupo de indivíduos, ligados por laços de sangue, podendo abranger a família nuclear, isto é, aquela que é constituída pelo pai, pela mãe e pelos filhos, ou integrar mais membros da família.²

Contudo, é de se notar que a conceção de família não é um conceito estanque, estando sujeito à evolução da sociedade e da cultura.³ Deste modo, ao longo do tempo modificou-se profundamente “a estrutura, a dinâmica da família na sua organização interna, como por exemplo: diminuição do número médio de filhos, diminuição da fecundidade, aumento do número de pessoas sós, diminuição das famílias numerosas, aumento das famílias recompostas (...) e, mais recentemente o aparecimento das famílias homossexuais.”⁴

¹ “Na convivência com o pai e a mãe, a criança aprende como se deve comportar, o que lhe é permitido e proibido, bem como os papéis sociais que cabem aos diferentes elementos que constituem a família. (...) A família é, na nossa sociedade, a primeira e mais forte instituição com caráter de socialização, em que a aprendizagem se realiza através da própria experiência da vida familiar.” DIAS, Maria Olívia, Um olhar sobre a família na perspetiva sistémica - o processo de comunicação no sistema familiar, *in* Gestão e Desenvolvimento (19), 2011, p. 145. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/gestaoedesenvolvimento/article/view/140>

² “Como hoje entendida, a família nuclear, enquanto agregado, incluir pai, mãe e respectivos filhos que vivem na mesma habitação (lar). Historicamente e num passado não muito distante, (...) os agregados mais comuns incluíam normalmente os progenitores de um dos pais (ou avós), ou de ambos, (...) vivendo sob o mesmo teto, podendo abranger outros elementos, como por exemplo e com mais incidência, tios solteiros. Em algumas famílias, mantêm-se este tipo de agregado familiar mais alargado.” Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25 de maio de 2023, Processo n.º 1085/22.4T8VNF.G1, Relator Antero Veiga. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/45cad34c3851f826802589c6003bbba5?OpenDocument>

³ “Pelo facto de o conceito não ser unívoco para todas as épocas e culturas, tornando-se difícil encontrar valores absolutos, as dificuldades associadas às várias dimensões familiares, relacionadas com a estrutura, com a funcionalidade e com as relações de cada modelo, leva-nos a pensar numa certa relatividade do conceito de família.” DIAS, Maria Olívia, Um olhar... Ob. Cit., p.145

⁴ DIAS, Maria Olívia, Um olhar..., Ob. Cit., p. 142

Deste modo, em termos sociais, a família é uma construção cultural que se adapta aos valores e necessidades de cada sociedade. Ora, a Procriação Medicamente Assistida, doravante PMA, surge num contexto contemporâneo onde as estruturas familiares são cada vez mais variadas, consubstanciando-se, portanto, num desafio às conceções mais tradicionais de família, especialmente no que toca ao papel da biologia na constituição de família. Assim, a PMA permite que, por exemplo, casais de mulheres ou mulheres sós possam ter filhos biológicos, o que amplia, sem dúvida, o conceito de “família” para além da estrutura tradicional de pai, mãe e filhos biológicos.

É, portanto, difícil dar uma definição concreta do conceito de família, já que é um conceito em constante mutação. Contudo, à luz da realidade atual, poderá considerar-se como o conjunto de indivíduos com vínculos afetivos entre si, biológicos ou não, que desempenham funções essenciais para o bem-estar e socialização dos seus membros. Assim, pode considerar-se que existiu um alargamento do conceito de família face ao que, em tempos, se enquadrava neste mesmo conceito. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, doravante TEDH, já reconhece, inclusivamente, que o conceito de “vida familiar” consagrado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵, doravante Convenção, pode abranger casais unidos de facto, pais biológicos e adotivos, casais do mesmo sexo, etc. Por exemplo, no caso E.B. c. França, o TEDH sublinhou que a orientação sexual não pode ser uma barreira quanto ao direito de formar uma vida familiar.⁶ Não é, portanto, ao acaso que o n.º 3 do artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, estabelece que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”.

2. O direito à reprodução

Uma das aceções do conceito de família reconduz-se, naturalmente, à reprodução. O acesso às técnicas de PMA justifica-se, assim, desde logo, pelo direito à reprodução e à saúde reprodutiva⁷. A saúde reprodutiva é, no entanto, um conceito amplo, que não se restringe à prevenção de doenças ou ao tratamento de condições médicas, incluindo, de

⁵ Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, “Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

⁶ Pedido n.º 43546/02, de 22 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-84571%22%5D%7D>

⁷ 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, Almedina, 2014

igual modo, a possibilidade de os indivíduos exercerem os seus direitos reprodutivos e sexuais de forma plena e informada. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a saúde sexual pode definir-se como “um estado de bem-estar físico, mental e social em relação à sexualidade, que não é a ausência de doença, disfunção ou incapacidade. A saúde sexual requer uma abordagem positiva e respeitosa da sexualidade e das relações sexuais (...). Para que a saúde sexual seja alcançada e mantida, os direitos sexuais de todas as pessoas devem ser respeitados, protegidos e plenamente exercidos”. Assim, o direito à reprodução encontra-se intimamente ligado à ideia de autonomia reprodutiva, ou seja, o direito das pessoas de tomar decisões sobre quando e como ter filhos, com base na sua própria vontade e necessidades. Aqui se inclui, naturalmente, a liberdade de escolher métodos contraceptivos, o direito à informação e ao acesso a cuidados de saúde de qualidade, bem como a liberdade de recorrer a técnicas de PMA quando necessário.

Ora, é referido no capítulo VII do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento que “Os direitos reprodutivos abarcam certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos sobre direitos humanos internacionais e outros documentos relevantes de consenso das Nações Unidas. Estes direitos baseiam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos decidirem livre e responsabilmente sobre o número, espaçamento e quando devem ter os seus filhos e de terem acesso à informação sobre a forma como fazê-lo, bem como o direito de se beneficiarem de saúde sexual e reprodutiva do mais alto nível”.

Assim, como supramencionado, os direitos reprodutivos encontram-se consagrados em vários diplomas e preceitos normativos de direito internacional, sendo de destacar o artigo 12.º, n.º1⁸ e o artigo 15.º, n.º 1, alínea b)⁹ do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o artigo 23.º, alíneas 1 e 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.¹⁰ Posto isto, dúvidas não restam de que o direito à reprodução é um direito humano, na medida em que tal é referido inúmeras vezes no Direito Internacional. Resta, assim, saber se também é um direito fundamental.

⁸ “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.”

⁹ “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a todos o direito de beneficiar do progresso científico e das suas aplicações”

¹⁰ “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. O direito de se casar e de fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a partir da idade núbil.”

3. Direito a constituir família como direito fundamental

Os direitos fundamentais, contrariamente aos direitos humanos que resultam do Direito Internacional, têm origem na Constituição.¹¹ Cabe-nos, portanto, averiguar se o direito à reprodução é ou não reconhecido como um direito fundamental no nosso ordenamento jurídico. Ora, na CRP o direito à reprodução é inserido no direito à família, estabelecendo o artigo 67.º, n.º 2, al. d) que incumbe ao Estado para proteção da família “garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes”.

Apesar de, como vimos, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira o facto de este direito estar positivado na Constituição ser suficiente para ser considerado um direito fundamental, iremos verificar se se encontram preenchidos os requisitos para que se possa, efetivamente, considerar um direito fundamental¹². Gomes Canotilho destaca quatro funções essenciais de um direito fundamental - função de defesa ou liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.¹³

A função de defesa relaciona-se com a vertente positiva do direito, isto é, com a obrigação que o Estado tem de assegurar que certo direito é efetivado, devendo, para isso, defendê-lo, de forma a prevenir e controlar possíveis violações. Não obstante, também devemos ter em conta a vertente negativa, isto é, a proibição de ingerência por parte do Estado ou de terceiros. Assim, esta visão negativa coexiste com a referida visão positiva, na medida em que a pessoa, como detentora de um direito fundamental, possui a

¹¹ Os direitos humanos “distinguem-se dos direitos fundamentais porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico, enquanto os direitos humanos são os direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas independentemente da sua posituação jurídica nos ordenamentos político-estadauais”, CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.ª Edição, vol I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.240

¹² Nas palavras de José Gomes Correia, “Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos atribuídos a todos os cidadãos em comum (...) que têm como finalidade assinalar as condições mínimas sem as quais cada ser humano deve dispor de modo a conduzir sua vida de modo pleno e sadio.”, CORREIA, José Gomes, Que rumo para a justiça em Portugal?: o papel da Justiça na construção do Portugal Democrático e na defesa dos direitos fundamentais, *in* Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, Portimão, n. 8, 2016, pp.17-38. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/btca/btca.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/a44f6c94639a5dcc8025880d005979dd?OpenDocument>

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2018, pp. 407-410

possibilidade de exercer os seus direitos livremente e, simultaneamente, de exigir que o Estado se abstenha de interferir, de forma a evitar danos a esse direito.

Quanto à função de prestação social, esta consubstancia-se num dever de intervenção do Estado, na medida em que deve promover ações que assegurem o cumprimento do direito em questão. Exemplificando, de forma a facilitar a compressão – se o direito à educação é um direito fundamental, então o Estado deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance para que todos tenham acesso à escolaridade, o que inclui investir em estabelecimentos de ensino, profissionais de ensino, materiais escolares, entre outros.

Diz-nos Gomes Canotilho, a propósito da função de proteção perante terceiros que “da garantia constitucional de um direito, resulta o dever do Estado de adotar medidas positivas destinadas a proteger o seu exercício diante de atividades perturbadoras ou lesivas dos direitos praticados por terceiros”.¹⁴ Ora, significa isto que o Estado tem a obrigação de assegurar que o direito fundamental é protegido, nomeadamente da interferência de terceiros, sendo necessário, para tal, prever consequências para o caso de tal não acontecer.

Por fim, quanto à função de não discriminação, esta encontra-se intimamente ligada ao facto de um direito fundamental ser um direito transversal a todos, ou seja, relaciona-se com o princípio da igualdade. Deste modo, o Estado tem a obrigação de tratar todos como iguais, independentemente da raça, religião, género, orientação sexual, entre outros.

Feito o enquadramento do que é considerado um direito fundamental e das suas funções, resta refletir se o direito a constituir família deve ou não ser encarado como um direito fundamental. Efetivamente, pode considerar-se que o desejo de ter um filho biológico é algo digno de proteção, face à importância que representa na vida de alguém¹⁵. A este propósito, a autora Vera Lúcio Raposo¹⁶ faz uma distinção importante, ao referir que, quando um casal recorre a PMA homóloga, está a exercer o direito de reproduzir e, quando recorre a PMA heteróloga, estando em causa o material genético de um terceiro, está a exercer o direito a constituir família. Este último encontra-se previsto na CRP, prevendo o artigo 36.º, n.º 1 que “Todos têm o direito de constituir família e de contrair

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e...*, Ob. Cit., p. 409

¹⁵ O preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança refere que “(...) a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, (...) deve receber a proteção e assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade;”

¹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, Ob. Cit., p.163

casamento em condições de plena igualdade.”. A família é, assim, um “(...) elemento fundamental da sociedade”, nos termos do artigo 67.º, n.º 1 da CRP, tendo direito à proteção da sociedade e do Estado. Deste modo, prevê a alínea e) do n.º 2 do mesmo preceito legal que incumbe ao Estado, para proteção da família, “Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Pode, então, chegar-se à conclusão de que o direito a constituir família é mais amplo do que o direito à reprodução, na medida em que não existe dependência de material genético próprio para se conseguir ter um filho.

Quanto às quatro principais funções de um direito fundamental, consideramos encontrarem-se verificadas quanto ao direito a constituir família. No que ao direito de defesa diz respeito, cabe ao Estado garantir que qualquer cidadão possa exercer livremente o direito a ter uma família¹⁷, não devendo este ter qualquer interferência que, de alguma forma, limite ou cause danos a este direito. Relativamente à função de prestação social, o Estado deve assegurar que este direito fundamental possa, efetivamente, ser cumprido, isto é, se a CRP determina que todas as pessoas têm o direito a constituir família, tal significa que o Estado tem obrigação de garantir que haja meios para tal acontecer. Assim sendo, é obrigação do Estado assegurar que qualquer pessoa tenha a possibilidade de, pelo menos tentar, ter um filho. Ora, esta linha de pensamento leva-nos diretamente para a última função, a de não discriminação, na medida em que, ao abrigo do princípio da igualdade, ninguém pode ser excluído da proteção do Estado relativamente a um direito fundamental.

4. Obrigação do Estado de garantir o acesso a técnicas de PMA

Tendo concluído que garantir o acesso às técnicas de PMA é garantir que está a ser respeitado um direito fundamental, cumpre refletir se o Estado tem obrigação de financiar o acesso a estas técnicas. Efetivamente, para Jorge Reis Novais, “um direito fundamental significa que em um Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucional reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição por ele tutelada à qualidade de limite

¹⁷ “(...) o direito a constituir família (...) implica necessariamente a possibilidade de assunção plena de todos os direitos e deveres decorrentes de uma ligação familiar suscetível de ser juridicamente reconhecida.” Decisão Sumária n.º 624/2024, Processo n.º 995/2023, Relator Conselheiro Afonso Patrão

jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos.”¹⁸ No mesmo sentido, refere Vera Lúcia Raposo, para que o ser humano possa “conduzir a sua vida de modo pleno e sadio”, deve-se considerar como direito fundamental qualquer direito que, face à enorme importância que tem para a vida das pessoas, seja digno de proteção.¹⁹

Ora, tendo em consideração a perspetiva dos autores, tal significa que, sendo o direito a constituir família um direito fundamental e sendo que há quem necessite de recorrer às técnicas de PMA para conseguir concretizar este direito, tal significa que cabe ao Estado assegurar que todos tenham acesso às mesmas. Neste sentido, refere o n.º 1 da Base da Lei de Bases da Saúde²⁰ que todas as pessoas têm direito “à proteção da saúde com respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação, confidencialidade e privacidade”. Não obstante, há que refletir um pouco melhor sobre esta questão. Não pode deixar de se notar que as técnicas de PMA representam algo bastante dispendioso para o Estado português. Atualmente, de acordo com o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, doravante CNPMA, a referenciação para a Consulta de Apoio à Fertilidade é efetuada pelo médico de família, sendo acessível a qualquer mulher, mesmo que sem parceiro(a). Existe, no entanto, um limite de idade (para as mulheres), sendo de 42 anos menos 1 dia para o recurso a técnicas de PMA 1.ª linha (indução de ovulação e inseminação intrauterina) e, nas técnicas de PMA de 2.ª linha (FIV e Injeção Intracitoplasmática de espermatozóide) o limite é de 40 anos menos 1 dia. Existe, ainda, outra limitação. Nos centros públicos, cada casal (ou mulher sem parceiro/a) tem direito a efetuar 3 inseminações artificiais e 3 ciclos de fertilização *in vitro* (FIV)/microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) com transferência de embriões desde que não seja ultrapassado o limite de idade da beneficiária.²¹ Sendo a idade um fator determinante para o sucesso ou insucesso do recurso a técnicas de PMA, a realidade é que, a partir dos 35 anos²², a probabilidade de a mulher conseguir engravidar reduz abruptamente e, infelizmente, os tempos de espera para conseguir uma consulta e, posteriormente, dar início aos tratamentos no Serviço Nacional de Saúde, doravante SNS

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, p. 251

¹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, Ob. Cit., p. 63

²⁰ Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro

²¹ Informação disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/faqs.aspx>

²² Informação disponível em <https://www.fertility.com/pt-pt/compreender-fertilidade/visao-geral/mulher-fertilidade-idade.html>

podem chegar a 1 ano²³, o que não coaduna com a alínea b) do n.º 1 da Base 2 da Lei de Bases da Saúde que estipula que “Todas as pessoas têm direito a aceder aos cuidados de saúde adequados à sua situação, com prontidão e no tempo considerado clinicamente aceitável (...)” (sublinhado nosso).

A realidade é que, quando falamos em afetação de recursos do Estado, está sempre em causa o princípio da proporcionalidade, na medida em que, o Estado ao investir num certo setor, está em fazê-lo em detrimento de outro, o que se consubstancia numa limitação de direitos fundamentais. De acordo com o STJ²⁴, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios, sendo eles - o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito. Assim, “trata-se (...) de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação “calibrada” - de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e medidas possíveis”.

Ora, quanto ao princípio da adequação, tal significa que o Estado deve garantir que as políticas públicas e as medidas implementadas para assegurar o acesso à PMA sejam eficazes para atingir o objetivo de permitir a reprodução assistida a indivíduos que necessitem de a ela recorrer. Assim, o recurso às técnicas de PMA deve ser uma medida idónea de proporcionar às pessoas com dificuldade em ter filhos uma alternativa viável.

Quanto ao princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade, o Estado deve assegurar que não existem medidas menos invasivas ou menos onerosas para alcançar o mesmo objetivo. Dito de outra forma, o Estado apenas deve intervir quando não houver alternativas para as pessoas que pretendem recorrer a esses métodos. No entanto, caso o Estado apenas disponibilize o acesso às técnicas de PMA a um pequeno número de pessoas ou imponha restrições excessivas, tal pode ser questionado do ponto de vista da necessidade, já que estaríamos perante um tratamento desproporcional em relação ao objetivo de garantir o acesso às técnicas de PMA a quem delas precise. Significa, então, que o Estado pode estabelecer critérios para o acesso às técnicas de PMA (como limites de idade, por exemplo), devendo garantir que estes critérios não sejam excessivos ou discriminatórios.

²³ De acordo com dados do Ministério da Saúde referentes a 2019, o tempo de espera pode ir dos 30 aos 339 dias.

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de março de 2019, Processo n.º 79/18.9YFLSB, Relator Ferreira Pinto

Por fim, quanto ao princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, é necessário avaliar se os custos (financeiros, sociais, éticos e até mesmo emocionais) envolvidos na garantia do acesso à PMA são proporcionais aos benefícios que a medida traz para as pessoas que dela necessitam. O Estado, ao proporcionar o acesso à PMA, deve ponderar se os recursos públicos são usados de maneira justa e se o acesso não é indevidamente negado a certos grupos. Além disso, deve ainda garantir que as intervenções do Estado não prejudiquem desproporcionalmente certos indivíduos ou grupos sociais.

Ora, feita a análise dos requisitos do princípio da proporcionalidade e dos limites para o acesso às técnicas de PMA através do SNS, podemos tirar as conclusões que se referirão de seguida. Em primeiro lugar, cumpre mencionar que a restrição imposta aos limites de idade para o acesso a técnicas de PMA de 1.^a e 2.^a linha e o limite de tentativas se justificam. O limite de idade justifica-se na medida em que, como vimos, a partir dos 35 anos a fertilidade da mulher decresce abruptamente, tornando-se cada vez mais difícil engravidar e o limite de tentativas idem, uma vez que, sendo os recursos limitados e apesar de ser um infortúnio que alguns casais não sejam bem-sucedidos na sua pretensão de ter um filho, a triste realidade é que o Estado tem de dar a oportunidade a outros. Assim, é legítimo que o Estado imponha esta restrição, uma vez que, caso contrário, estaria a investir os seus recursos em algo que, probabilisticamente, não teria sucesso. Em segundo lugar, é de referir a Portaria n.º 300/2024/1, de 25 de novembro, que veio alterar a comparticipação de medicamentos destinados ao tratamento de infertilidade, em especial quanto à PMA, passando, nos termos do artigo 1.º do referido diploma, a ser comparticipados pelo escalão A. Ora, esta Portaria é uma forma de garantir que o princípio da proporcionalidade é cumprido, na medida em que se o Estado financiar o acesso às técnicas de PMA, mas depois não comparticipar os medicamentos necessários, tal poderá revelar-se inútil. Assim, as políticas públicas como um todo devem ser coerentes, de forma a garantir o acesso às técnicas de PMA. Por fim, e contrariando a tendência até aqui verificada, o facto de o tempo de espera para uma consulta no SNS poder chegar quase a 1 ano pode sacrificar o acesso de várias mulheres à PMA, uma vez que, como vimos, a idade é um fator-chave para o sucesso da PMA e o relógio não pára.

5. (In)compatibilidade do direito a constituir família com o superior interesse da criança

Como constatámos, é obrigação do Estado garantir o acesso a qualquer pessoa às técnicas de PMA.

Além disso, não obstante o direito a constituir família ser, como vimos, um direito fundamental, tal não significa que deva ser um direito ilimitado.²⁵ Assim, este direito pode, e deve, ser restringido quando colida com outro direito fundamental, sobretudo quando esteja em causa o superior interesse da criança, protegido pelo artigo 69.º da CRP.²⁶ A regulamentação do direito à reprodução tem de envolver, assim, um equilíbrio entre a liberdade individual e a necessidade de proteger os direitos de todas as partes envolvidas, incluindo dos futuros filhos. Compreende-se que se queira proporcionar a possibilidade de ter filhos a todas as mulheres, no entanto há que ter em consideração que tal pode implicar que uma criança tenha apenas uma mãe, ou tenha um pai ou uma mãe que não sejam os seus biológicos, caso tenha havido recurso a técnicas heterólogas ou a gestação de substituição. Deste modo, as técnicas de PMA acabam por ter como objetivo central oferecer possibilidades de conceção aos beneficiários que a elas recorrem, e não propriamente o superior interesse da criança que irá nascer.

Como veremos adiante as técnicas de PMA foram, nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, alargadas aos “casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.”. Refere ainda o n.º 3 do artigo 4.º que as técnicas de PMA podem “ser utilizadas por todas as mulheres independentemente de diagnóstico de infertilidade.”. Tendo em consideração a importância do conhecimento das origens e da historicidade pessoal, bem como o direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º da CRP, é difícil de conceber que a parentalidade possa ser definida apenas em relação a um progenitor. Neste sentido, refere o CNECV que “o interesse da criança que vai nascer deve ser valorizado acima de todos os outros interesses envolvidos, em consonância, aliás, com todo ordenamento legal português que subordina quaisquer interesses ao «princípio do interesse superior da criança».”.²⁷

²⁵ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, TOMO IV - Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra, 2012, pp.134-135

²⁶ Estabelece o artigo 69.º, n.º 1 da CRP que “As crianças têm direito À proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.”

²⁷ Parecer 87/CNECV/2016, março de 2016, disponível em https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-n-o-87-cneqv-2016-sobre-os-projetos-de-lei-n-os-6-xiii-1?download_document=3206&token=3128033395b891d98e28a5dffaf03ea4

Capítulo I – O conceito de família

Como teremos oportunidade de explorar, as técnicas de PMA vieram revolucionar o estabelecimento da filiação em Portugal, havendo um claro afastamento do tradicional princípio da verdade biológica e uma primazia do interesse dos beneficiários que recorrem à PMA. Deste modo, a realidade é que, em certos casos, o direito a constituir família acaba por não ser compatível com o superior interesse da criança e, tratando-se de dois direitos fundamentais, é necessária uma avaliação casuística de forma a averiguar qual deve prevalecer.

Capítulo II – A Procriação Medicamente Assistida

1. Breve descrição da PMA

Dada a importância de constituir família e sendo este direito reconhecido como fundamental, surgiu a necessidade de investigar cada vez mais as técnicas de auxílio à procriação, na medida em que existem inúmeros casais que não conseguem procriar por motivos de infertilidade ou, simplesmente, pessoas que sem o recurso a estas técnicas, não poderiam concretizar este direito.

Assim, o nascimento de Louise Brown, em 1978, com recurso a técnicas de PMA, traduziu-se numa esperança para os casais inférteis. Efetivamente, nos dias de hoje, a infertilidade, quer masculina, quer feminina já não é algo irremediável, graças à evolução das técnicas de ajuda à procriação.

O primeiro grande marco da PMA em Portugal, deu-se com o nascimento de Carlos Saleiro, a 25 de fevereiro de 1986, na unidade de Fertilização *in vitro* do hospital de Santa Maria, com a coordenação do médico António Pereira Coelho.

Desde então que o recurso a estas técnicas tem aumentado abruptamente. Segundo o CNPMA “a utilização clínica destas metodologias sofreu uma grande expansão em todo o mundo, estimando-se que tenham nascido mais de 3 milhões de crianças como resultado do seu uso. Há mesmo países europeus em que 5% ou mais das crianças nascidas resultam de PMA”.²⁸ De acordo com o Relatório do CNPMA de 2023²⁹, nasceram, em 2021, 3425 crianças em Portugal fruto de técnicas de PMA, o que representa 4,1% dos nascimentos nesse ano.

De acordo com a Associação Portuguesa de Fertilidade, doravante APF, 15-20% dos casais em idade reprodutiva sofre de infertilidade³⁰. Considera-se que um casal é infértil quando, após um ano consecutivo de vida sexual ativa sem o uso de contraceptivos, não consegue alcançar uma gravidez ou, de igual modo, quando o casal tenha sofrido três abortos consecutivos.

²⁸ Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos>

²⁹ Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/PlanosERelatoriosAnuaisDeAtividade/RELAT%c3%93RIO%20DE%20ATIVIDADES%20CNPMA%202023.pdf>

³⁰ Disponível em: <https://apfertilidade.org/infertilidade/>

Por PMA pode entender-se o conjunto de técnicas de índole laboratorial capazes de auxiliar casais inférteis ou indivíduos a gerarem uma vida³¹.

2. Técnicas existentes

São várias as técnicas de PMA existentes. O artigo 2.º da Lei n.º 32/2006, doravante Lei da PMA, reconhece como técnicas de PMA as seguintes: inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozóides, transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, diagnóstico genético pré-implantação e qualquer outra técnica laboratorial de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Iremos descrever cada uma delas de forma sumária, sem grandes pormenores e rigor técnico, uma vez que o foco não incide nos detalhes médicos de cada técnica. Provavelmente a mais familiar para quem desconhece o assunto, é a inseminação artificial. Esta técnica consiste em “inseminar uma mulher com o esperma do seu cônjuge ou de outrem, com o objetivo de otimizar as hipóteses de fecundação encurtando o trajeto que devem efetuar os espermatozóides para se juntar ao ovócito na trompa, onde a fecundação se efetua de forma natural.”³²

A fertilização *in vitro* consiste num tratamento dividido em várias fases³³. Numa primeira fase, existe uma estimulação hormonal realizada pela mulher, através de injeções na zona abdominal. Através desta estimulação, é possível controlar o crescimento e amadurecimento dos folículos, o que se revela positivo, já que, apenas num único ciclo, é possível obter mais do que um óvulo suscetível de ser fecundado. Nesta mesma fase, pode existir também uma filtragem laboratorial da amostra de sémen, do parceiro ou de um dador, de forma a obter os espermatozoides mais viáveis. Posteriormente, através de uma punção, são retirados os óvulos e apenas os que se encontrarem maduros irão para laboratório para serem fecundados também pelos espermatozóides de melhor qualidade, já previamente filtrados. Deste processo, consoante o número de óvulos obtidos na

³¹ No entendimento dos autores João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, pode definir-se a PMA como o “Agrupamento do conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual”, MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, Direito da Família, 1997, p. 235

³² DEPADT-SEBAG, Valérie, Direito e Bioética, Piaget, 2014, p.237

³³ Disponível em: <https://ivi.pt/tratamentos-procriacao-assistida/fertilizacao-in-vitro/>

estimulação, podem resultar, ou não, um ou mais embriões. Conseguindo um ou mais embriões, é monitorizada a espessura do endométrio para fazer a transferência do(s) embrião(ões) no momento certo.

A injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI) inclui-se na FIV e consiste em extrair um espermatozóide a partir de uma amostra de sémen, de forma a escolher o de melhor qualidade. Posteriormente, este espermatozóide é introduzido num óvulo maduro, iniciando-se a fertilização.

Das técnicas anteriormente descritas - FIV e ICSI - podem resultar, como vimos, mais do que embrião. Os embriões excedentes, que não tiverem sido transferidos, podem ser criopreservados durante o prazo máximo de três anos, de acordo com o artigo 25.º da Lei da PMA. A transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, consiste, então, na transferência para as trompas de falópio da mulher.

Existem, ainda, outros métodos que podem auxiliar ao sucesso da PMA, nomeadamente a famosa congelação de óvulos, denominada “vitrificação”. A vitrificação é uma técnica de preservação da fertilidade que permite adiar a capacidade reprodutiva de uma mulher. Assim, o artigo 16.º-A, n.º 1 da Lei da PMA permite que os ovócitos sejam criopreservados por um prazo máximo de cinco anos, havendo possibilidade de prorrogação por igual período nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal. Como veremos de seguida, o destino a dar aos embriões excedentários é um assunto bastante complexo e que levanta várias questões éticas, pelo que a criopreservação de ovócitos pode representar parte da solução para uma diminuição do número de embriões congelados.³⁴

Existe também o diagnóstico genético pré-implantatório, previsto no artigo 28.º da Lei da PMA, que consiste numa técnica utilizada para testar as células do embrião, antes da sua transferência para o corpo da mulher, com o objetivo de despistar uma série de doenças genéticas.

³⁴ “A legislação desta técnica permitirá certamente reduzir o número de embriões congelados e permitirá a preservação da fertilidade de mulheres (...)”. DEPADT-SEBAG, Valérie, *Direito e...*, Ob. Cit., p. 240

3. PMA homóloga e PMA heteróloga

Cumpra ainda entender à diferenciação entre a PMA homóloga e a PMA heteróloga. Na PMA homóloga, os gametas utilizados pertencem aos próprios membros do casal beneficiário das técnicas, enquanto que na PMA heteróloga existe o recurso a material genético de um terceiro – o dador³⁵. Esta distinção revela-se de extrema importância, na medida em que, como veremos, levanta várias questões quanto ao estabelecimento da filiação, já que, para todos os efeitos, a criança que vier a nascer é detentora do material genético de outra pessoa, que não será, legalmente, o seu pai ou a sua mãe.

Por este motivo, há vários autores³⁶ que não concordam com a possibilidade de recorrer à PMA heteróloga. A este propósito, é pertinente referir que, na Áustria³⁷, era proibida a doação de esperma para FIV e a doação de óvulos em geral. Ou seja, a FIV era permitida, mas apenas quando o material genético fosse proveniente do próprio casal, isto é, quando estivessem em causa técnicas de PMA homóloga. Naturalmente, eram vários os casais insatisfeitos com esta legislação, já que, sem recorrerem a um terceiro, não conseguiriam ter um filho, motivo pelo qual o TEDH, se viu obrigado a apreciar a sua conformidade com os artigos 8.º e 14.º da Convenção. O TEDH acabou por considerar que esta proibição violava o artigo 8.º da Convenção³⁸, na medida em que era restritiva do direito à vida familiar. Considerou também existir uma violação do artigo 14.º,³⁹ na medida em que existia uma discriminação dos casais que não conseguiam ter filhos sem o recurso a material genético de terceiros relativamente aos que não necessitavam dessa “ajuda”. Foram vários os argumentos utilizados pelos tribunais austríacos, sendo de destacar o argumento de que a utilização de material genético de terceiros criaria várias

³⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, Estudos de Direito da Família e das Crianças, 2022, p.50 e ss.

³⁶ Jorge Duarte Pinheiro, por exemplo, é defensor do biologismo, entendendo não ser admissível a PMA heteróloga por ser incompatível com a dignidade da pessoa humana. PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 2023, p. 179

³⁷ Caso Schalk e Kopf v. Áustria, de 24 de junho de 2010, processo n.º 30141/04. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-99605%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-99605%22]})

³⁸ Prevê este preceito legal que “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

³⁹ Este preceito legal tem como epígrafe “Proibição de discriminação” e estipula que “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

situações de “famílias atípicas”. Contudo, no nosso entendimento, este argumento é facilmente refutável pelo alargamento do conceito de família à luz da realidade atual.⁴⁰

4. Destino a dar aos embriões excedentários

Como vimos, em muitas das técnicas de PMA descritas, existe a possibilidade de “sobrarem” embriões. Na realidade, do ponto de vista do casal, tal pode consubstanciar-se em algo positivo, na medida em que, caso queiram ter mais do que um filho, não necessitam de realizar nenhum tratamento de fertilidade adicional, bastando realizar a transferência de um embrião, previamente conseguido e criopreservado. Neste sentido, como supramencionado, o artigo 25.º da Lei da PMA permite que os embriões fiquem criopreservados durante o prazo máximo de três anos, prorrogável pelo mesmo período a pedido dos beneficiários, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal.

Não obstante, o casal/a mulher não têm necessariamente de querer mais filhos e, neste caso, coloca-se a questão de saber qual o destino a dar aos embriões excedentários. O n.º 3 do mencionado preceito legal prevê que decorrido este período, estes embriões podem ser doados a outras pessoas beneficiárias, havendo indicação médica nesse sentido ou doados para investigação científica.

Doar embriões para investigação científica é um ponto que pode ser bastante sensível, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre o respeito pela vida e o interesse na utilização de embriões para a compreensão de certas doenças⁴¹.

Quanto à questão relativa ao momento em que se inicia a vida⁴², há quem defenda que um embrião já é um ser com vida⁴³, e, para estes, não fará qualquer sentido equacionar

⁴⁰ No caso *Schalk e Kopf vs. Áustria*, é referido que “O Tribunal observa (...) uma rápida evolução das atitudes sociais em relação aos casais do mesmo sexo ocorreu em muitos Estados-membros. Desde então, um número considerável de Estados-membros concedeu reconhecimento legal aos casais do mesmo sexo. Certas disposições da lei da União Europeia também refletem uma tendência crescente de incluir casais do mesmo sexo na noção de família. Tendo em conta esta evolução, o Tribunal considera artificial manter a opinião de que, ao contrário de um casal de pessoas de sexos diferentes, um casal do mesmo sexo não pode desfrutar de “vida familiar”.

⁴¹ “(...) as investigações em células embrionárias são indispensáveis para compreender e prevenir os fenómenos de rejeição, inerentes ao desenvolvimento das terapias celulares. Efetivamente, desvendou-se que as células embrionárias (...) são os melhores modelos de apreensão do processo de diferenciação celular e podem servir de base à elaboração das linhagens celulares diferenciadas.”. DEPADT-SEBAG, Valérie, *Direito e...*, Ob. Cit., p.237

⁴² DEPADT-SEBAG, Valérie, *Direito e...*, Ob. Cit., p.140

⁴³ “Éticamente, um embrião é uma pessoa. Desde o momento da concepção traz consigo, totalmente demarcados em seus genes e cromossomas, as caracterizações de individualidade que o tornam um ser

a doação de embriões. Diferentemente, para aqueles que consideram que a vida apenas se inicia com o nascimento completo e com vida⁴⁴, o embrião será apenas um conjunto de células, sem personalidade jurídica e, portanto, suscetível de ser doado para investigação.

Relativamente ao estipulado no Código Civil, doravante CC, o embrião não tem personalidade jurídica, independentemente de ser concebido no útero ou *in vitro*, nos termos do artigo 66.º, n.º 1. Não obstante, e como nos explica Oliveira Ascensão⁴⁵, a própria lei é contraditória quanto a este aspeto. Ora, por um lado, o artigo 66.º, n.º 1 refere que a personalidade jurídica apenas se adquire com o nascimento completo e com vida e, por outro, o artigo 2033.º, n.º 1 admite que sejam atribuídos direitos sucessórios a pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura sucessão. Ora, a partir do momento em que adquirem direitos da herança, têm de ter, necessariamente personalidade jurídica.

Como vimos, o CC parece ter uma resposta direta à questão de saber se um embrião é detentor, ou não, de personalidade jurídica, no seu artigo 66.º, n.º 1, contudo, em termos práticos contradiz-se, nomeadamente em matéria sucessória. No entanto, a Lei da PMA acaba por ir de encontro ao estipulado no artigo 66.º, n.º 1, ao permitir que sejam doados embriões para investigação científica.

Assim, para que possa existir doação, é necessária a aprovação do CNPMA, e é ainda exigível que dessa investigação possa resultar benefício para a humanidade. É ainda relevante mencionar que, nos termos do artigo 9.º, n.º 4, al. a) da Lei da PMA, a doação de embriões para investigação científica é um destino subsidiário, ou seja, só podem ser utilizados embriões em relação aos quais não existe nenhum projeto de parentalidade associado; embriões cujo estado não permita a transferência ou criopreservação; embriões que sejam portadores de anomalia genética grave e embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide. Naturalmente, nos casos de embriões em relação aos quais não exista nenhum projeto parental, isto é, nos casos em que o casal conseguiu mais do que embrião mas não pretende ter mais filhos, e nos casos de embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, o n.º 5 do artigo 9.º da Lei da PMA exige ainda o prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários. Ora, esta redação do legislador é de louvar, uma vez que, o facto de um casal não querer ter mais

humano único e irrepitível.”, ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil Teoria Geral, Volume I, Introdução As pessoas Os bens, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2000, p. 54

⁴⁴ Em conformidade com o estipulado no artigo 66.º, n.º 1 do Código Civil: “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.”

⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil..., Ob. Cit., p. 51

filhos num determinado momento não quer dizer que, dali a um ano, não possam vir a arrepende-se dessa decisão. De igual modo, o facto de um embrião ter uma anomalia genética grave também não significa que os pais não queiram prosseguir com a transferência desse embrião. Assim sendo, justifica-se que, para estes dois casos, exista o requisito adicional do consentimento, já que, para todos os efeitos, o embrião em questão seria uma possível gravidez viável.

A este propósito, importa refletir sobre a questão do consentimento informado. Os quatro princípios éticos inerentes ao consentimento informado, elencados por Beauchamp e Childress⁴⁶ são a beneficência⁴⁷, não maleficência⁴⁸, autonomia⁴⁹ e justiça,⁵⁰ e devem sempre orientar o processo entre médico e paciente. Não obstante, existe uma diferença significativa entre os requisitos legalmente previstos para o consentimento informado e o que seria ideal e eticamente responsável⁵¹. Na maior parte dos casos, o consentimento é entregue antes da realização da primeira técnica. Assim, os pacientes assinam, num momento inicial, um consentimento que abrange todos os tratamentos e procedimentos potencialmente necessários, incluindo o eventual destino a dar aos embriões excedentários⁵². Ora, fará algum sentido colocar o paciente na posição de decidir esse futuro numa fase tão preliminar do tratamento? Se pensarmos no próprio propósito das técnicas de PMA – o enorme desejo de um casal heterossexual, ou de um casal de mulheres ou de uma única mulher, de ter uma criança saudável, que por outra via, não conseguem – é totalmente irreal acreditar que essas pessoas estarão numa posição de decidir, eventualmente, o destino a dar a embriões excedentários, uma vez que, na realidade, tudo o que querem é ter um embrião.

⁴⁶ BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*. Eighth ed. Oxford: Oxford University Press, 2019

⁴⁷ Este princípio relaciona-se com a necessidade de garantir benefícios tanto para os participantes como para a sociedade em geral.

⁴⁸ Relaciona-se com a obrigação de informar os pacientes sobre os potenciais riscos associados ao tratamento/procedimento a que vão ser sujeitos, para que, a partir daí, possam tomar uma decisão.

⁴⁹ Os pacientes devem ter autonomia e liberdade de decisão, na medida em que, após conhecerem todo o procedimento médico, incluindo os potenciais benefícios e riscos, possam tomar uma decisão consciente sobre se querem ou não proceder à realização do procedimento.

⁵⁰ Relaciona-se com a questão de os participantes em determinado procedimento deverem ser selecionados de forma justa e imparcial.

⁵¹ COCANOUR, C. S., *Informed consent—It's more than a signature on a piece of paper*. *The American Journal of Surgery*, 214(6), 2017, pp. 993–997. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.amjsurg.2017.09.015>

⁵² NACHTIGALL, R. D.; DOUGALL, K. M.; LEE, M., HARRINGTON, J.; BECKER, G., *What do patients want? Expectations and perceptions of IVF clinic information and support regarding frozen embryo disposition*. *Fertility and Sterility*, 94(6), 2010, pp. 2069–2072. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2010.02.023>

Independentemente da fase do procedimento em que o consentimento ocorra apesar de, como vimos, dever ser num momento posterior, é necessário decidir o futuro dos embriões excedentários. Num estudo realizado em Portugal entre 2011 e 2012, foram questionados 213 casais heterossexuais que se encontravam a realizar tratamentos de fertilidade, acerca da sua posição em relação a doar embriões para investigação científica. A maioria (87,3%) revelou não ter qualquer problema, tendo quase todos chegado a um consenso (94,3%) sobre a decisão⁵³.

Relativamente à eliminação de embriões, tal é possível quando não tenha sido consentida a sua doação. Esta ocorre por determinação do diretor do centro, previamente comunicada ao CNPMA, quando tenha decorrido o prazo da criopreservação dos embriões. É até possível que possa ter sido consentida a doação de embriões, mas estes não terem sido utilizados por outros beneficiários ou em projeto de investigação aprovado ao abrigo do artigo 9.º sendo, então, descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro. Esta alternativa acaba por ser a menos dispendiosa, uma vez que os casais não têm de continuar a pagar os custos de armazenamento.

5. Jurisprudência Europeia quanto ao destino a dar aos embriões excedentários

A questão dos embriões excedentários acarreta vários aspetos sensíveis. Por este motivo, existe um vasto leque de jurisprudência europeia sobre este assunto. A propósito da questão de o consentimento ser dado numa fase muito preliminar do processo, importa o caso *Evans c. Reino Unido*⁵⁴. Neste processo, a requerente e o seu marido desejavam ter um filho e, para o efeito, iniciaram um tratamento de fertilidade. Contudo, foi descoberto que a requerente tinha um tumor nos ovários, motivo pelo qual os médicos a aconselharam a extrair alguns óvulos para serem fertilizados, antes de retirar ambos os ovários. Ora, desta fertilização resultaram 6 embriões que foram criopreservados, uma

⁵³ SAMORINHA, C.; SEVERO, M.; ALVES, E.; MACHADO, H.; FIGUEIREDO, B.; SILVA, S., Factors associated with willingness to donate embryos for research among couples undergoing IVF. *Reproductive BioMedicine Online*, 32(2), 2016, pp. 247–256. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2015.11.018>

⁵⁴ Pedido n.º 6339/05, de 7 de março de 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22%3A%22001-72684%22%7D>

vez que, após a retirada dos ovários, a requerente tinha de esperar 2 anos até poder transferir embriões para o útero. Importa referir que até ao momento da implantação no útero, qualquer um dos membros do casal poderia retirar o seu consentimento quanto à utilização dos embriões. O casal acabou por separar-se e o marido da requerente informou a clínica de que pretendia que os embriões congelados fossem destruídos. A requerente, tomando conhecimento da revogação do consentimento do seu ex-companheiro, instaurou um processo judicial, tendo o Tribunal decidido que os embriões não deveriam continuar criopreservados. Face a esta decisão, a requerente entendeu estarem a ser violados o direito à vida dos embriões e o direito à vida privada. Entendeu ainda estar a ser alvo de discriminação, já que aqueles embriões eram a sua única hipótese de ter filhos biológicos e, sendo-lhe retirada esta possibilidade, estaria a ser discriminada com base na sua incapacidade. Relativamente à questão da alegada violação do direito à vida do embrião, o TEDH entendeu que, não existindo consenso a nível europeu quanto ao início da vida humana, cabe a cada Estado-Membro decidir sobre esta questão. Ora, sendo que, na lei inglesa, o embrião não é titular de direitos, não pode ver reclamado em seu nome o direito à vida, nos termos do artigo 2.º da Convenção⁵⁵.

Quanto ao direito da requerente ao respeito da vida privada, plasmado no artigo 8.º da Convenção⁵⁶, há que começar por referir que o conceito de vida privada é bastante abrangente, englobando, nomeadamente, o direito à autonomia individual e a decisão de se tornar, ou não, progenitor. Deste modo, o Tribunal considerou que se procedesse a pretensão da requerente, estaria a violar o direito à intimidade na esfera da vida privada, já que não se pode obrigar ninguém a tornar-se pai. Assim sendo, o TEDH considerou que se procedeu corretamente a uma justa ponderação de interesses. Não obstante, nos votos de vencido, alguns juízes discordaram desta decisão, já que a requerente não se encontrava possibilitada de ter mais filhos biológicos e, o seu ex-companheiro sim, havendo, portanto, uma posição desigual. Ora, não estando em posições semelhantes, ao abrigo do princípio da igualdade, deveria ter-se dado prevalência ao interesse da requerente, pois, deste modo, tanto a requerente como o seu ex-companheiro ficariam colocados na mesma posição – a possibilidade de ter filhos biológicos.

⁵⁵ O artigo 2.º, n.º 1 da Convenção prevê que “O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, (...)”

⁵⁶ O n.º 1 deste preceito legal prevê que “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

A propósito da doação de embriões para investigação científica releva o caso *Parrillo c. Itália*⁵⁷. Neste caso, explorou-se a questão de saber se a proibição de doar embriões obtidos por recurso a FIV para investigação científica violava ou não o direito de propriedade previsto no Protocolo Adicional, artigo 1.º, anexo à Convenção⁵⁸ e o direito à vida privada previsto no artigo 8.º da Convenção ou se, por outro lado, consistia numa interferência legítima do Estado, tendo em consideração o eventual estatuto jurídico do embrião.

Após o falecimento do companheiro da requerente, esta quis doar os 5 embriões que se encontravam criopreservados para investigação científica, no entanto a lei italiana não o permitiu, com o argumento de que os embriões são detentores de direitos. O TEDH entendeu que, tendo os embriões gâmetas da recorrente, estes fazem parte da sua identidade. Não obstante, havendo falta de consenso europeu quanto a esta questão, o TEDH entendeu que o Estado italiano decidiu no âmbito da sua margem de atuação. Ora, a decisão do Tribunal é criticável, uma vez que, já não se encontrando o companheiro da requerente vivo, devia recair sobre esta a decisão do destino a dar aos embriões excedentários, ao abrigo do artigo 8.º da CEDH. A única coisa que o TEDH poderia ter invocado e não o fez, seria apenas o facto de o companheiro da requerente não ter deixado o seu consentimento expresso quanto à doação dos embriões para investigação científica. Contudo, não havendo este consentimento, deveria caber à recorrente a decisão do destino a dar aos embriões, respeitando o preceituado no n.º 2 do artigo 8.º da Convenção⁵⁹.

Outro caso relevante nesta matéria, é o *Costa e Pavan c. Itália*.⁶⁰ No caso em questão, os dois membros do casal eram portadores de mutações do gene da fibrose quística⁶¹. O casal podia ter filhos de forma natural, no entanto, por saberem que eram

⁵⁷ Pedido n.º 46479/11, de 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-157263%22%5D%7D>

⁵⁸ Este preceito legal diz respeito à proteção da propriedade, encontrando-se estipulado que “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é a sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.”

⁵⁹ O artigo 8.º, n.º 2 prevê que “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

⁶⁰ Pedido n.º 54270/10, de 28 de agosto de 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-112993%22%5D%7D>

⁶¹ Quando a mãe e o pai são portadores da mutação genética, em cada gravidez existe 25% de probabilidade (1 em 4) de que o filho venha a ter fibrose quística. Informação disponível em <https://www.cuf.pt/mais-saude/fibrose-quistica-um-diagnostico-para-vida>

A Procriação Medicamente Assistida

portadores do gene quiseram recorrer às técnicas de PMA de forma a poder verificar se o embrião seria, ou não, portador da doença, recorrendo a um diagnóstico pré-implantatório. No entanto, a lei italiana não permitia que tal ocorresse, pelo que a única forma que o casal tinha era arriscar uma gravidez de forma natural e, caso vissem que o feto teria a doença, procederem a um aborto terapêutico. Ora, sendo esta situação totalmente evitável através de um diagnóstico pré-implantatório, o TEDH entendeu que o desejo dos pais de ter uma criança não afetada pela doença, recorrendo, para tal, à PMA e ao diagnóstico pré-implantatório, representava uma expressão do direito à vida familiar, ao abrigo do artigo 8.º da Convenção.

Capítulo III – A Lei n.º 32/2006 e as alterações ao longo do tempo

1. Alargamento do âmbito subjetivo da lei, através da Lei n.º 17/2016

O direito ao acesso à PMA tem origem, desde logo, na nossa Constituição, inserindo-se no capítulo dos direitos, liberdades e garantias, tendo sido acrescentada, em 1997, a alínea e) ao artigo 67.º da CRP, sendo obrigação do Estado regular a PMA. Pode considerar-se que a PMA, enquanto direito de reprodução⁶², é um corolário do direito à constituição de família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1 da CRP. Poder aceder a técnicas de PMA também se interliga com o livre desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP e com o direito à proteção da saúde, consagrado no artigo 64.º, n.º 1 da CRP. Assim, poder recorrer livremente a estas técnicas significa, em primeiro lugar, ter o poder de disposição sobre o próprio corpo.

Tendo o primeiro bebé fruto de técnicas de PMA nascido em 1986, e tendo a PMA sido fortemente regulada apenas em 2006, surge a questão de saber como era então a PMA regulada entre estes 20 anos.⁶³

A realidade é que, até 2006, as questões relacionadas com PMA eram delegadas, essencialmente, nos profissionais de saúde, comissões de bioética e nas próprias convicções dos potenciais beneficiários destas técnicas,⁶⁴ já que os diplomas existentes até então não eram, de todo, suficientes.

Talvez seja este o motivo para a Lei da PMA – Lei n.º 32/2006 – numa fase inicial, prever apenas um número reduzido de beneficiários, já que o principal foco era apenas auxiliar quem não conseguisse ter filhos da forma dita natural. Assim, esta lei não tinha como objetivo desvirtuar o conceito de uma “família tradicional”, sendo necessário para tal, o material genético dos dois membros do casal, isto é, do pai e da mãe, de forma a

⁶² O direito à reprodução pode considerar-se um direito fundamental na medida em que representa uma parte fulcral do desenvolvimento humano, tanto a nível coletivo, como a nível individual. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade...*, Ob. Cit., pp. 118-120

⁶³ “Estranhar-se-á a escassez de fontes com que se lida em domínio tão importante. Mas há também aqui uma prudência que impede que se legisle afoitamente. (...) Por isso se tem manifestado a preferência pela auto-regulamentação, e nomeadamente pelos códigos deontológicos (...)”. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Intervenções no genoma humano, Validade ético-jurídica*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2003, pp. 25-49

⁶⁴ AUGUSTO, Amélia, *Infertilidade e reprodução medicamente assistida: definição de contextos e produção de significados*, in *Sociologia da saúde: estudos e perspectivas*, Coimbra, Pé de Página, 2006, pp. 47-76.

que os pais biológicos correspondessem aos pais jurídicos do bebé que viesse a nascer. O objetivo desta lei passava apenas, portanto, por colocar os casais com dificuldade de engravidar de forma natural, isto é, sem qualquer intervenção médica, numa posição de igualdade face aos que não tinham esta dificuldade. Assim, na redação original, o n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006 previa que “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 condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.”. Ora daqui decorre que apenas casais heterossexuais, casados ou unidos de facto é que poderiam recorrer a estas técnicas, já que o casamento homossexual só foi permitido em Portugal em 2010. Para além disso, o n.º 2 do artigo 4.º da Lei em análise apenas permitia a utilização de técnicas de PMA “(...) mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.”.

Perante a análise destes preceitos legais, torna-se legítimo constatar que a primeira versão da Lei da PMA era excessivamente restritiva, acabando por deixar vários grupos excluídos. Por este motivo, a Lei n.º 17/2016 veio alargar o âmbito subjetivo da lei, passando a abranger todas as mulheres, prevendo o artigo 6.º, n.º 1 do que “Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.”. O artigo 4.º, n.º 3 prevê ainda que “As técnicas de PMA podem (...) ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.” Deste modo, com esta nova redação colocaram-se todas as mulheres num patamar de igualdade de oportunidades, quer tenham problemas de fertilidade, quer não.

2. O alargamento do âmbito subjetivo e os princípios da proporcionalidade e da igualdade

Apesar de este alargamento representar uma oportunidade de todas as mulheres serem mães, independentemente de terem um parceiro ou não, é necessário ter em consideração que a oportunidade de recorrer a técnicas de PMA é algo, como vimos, dispendioso para o Estado português. Aliás, este foi um dos argumentos dados por Maria de Belém Roseira, ex-deputada do PS e Ministra da Saúde do XIII Governo

Constitucional, para que a redação da Lei da PMA de 2006 incluísse apenas como beneficiários das técnicas de PMA os casais heterossexuais com diagnóstico de infertilidade, tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras⁶⁵.

Pode, então, questionar-se a conformidade deste alargamento com o princípio da proporcionalidade. Este princípio, já supra explorado, obriga a que o Estado, no exercício dos seus poderes, adote as medidas necessárias e adequadas para atingir os fins que pretende prosseguir. Ora, isto significa que o acesso às técnicas de PMA não pode ser indevidamente negado a certos grupos, sob pena de o Estado prejudicar desproporcionalmente certos indivíduos ou grupos sociais. Entende-se, como já foi sendo reiterado ao longo desta dissertação, que possibilitar o acesso às técnicas de PMA é algo muito custoso para o Estado português, pelo que é legítimo que sejam impostas algumas regras, de que são exemplo o limite de idade e o limite de tentativas. Ora, mas se por um lado estes critérios são legítimos, há outros que não o são, como é o caso do género ou da orientação sexual.

Na perspetiva de Maria de Belém, seria legítimo que o Estado apenas considerasse os casais heterossexuais, já que, sem qualquer intervenção médica, esta seria a única possibilidade de ter um filho⁶⁶. É este o motivo subjacente à primeira redação da Lei da PMA, que apenas tinha como objetivo colocar os casais heterossexuais com problemas de fertilidade numa posição de igualdade face a casais sem qualquer dificuldade em engravidar. Consideramos que esta perspetiva não se coaduna com os princípios gerais do Estado de Direito Democrático, nomeadamente com o princípio da proporcionalidade pelos motivos supra expostos e com o princípio da igualdade, na

⁶⁵ “(...) considero que é fundamental o acesso a estas técnicas de procriação medicamente assistida seja garantido através do Serviço Nacional de Saúde. Sabemos, porém, que esta técnica (...) é extraordinariamente cara. Portanto, pessoalmente, considero que, a partir do momento em que a devo ter disponível no Serviço Nacional de Saúde, também tenho de escolher as prioridades de quem a ela deve ter acesso (...)”. Diário da República, I Série, número 125, 19 de maio de 2006. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684d5a5763765245465353394551564a4a51584a7864576c326279387877716f6c4d6a42545a584e7a77364e764a5449775447566e61584e7359585270646d457652454653535445794e5335775a47593d&fich=DARI125.pdf&Inline=true>

⁶⁶ Outro argumento apresentado para que os beneficiários fossem apenas os casais heterossexuais relacionava-se com o superior interesse da criança, na medida em que é do seu interesse crescer no ambiente familiar tradicional, isto é, com um pai e uma mãe. Neste sentido, refere Paulo Otero que “Sendo o direito de procriar intrinsecamente limitado pelo interesse da criança, pode sustentar-se que seja dada preferência ao seu exercício por aqueles que estão em melhores condições de proporcionar à criança vindoura “um ambiente familiar normal”, que seria biparental.” OTERO, Paulo, Personalidade e identidade pessoal e Genética do Ser Humano - Um perfil constitucional da bioética, Coimbra Editora, 1999, pp. 75-76

medida em que o direito à reprodução é um direito que assiste a todos os cidadãos, independentemente do género, orientação sexual, etnia, religião, entre outros. Assim, considera-se que a opção do legislador de alargar o âmbito subjetivo da lei é de louvar, uma vez que dá a oportunidade a todas as mulheres de poderem concretizar aquele que, para muitas, representa o maior projeto de vida – ser mãe. Não obstante, este alargamento não se revelou suficiente, na medida em que deixou os casais de homens e os homens sós de lado, violando, portanto, o princípio da igualdade.

3. Inseminação *post-mortem*

Ora, estando incluídas todas as mulheres, faz sentido que o artigo 22.º da Lei da PMA preveja a possibilidade de inseminação *post-mortem*, uma vez que uma mulher viúva, não deixa de ser uma mulher. Para além disso, tem direito a, de acordo com preceituado no n.º 1 do referido preceito legal a “concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido”. Assim, desde que exista consentimento do falecido, nos termos do artigo 22.º, n.º 3 da Lei da PMA, faz todo o sentido que a mulher não fique privada do direito a constituir família que, como vimos supra, é um direito fundamental.

4. PMA como método subsidiário vs PMA como método alternativo

Apesar de ser inegável os benefícios que este alargamento trouxe às mulheres, não nos podemos abstrair do facto de no artigo 4.º, n.º 1 da Lei da PMA, se encontrar estipulado que “As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”. Assim, este alargamento contraria o disposto neste artigo, já que, passando as técnicas a ser acessíveis a qualquer mulher, independentemente do diagnóstico de infertilidade, perde-se o carácter subsidiário. Deste modo, a propósito da alteração introduzida em 2016, refere o Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional⁶⁷ que “O acesso à PMA deixa de ser uma forma de tratamento, em contexto de infertilidade ou doença grave, para passar a ser considerado um direito reprodutivo de toda e qualquer mulher que o deseje (...)”. Não obstante, mudar na lei o vocábulo “subsidiário” para o

⁶⁷ Processo n.º 95/17, Relator Conselheiro Pedro Machete, disponível em <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2018/05/08700/0188501979.pdf>

vocábulo “alternativo” iria trazer alguns problemas, nomeadamente quanto à parte final do artigo 4.º, n.º 2⁶⁸, já que “se as técnicas de PMA se tornassem um método alternativo de procriação surgiram necessariamente dúvidas não facilmente resolúveis quanto à licitude da recusa do acesso a essas técnicas por parte de um casal heterossexual não infértil”.⁶⁹ Por este motivo e, como referido no Parecer do CNPMA, a redação da lei deveria afirmar que “as técnicas de PMA são um método complementar de procriação”. No entanto, facto é, que o legislador alargou o âmbito subjetivo da Lei da PMA mas não alterou a redação do artigo 4.º, n.º 1, o que não tem grande cabimento, uma vez que, a partir do momento em que as técnicas de PMA são acessíveis a todas as mulheres independentemente de diagnóstico de infertilidade, tal representa um método alternativo e, conseqüentemente, não subsidiário.

Por fim, é ainda de mencionar que, se até 2006 o estabelecimento da filiação não levantava grandes questões, a realidade é que, com o alargamento do âmbito subjetivo da Lei da PMA existiu uma verdadeira revolução, como veremos adiante no capítulo VI.

⁶⁸ Segundo este preceito legal, “A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.”

⁶⁹ Parecer do CNPMA relativo à Análise das propostas de alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, contidas nos Projetos de Lei n.ºs 6/XIII/1.ª, 29/XIII/1.ª, 36/XIII/1.ª e P.J.L.51/XIII/1.ª, de 17 de março de 2016, disponível em https://www.cnpma.org.pt/Documents/Pareceres%20do%20cnpma/CNPMA_Fundamentacao%5B6-29-36-51-XIII%5D.pdf

Capítulo IV – Regulação do acesso à gestação de substituição através da Lei n.º 25/2016

1. Âmbito objetivo e subjetivo

No seguimento da Lei n.º 17/2016, a Lei n.º 25/2016 veio regular o acesso à gestação de substituição. Por gestação de substituição entende-se “(...) qualquer situação em que a mulher 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.”, nos termos do artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 25/2016. De acordo com o n.º 2 do mesmo preceito legal, a “celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é admissível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher.”.

2. Exclusão dos homens

Como vimos, do artigo 8.º, n.º 2 da Lei n.º 25/2016 decorre que apenas as mulheres podem recorrer à gestação de substituição, não podendo os homens beneficiar desta possibilidade. Assim, bastava que se retirasse a palavra “mulher” do mencionado preceito para que a gestação de substituição se pudesse estender aos homens, uma vez que estes se enquadram na definição de “ausência de útero”.

O n.º 4 do mesmo preceito legal obriga a que sejam utilizados os gâmetas de pelo menos um dos beneficiários para que se possa recorrer à gestação de substituição. Contudo, a gestante não pode, em caso algum, doar um ovócito seu usado no concreto procedimento em que seja participante.

Ora, tendo em consideração este preceito – não podendo o embrião conter material genético da gestante, sendo lícita a doação de óvulos nos termos do artigo 10.º, n.º 1 da Lei da PMA⁷⁰ e obrigando o n.º 4 do artigo 8.º a que sejam utilizados gâmetas de, no

⁷⁰ O artigo 10.º prevê a possibilidade de recorrer a “ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os

mínimo, um dos beneficiários, faria todo o sentido que um casal de homens ou um homem só pudesse recorrer à gestação de substituição, recorrendo a um óvulo doado e utilizando um espermatozóide de um dos membros do casal ou do homem só. Contudo, tal não é possível de acordo com a lei vigente, nomeadamente devido à utilização do vocábulo “mulher” no artigo 8.º, n.º 2. Deste modo, face ao panorama jurídico atual, consideramos que é ou, pelo menos, deveria ser, uma questão de tempo até o legislador alterar a lei, como tem vindo a fazer várias vezes desde 2006 até à atualidade. Da mesma forma que, em 2016, o legislador alargou o âmbito subjetivo da lei a todas as mulheres e não apenas a casais heterossexuais, deveria alargar o âmbito subjetivo a todas as pessoas, incluindo, portanto, os homens. Isto porque, se o objetivo do legislador em 2016 foi colocar todas as mulheres numa posição de igualdade, não se compreende o motivo pelo qual os homens também não foram colocados nesta mesma posição. Consideramos, portanto, que não existe nenhum motivo plausível que justifique o facto de um homem não poder realizar o sonho de ser pai, mas uma mulher poder realizar o sonho de ser mãe.

3. Requisitos para a celebração do contrato de gestação de substituição

Para além do facto de ter de se ser mulher para a celebração de um contrato de gestação de substituição, cumpre mencionar os demais requisitos. O contrato deve revestir a forma escrita e tem de ser supervisionado pelo CNPMA, nos termos do artigo 8.º, n.º 10.

É ainda de mencionar que do contrato não podem constar cláusulas que imponham qualquer tipo de comportamento restritivo à gestante, na medida em que interfiram com a sua dignidade, liberdade e com os seus direitos.

Deste modo, pode então concluir-se que, para que se possa celebrar um contrato de gestação de substituição, é necessário que a participante leve a cabo uma gravidez e, posteriormente, entregue a criança. Para além disso, é ainda necessário que o negócio jurídico seja gratuito, isto é, a gestante jamais poderá receber, em circunstância alguma,

gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gâmetas.”

uma contrapartida monetária por suportar a gravidez, sob pena de nulidade do negócio, nos termos do artigo 280.º do Código Civil.⁷¹

4. A gratuidade do contrato

A questão da gratuidade do contrato levanta várias questões sensíveis. Ora, estipula o artigo 81.º, n.º 1 do Código Civil que “Toda a limitação voluntária aos exercícios dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.”. Assim, a gestação de substituição só é nula caso o contrato celebrado entre as partes seja oneroso, porque apenas nesse caso é que existe contrariedade à ordem pública, motivo pelo qual o legislador obriga a que seja um negócio gratuito.

Em alguns países, o contrato de gestação de substituição pode ser celebrado a título oneroso⁷² e, noutros, como é o caso de Portugal, impõe-se a gratuidade, sob pena de incorrer num crime.⁷³ Efetivamente, são vários os argumentos que podem ser utilizados a favor ou contra a gratuidade do contrato de gestação de substituição.

Começando pelos pontos desfavoráveis, desde logo poderia começar-se por argumentar que, se à luz do nosso ordenamento jurídico, a prostituição – a utilização do corpo a troco de dinheiro – não é contrária à ordem pública, então a gestação de substituição também não deveria ser, na medida em que o bem jurídico protegido é o mesmo – a integridade física e moral.

Mais ainda, o facto de um contrato de gestação de substituição ser celebrado a título gratuito, muitas vezes, pode não significar que exista, necessariamente, altruísmo por parte da gestante. Vejamos a situação de, por exemplo, ser oferecida uma oferta de trabalho à gestante que, de outra forma, esta não teria acesso por não ser apta para o cargo. A realidade é que é impossível controlar as inúmeras formas possíveis de gratificação dos contraentes para com a gestante.

⁷¹ As partes têm liberdade contratual “dentro dos limites da lei”. Caso o negócio jurídico celebrado seja oneroso, tal é contrário à ordem pública e, conseqüentemente, nulo. VARELA, Antunes, Das Obrigações em geral, I, Livraria Almedina, 2017, pp. 230-256.

⁷² Como acontece na Holanda

⁷³ Nos termos do artigo 36.º, n.º 1 da Lei da PMA, “Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.”. Não obstante, o n.º 2 do mesmo preceito legal prevê apenas a pena de multa até 240 no caso de ser a gestante de substituição a concretizar um contrato de gestação de substituição a título oneroso.

Por fim, é de acrescentar que, sendo o contrato celebrado a título oneroso ou gratuito, existe sempre a possibilidade de a gestante se arrepender e querer reverter a situação, pelo que, o dinheiro até poderia servir como um incentivo para o não arrependimento.

Apesar da legitimidade dos argumentos supra elencados contra a gratuidade do contrato, a realidade é que existem demasiados riscos associados à gestação de substituição a título oneroso. Desde logo, é de mencionar o risco de “profissionalização”⁷⁴ desta atividade. Tal representa uma maior preocupação, sobretudo, se estivermos a falar de mulheres que se encontrem numa situação económica difícil⁷⁵, uma vez que, havendo uma grande discrepância de possibilidades entre o casal que recorre à gestação de substituição e a gestante, a probabilidade de esta se sujeitar a várias cláusulas abusivas é alta⁷⁶, sendo que o dinheiro é o seu principal mote. Por este motivo, o legislador português achou por bem estipular a gratuidade da gestação de substituição, de forma a evitar, precisamente, a exploração de mulheres. Sufragando da mesma opinião, o Parlamento Europeu afirmou que “condena a prática de gestação de substituição que compromete a dignidade humana da mulher, uma vez que o seu corpo e as suas funções reprodutivas são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestação de substituição, que implica a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para obter ganhos financeiros ou outros, em particular, o caso de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos”.⁷⁷

Não pode deixar de se notar que, caso o contrato seja oneroso, a criança é o objeto do negócio, como se de uma mercadoria se tratasse e, como tal, é suscetível de se enquadrar no conceito de “venda de crianças”, ao abrigo do artigo 2.º, al. a) do Protocolo

⁷⁴ ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, 1999, p. 28

⁷⁵ Na Índia, tendencialmente, as gestantes de substituição são mulheres de classes sociais desfavorecidas. JARGILO Izabela, *Regulation the Trade of Commercial Surrogacy in India*, in *Journal of International Business and Law*, Volume 15, Issue 2, Article 12, 2016, disponível em <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1298&context=jibl> e “Outsourcing pregnancy: a visit to India’s surrogacy clinics” disponível em <https://www.theguardian.com/global-development/2016/apr/01/outsourcing-pregnancy-india-surrogacy-clinics-julie-bindel>

⁷⁶ Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, Convenção de Oviedo, Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, artigo 21.º

⁷⁷ Proposta de resolução do Parlamento Europeu sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_PT.html

Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil,⁷⁸ o que não é, obviamente, aceitável.

Analisados os prós e contras no que concerne a gratuidade, consideramos que os argumentos a favor são mais preponderantes. E o motivo é simples – como temos vindo a referir várias vezes, aquando da utilização das técnicas de PMA, a criança deve ser o centro da equação⁷⁹ e não os seus beneficiários, motivo pelo qual jamais poderia ser aceitável gerar uma criança a título oneroso, pois tal seria tratá-la como uma mercadoria.

5. Nulidade do contrato

Outra questão que se coloca a propósito da maternidade de substituição é o que sucede no caso de o contrato ser considerado nulo. Na versão original do Decreto-Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que regulamenta o acesso à gestação de substituição, encontrava-se previsto que “Em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são tidas como filhas dos respectivos beneficiários”. Contudo, no parecer n.º 92/CNECV/2017⁸⁰, entendeu-se que não faria qualquer sentido atribuir a um contrato nulo⁸¹ os efeitos de um contrato válido, na medida em que o contrato celebrado foi ilegal. Deste modo, atribuir validade e eficácia a este contrato seria abrir o precedente de que o ordenamento jurídico atribui o mesmo valor a contratos celebrados de forma legal ou ilegal. Não obstante, esta questão não é tão linear assim. No caso *Mannesson v. France*, de 26 de junho de 2014, do TEDH, acabou por se atribuir eficácia a um contrato nulo, uma vez que se considerou corresponder ao superior interesse da criança ser registada como filha do casal beneficiário. Assim sendo, o critério de decisão

⁷⁸ Este preceito legal define como venda de crianças “qualquer ato ou transação pelo qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para outra pessoa ou grupo contra remuneração ou qualquer outra retribuição”

⁷⁹ “No âmbito da aplicação das técnicas da PMA deve, assim, valorizar-se a condição da criança que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é quem é mais necessita de proteção.” Parecer n.º 87/CNECV/2016

⁸⁰ Parecer n.º 92/CNECV/2017. Disponível em https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-92-cneqv-2017-sobre-o-projeto-de-decreto-regulamenta?download_document=3218&token=eaa15604c3e7c41fdc7dc365b64166fc

⁸¹ “Os contratos de gestação de substituição, celebrados em território nacional, nulos nos termos do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, não produzem quaisquer efeitos, como decorre do artigo 280.º do Código Civil, pelo que não permitem a inscrição no registo civil da parentalidade a favor dos beneficiários.” Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registo e do Notariado, de 23 de março de 2018, Processo CC 8/2017-STJSR-CC

do Tribunal deve ser sempre o superior interesse da criança⁸², sendo necessário, por vezes, não olhar a ilegalidades.⁸³

Não obstante, a dificuldade costuma residir precisamente em determinar qual o superior interesse da criança. De acordo com o STJ, “O superior interesse da criança traduz-se num conceito jurídico indeterminado que visa assegurar a solução mais adequada para a criança no sentido de promover o seu desenvolvimento harmonioso físico, psíquico, intelectual e moral”.⁸⁴

6. E se a gestante não quiser entregar a criança?

Cumprе refletir sobre o que sucede no caso de a gestante não querer entregar a criança aos beneficiários. É um facto que as partes celebraram um acordo que previa isso mesmo e que a própria lei, no artigo 8.º, n.º 9 prevê que a criança “é tida como filha dos respectivos beneficiários”. Contudo, não pode deixar de se notar que os artigos 8.º, n.º 10 e 14.º n.º 4 e 5 da LPMA, conferiam um direito de arrependimento à gestante muito limitado, já que apenas era possível a retirada do consentimento até ao início dos processos terapêuticos. Neste sentido, o Acórdão n.º 225/2018 do TC declarou a inconstitucionalidade destas normas, pelo facto de apenas admitirem a revogação do consentimento até ao início dos processos terapêuticos. Por este motivo, as referidas normas acabaram por ser alteradas e, na sua atual redação, o consentimento da gestante de substituição pode ser retirado até ao momento do registo da criança nascida.

7. A gestação de substituição deve ser admitida no nosso ordenamento jurídico?

Delineados os limites legais da gestação de substituição em Portugal, cumpre refletir sobre a sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico, fazendo um balanço

⁸² O artigo 3.º, n.º 1 da Convenção dos Direitos das Crianças prevê que “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.”

⁸³ “(...) a proteção do interesse primordial da criança deve hoje prevalecer sobre outros interesses socialmente muito relevantes e que, por vezes, se lhe sobrepujam.”. RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de Direito da Família, 2.ª edição, 2021, p.573

⁸⁴ Processo n.º 19384/16.2T8LSB-A.L1.S1, de 27 de janeiro de 2022, relator Tomé Gomes, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e59a1447ce90edb802587d80053085b?OpenDocument>

de prós e contras. Começando pelos últimos, é inegável que a gestação de substituição representa um perigo para a gestante, na medida em que está a explorar o seu corpo, estando em causa a sua integridade física e moral. Outra questão muito relevante que se coloca e da qual já tivemos oportunidade de falar, é, como não podia deixar de ser, o superior interesse da criança. Não podemos deixar de notar que a mulher que dará à luz a criança será alguém que nunca pertencerá à sua vida, até porque, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, é obrigada a renunciar aos direitos e deveres inerentes à maternidade. Apesar de o artigo 14.º, n.º 5 permitir a retirada do consentimento até ao momento do nascimento, tal pode não se revelar suficiente. Gerar uma criança e, posteriormente entregá-la a alguém é algo que poderá ser muito violento psicologicamente e que pode repercutir os seus efeitos mais tarde no tempo. Assim, questiona o CNECV “se será aceitável que a lei imponha o cumprimento de um contrato que representa o corte com o vínculo biológico e afetivo construído ao longo do desenvolvimento intrauterino da criança e cuja manutenção e aperfeiçoamento a ciência já demonstrou ser benéfica para o recém-nascido, no seu processo de crescimento e de afirmação bio-psico-social.”⁸⁵

O facto de a gestação de substituição não ser algo consensual a nível europeu é, também, um argumento contra o recurso a este procedimento, já que pode levar a situações de “turismo procriativo”⁸⁶ que, por sua vez, poderão pôr em causa o superior interesse da criança, na medida em que, a partir do momento em que esta entrar num país em que a gestação de substituição não seja permitida, a lei poderá determinar que seja retirada do casal que recorreu a este procedimento e colocá-la para adoção.

Apesar de a lei portuguesa ter regulado algumas questões que se podem levantar, como por exemplo no caso de o feto ter malformações, a realidade é que não regulou outras, como por exemplo, o que sucede no caso de o contrato celebrado entre as partes prever apenas o nascimento de uma criança e nascerem duas. Foi o que aconteceu na Califórnia⁸⁷ – a gestante engravidou de gémeos e os beneficiários quiseram que esta procedesse ao aborto de um dos embriões. Inconformada com o pedido, a gestante acabou por decidir ter as duas crianças e arrependeu-se da decisão de as entregar após o parto.

⁸⁵ Parecer 87/CNECV/2016, Março de 2016

⁸⁶ PEREIRA, Maria Margarida Silva, Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição, *in* Revista Julgar, Online, janeiro de 2017. Disponível em: <https://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>

⁸⁷ GALVÁN, Beatriz Souto, Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución, *in* Feminismo/s, n.º 8, 2006, pp. 181-195. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1188/1/Feminismos_8_12.pdf

Ainda assim, o Tribunal ordenou que os bebés fossem entregues aos beneficiários. Ora, esta decisão é contestável, na medida em que o Tribunal decidiu entregar duas crianças a um casal que, na realidade, não queria pelo menos uma delas, tendo em consideração o pedido dirigido à gestante.

Para acabar os argumentos contra, resta mencionar que, como já explorado, não tem cabimento jurídico que a gestação de substituição seja acessível a casais heterossexuais ou casais de mulheres, mas não seja para casais de homens. Assim, só existem duas alternativas – ou a gestação de substituição é acessível a todos ou, então, não é a ninguém, sob pena de discriminação em função do género.

Apesar de os argumentos acima apresentados serem válidos, a realidade é que, alguns, podem ser facilmente refutados. Por exemplo, a questão da exploração do corpo da mulher é refutável na medida em que, o artigo 81.º, n.º 1 do CC prevê a possibilidade de se limitarem os direitos de personalidade de forma voluntária, desde que não contrariem a ordem pública. Ora, sendo a prostituição legal no nosso ordenamento jurídico, significa que a exploração do corpo não é considerada contrária à ordem pública para efeitos de aplicação do mencionado preceito legal, pelo que não tem cabimento jurídico que a gestação de substituição não seja, de igual forma, permitida.

Existem, assim, argumentos a favor da maternidade de substituição⁸⁸. O primeiro que podemos destacar é o facto de poder dar oportunidade a mulheres que, de outra forma, nunca conseguiriam ser mães,⁸⁹ sendo, por isso, uma forma de concretização do princípio da igualdade.⁹⁰

A questão do superior interesse da criança é um argumento que é suscetível de ser aplicado tanto na tese contra, como vimos supra, como na tese a favor, na medida em que, geralmente, quando um casal recorre à gestação de substituição é porque, à partida, tem uma enorme vontade e desejo de que aquela criança venha ao mundo, o que proporcionará o seu crescimento numa espécie de “bolha de amor”.

Analisados os prós e contras, consideramos que a gestação de substituição deve ser admissível, a título gratuito, a todas as pessoas e não apenas às mulheres como sucede atualmente.

⁸⁸ LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución Realidad y Derecho*, InDret, 2012, pp. 5-10. Disponível em http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

⁸⁹ Ao contrário do que se possa pensar, a maternidade não se baseia apenas numa questão biológica, ou seja, não se cinge à gestação e ao momento do parto. Neste sentido, PURDY, Laura M., *Reproducing Persons: Issues in Feminist Bioethics*, in Cornell University Press, 1996, pp. 198-215

⁹⁰ LAMM, Eleonora, *Gestación por...*, Ob. Cit., p. 8

Capítulo V – Discriminação dos homens e comparação com o regime da adoção

1. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos pilares fundamentais do nosso ordenamento jurídico. Este princípio estabelece que o Estado, nas suas interações com os cidadãos, não os pode favorecer, prejudicar ou privar de direitos por motivos de ascendência, sexo, raça, língua, religião, convicções políticas, situação económica, orientação sexual, entre outros. O objetivo é, então, garantir que todas as pessoas sejam tratadas de forma igual, não significando isto, contudo, uma igualdade estrita, mas sim, tratar por igual aquilo que é igual e diferente o que é diferente. A igualdade estrita relaciona-se, portanto, com a proibição da discriminação, na medida em que o tratamento diferenciado tem de ter uma justificação em função do objetivo desejado. Já quando falamos de equidade, está em causa a obrigação do Estado de adotar medidas que ponham num patamar de igualdade todos os cidadãos, recorrendo, para isso, a uma discriminação positiva se tal se revelar necessário.

Como tivemos oportunidade de ver, a propósito do alargamento do âmbito subjetivo das técnicas de PMA, estendeu-se a sua aplicação a todas as mulheres, independentemente do estado civil ou orientação sexual. Se, por um lado, as mulheres tiveram esta sorte, o mesmo não se pode afirmar em relação aos homens. Não pode deixar de se notar que ser pai pode representar também o maior projeto de vida de um homem, colocando esta lei os casais de homens e os homens sós completamente fora da equação. Ora, existem inúmeros normativos legais que fazem referência ao princípio a igualdade – o artigo 13.º, n.º 1 da CRP prevê que “Todos os cidadãos (...) são iguais perante a lei”, o artigo 36.º, n.º 1 da CRP prevê que “Todos têm o direito de constituir família (...)”, o artigo 23.º da CEDH prevê que “Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios (...)”. Existem, de igual modo, inúmeros normativos legais que proíbem a existência de discriminações – o artigo 13.º, n.º 2 da CRP prevê que “Ninguém pode ser (...) prejudicado, privado de qualquer direito (...) em razão de (...) sexo (...) ou orientação sexual.” e, no quadro europeu, o artigo 21.º, n.º 1 da CEDH prevê, no mesmo sentido, que “É proibida a discriminação em razão (...) do sexo (...) ou orientação sexual”.

Assim, preceitos legais que legitimem o direito de homens de poderem recorrer à PMA não faltam. Resta, portanto, entender o porquê de ainda não lhes ter sido proporcionada esta oportunidade.

Vejamos, em 2006, aquando da redação da Lei da PMA, o casamento homossexual ainda não tinha sido legalizado em Portugal, pelo que a lei era coerente com o restante panorama jurídico vigente, ao apenas permitir o acesso a casais heterossexuais. Contudo, sendo o casamento homossexual permitido desde 2010⁹¹, não se entende o porquê de, em 2016, quando se alargou o âmbito subjetivo da lei, apenas terem sido considerados os casais heterossexuais, os casais homossexuais de mulheres e as mulheres sós, discriminando, de forma claríssima, os homens e violando os inúmeros preceitos legais supramencionados.

Ademais, como vimos a propósito da maternidade de substituição, seria viável que os homens também pudessem recorrer à mesma, recorrendo a um óvulo doado e usando espermatozóides próprios, bastando, para isso, que se retirasse o vocábulo “mulher” do artigo 8.º, n.º 2 da Lei da PMA.

2. O que sucede na adoção

Existe, ainda, outra questão fundamental a ser abordada. A propósito da adoção, estabelece o artigo 1979, n.º 2 do CC que qualquer pessoa com mais de 25 anos pode adotar. Diferentemente, a Lei da PMA apenas impõe a idade mínima de 18 anos. No entanto, impõe ainda a condição, nos termos do artigo 6.º, n.º 1 de serem “casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres” e, portanto, como também já tivemos oportunidade de ver, excluem-se os homens, casados, unidos de facto, ou sós. Questionamos, então qual o motivo para que um homem sozinho possa adotar, mas não possa recorrer a técnicas de PMA. Diz-nos o Tribunal da Relação de Lisboa que “Quando a família biológica é ausente ou apresenta disfuncionalidades que comprometem o estabelecimento de uma relação afetiva gratificante e securizante com a criança

⁹¹ Esta decisão foi fixada na Lei n.º 9/2010, de 31 de maio

impõem-se que se salvguarde o superior interesse da criança, particularmente através da adoção.”⁹².

Ora, se existe a possibilidade de um homem só adotar sozinho, é porque se considera que reúne as condições necessárias para criar uma criança. Assim, como veremos, a adoção privilegia o superior interesse da criança e, opostamente, a Lei da PMA prioriza o interesse dos beneficiários. É com base nesta lógica que a adoção permite que um casal de homens ou um homem só adote uma criança, merecedora de amor e proteção. Contudo, se estivermos a falar do acesso às técnicas de PMA, já é encarado como um mero “devaneio” ou “capricho”. Tal não tem qualquer cabimento, uma vez que o raciocínio utilizado deveria ser o oposto – se o regime da adoção, que é altamente mais centralizado no superior interesse da criança, permite que um homem só adote, então, tal representa um motivo acrescido para permitir o acesso dos homens sós às técnicas de PMA.

É de referir que restringir o acesso dos homens às técnicas de PMA não resolve o problema, uma vez que vendo-se estes privados da possibilidade de ter um filho, recorrem a outros países onde o possam fazer.⁹³

Assim, como explicado no início deste capítulo, é permitido, no nosso ordenamento jurídico, discriminar positivamente alguém ou um grupo de pessoas, se tal se revelar necessário para atingir a igualdade. É com base nesta discriminação positiva, que alguns autores, como Hugo Cunha Lança⁹⁴ são do entendimento que não é inconstitucional excluir os casais de homens e os homens sós do grupo de beneficiários das técnicas de PMA, na medida em que o homem e a mulher são, biologicamente, diferentes e, portanto, baseia-se na máxima de “tratar por igual o que é igual e diferente o que é diferente”. Não sufragamos da opinião deste autor. Efetivamente, o homem e a mulher são diferentes, isso não está em questão. O ponto central aqui é, como vimos, o facto de o direito a constituir família ser um direito universal, não sendo legítimo que, em função do género, se restrinja o mesmo. Há situações em que, efetivamente, faz sentido que exista discriminação positiva pelo facto de se ser homem ou mulher, como por

⁹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de junho de 2010, Processo n.º 80/09.3TMPDL.L1-6, Relatora Fátima Galante

⁹³ SILVA, Miguel Oliveira da, *Que futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um olhar Bioético*, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, coordenação de Maria João Antunes e Margarida Silvestre, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p.60

⁹⁴ LANÇA, Hugo Cunha, *Procriação Medicamente Assistida*, in *Data Venia: Revista Jurídica Digital*, novembro de 2016, pp. 81-82

exemplo no desporto – não é ao acaso que os jogos de ténis são à melhor de 3 *sets* para as mulheres e à melhor de 5 para os homens – uma vez que, a resistência física não é a mesma. Contudo, o acesso às técnicas de PMA em nada se relaciona com uma questão em que as características biológicas tenham relevância, já que existem técnicas, como a gestação de substituição, que permitem que um homem só seja pai de uma criança. Sendo o direito a constituir família um direito fundamental, o facto de ser homem ou ser mulher não é relevante – é um direito que assiste a todos.

Face aos motivos supra expostos, consideramos que estão reunidas todas as condições para permitir o acesso das técnicas de PMA aos casais de homens e aos homens sós, sendo completamente inconstitucional a discriminação que ocorre em relação aos homens no que toca ao acesso às técnicas de PMA.⁹⁵

3. Outros aspetos que diferem no regime da adoção – casais separados judicialmente de pessoas e bens, a questão da idade e o superior interesse da criança

O alargamento do âmbito subjetivo de aplicação da Lei da PMA deixou ainda algumas dúvidas. Por exemplo, a lei não se pronuncia sobre a possibilidade de casais separados judicialmente de pessoas e bens poderem recorrer às técnicas de PMA. Diferentemente, a propósito da adoção, o artigo 1979.º, n.º 1 do CC estipula que “Podem adotar duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não sejam separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto (...)”. Contudo, na versão anterior da Lei da PMA esta ia de encontro ao que se encontra regulado no CC a propósito da adoção, pelo que se pressupõe que, tendo o legislador tirado essa menção específica, é porque esses casais já não se encontram impossibilitados de recorrer às técnicas de PMA. Para além disso, é ainda de salientar que o mencionado preceito legal refere que o casal tem de estar casado há mais de quatro anos, não referindo a Lei da PMA nada a esse respeito.

Relativamente à questão da idade, o artigo 1979.º, n.º 2 estabelece que “Pode (...) adotar quem tiver mais de 25 anos.” Diferentemente, o artigo 6.º, n.º 2 da Lei da PMA refere que “As técnicas (...) podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade (...)”. O n.º 3 do preceito legal em análise prevê ainda os 60 anos como

⁹⁵ Por este mesmo motivo, há países, como o Canadá, em que os casais de homens já podem recorrer à gestação de substituição, de forma a não ser alvo de discriminação

idade máxima para adotar, não dispondo a Lei da PMA de qualquer limitação nesse sentido.

Efetuada a distinção entre os dois regimes, não se consegue compreender o motivo pelo qual a Lei da PMA impõe muito menos restrições relativamente à idade.⁹⁶ Assim, a conclusão a que se chega é que o regime da adoção é infinitamente mais centrado no superior interesse da criança⁹⁷ do que o regime da PMA. Através da comparação dos vários preceitos legais é inegável que a regulação das técnicas de PMA se guia exclusivamente pela satisfação do interesse dos beneficiários, enquanto que a adoção é regulada tendo como principal preocupação a criança. Tal é bastante evidente, desde logo, pelo facto de não haver idade máxima para um homem ser beneficiário das técnicas de PMA⁹⁸. É lamentável que o legislador não tenha regulado esta questão, à semelhança do que fez na adoção, uma vez que corresponde ao superior interesse da criança ter a presença dos seus pais pelo maior tempo possível, não sendo aceitável que a criança que vier a nascer não tenha a oportunidade de conviver o suficiente com o seu pai, tendo em consideração que se espera que um homem em Portugal viva, em média, 78 anos. A este propósito refere o Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional que “À semelhança do que se encontra previsto no regime legal da adoção (...) as relações a estabelecer deverão ser de filiação, em homenagem ao interesse superior da criança, não devendo este ser afastado em virtude do desejo pessoal de maternidade a todo o custo.”⁹⁹

Assim, é seguro afirmar que as técnicas de PMA são pensadas para os beneficiários e a adoção é pensada para as crianças.

⁹⁶ A este propósito entende Jorge Duarte Pinheiro que “os requisitos formulados na adoção plena conjunta quanto aos adoptantes (relação com uma duração de quatro anos e idade mínima de 25 anos) e destinados a assegurar a realização do superior interesse da criança deveriam ser aplicados ao acesso à procriação assistida, quanto aos beneficiários”. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito...*, Ob. Cit., p. 251

⁹⁷ “O superior interesse da criança e do jovem deve ser entendido como o direito do menor ao desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de junho de 2010, Processo n.º 80/09.3TMPDL.L1-6, Relatora Fátima Galante

⁹⁸ No caso da mulher, a Circular Normativa n.º 15/2019/DPS/ACSS limita a acessibilidade no SNS a técnicas de PMA de 2.ª linha (fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática de espermatozoide) às mulheres que não ultrapassem os 40 anos (39 anos e 364 dias) à data do procedimento ou antes dos 42 anos da mulher, no caso da inseminação artificial.

⁹⁹ Processo n.º 963/06, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, disponível em <https://files.diariodarepublica.pt/2s/2009/04/064000000/1245212472.pdf>

Capítulo VI - Estabelecimento da filiação

Se até 2006 o estabelecimento da filiação não levantava grandes questões, a realidade é que, com o alargamento do âmbito subjetivo da Lei da PMA surgiram grandes desafios, como veremos de seguida.

1. PMA heteróloga e o regime do Código Civil

Quando falamos de PMA homóloga não se levantam grandes questões quanto ao estabelecimento da filiação, uma vez que não é necessária a intervenção de um terceiro para se ter um filho, pertencendo os ovócitos e espermatozóides utilizados aos próprios membros do casal. Assim, nestes casos, a maternidade e paternidade estabelecem-se pelas vias normais, como explicaremos de seguida. O problema surge antes nos casos em que o ovócito é doado por uma outra mulher ou quando o espermatozóide é doado por outro homem, ou seja, nos casos de PMA heteróloga.

A lei prevê, taxativamente, os meios possíveis de estabelecimento da filiação.¹⁰⁰ Quanto ao estabelecimento da maternidade, este encontra-se regulado no artigo 1796.º, n.º 1 do CC. Nos termos deste preceito legal, a filiação resulta do facto do nascimento, ou seja, a partir do momento do parto, a maternidade encontra-se estabelecida. Por este motivo, não faz sentido que haja impugnação da maternidade, já que “quando a maternidade resultou da utilização de técnicas de PMA, todo o processo de procriação é acompanhado, sabe-se que o casal forneceu os gametas, e não haverá dúvidas possíveis de que, a seguir, a mulher gerou e teve o parto (...)”. De igual modo, mesmo que o casal tenha utilizado ovócitos de uma outra mulher para ter aquele filho, também não faz sentido que se impugne a maternidade, já que foi a beneficiária das técnicas de PMA a dar à luz e, além disso, o artigo 10.º, n.º 2 da Lei da PMA estipula que os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vier a nascer.

Relativamente ao estabelecimento da paternidade, o artigo 1796.º, n.º 2 do CC prevê que se presume em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do

¹⁰⁰ “O princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação significa que os vínculos de filiação se estabelecem apenas através dos modos previstos imperativamente na lei, com exclusão de quaisquer acordos privados através dos quais se pretenda constituir vínculos diferentes ou com fundamentos diferentes.” RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de Direito..., Ob. Cit., p. 524

casamento, estabelece-se pelo reconhecimento¹⁰¹. O artigo 1826.º, n.º 1 do CC enfatiza esta presunção, ao estabelecer “(...) que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe.”. Contudo, esta presunção pode ser ilidida, caso se prove que o marido da mãe não é o pai.

No caso de os progenitores não serem casados, uma das formas de reconhecer a paternidade, ao abrigo do artigo 1796.º, n.º 2 do Código Civil, é através da perfilhação. Segundo os autores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, a perfilhação consiste “numa manifestação de um indivíduo que se apresenta como progenitor de um filho que ainda não tem a paternidade estabelecida”.¹⁰²

Outra forma de estabelecer a paternidade é através da averiguação oficiosa da mesma, ocorrendo nos casos em que desde o momento do nascimento, a paternidade permaneça incógnita¹⁰³. Nos termos do artigo 1864.º do CC, “Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai.”.

De acordo com os até agora analisados preceitos legais, é seguro afirmar que, tendencialmente, o CC se cinge ao princípio da verdade biológica para o estabelecimento da filiação.

Existem, contudo, três situações em que não prevalece a verdade biológica, de acordo com os autores Rui Manuel Moura Ramos e Guilherme de Oliveira,¹⁰⁴ mais concretamente quanto estamos a falar de técnicas de PMA heteróloga. A primeira situação ocorre quando os espermatozóides utilizados pertencem a um terceiro fora do casal, sendo que, neste caso, o pai da criança não será o pai biológico¹⁰⁵, mas sim o marido ou unido de facto com a mulher. A segunda situação é quando a beneficiária esteja casada ou unida

¹⁰¹ “Ao contrário do regime legal quanto ao estabelecimento da maternidade — que não tem diferenças pelo facto de a mãe ser casada ou solteira — no regime da paternidade tem de se tomar em conta esta alternativa”. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui Manuel Moura, Curso de Direito da Família, Vol. II, 2006, p. 86

¹⁰² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui Manuel Moura, Curso de..., Ob. Cit., p. 149

¹⁰³ Nas palavras de Guilherme de Oliveira, “isto significa que a descoberta da paternidade, além de constituir um interesse relevante do filho que, por isso, dispõe de ação de investigação, constitui também um interesse público”. OLIVEIRA, Guilherme de, Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional, *in* Lex Familiae, Ano 9, 2012, pp. 107 — 115

¹⁰⁴ RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de..., Ob. Cit., p.523

¹⁰⁵ O artigo 21.º da Lei da PMA exclui a sua responsabilidade

de facto com outra mulher¹⁰⁶, em que esta poderá assumir o estatuto jurídico de mãe, sem a criança ter qualquer ligação genética a si. Por último, na gestação de substituição, a mulher que é tida como mãe da criança também não é a mulher que deu à luz¹⁰⁷. No entanto, nesta última situação não vamos totalmente ao encontro da perspetiva dos autores, uma vez que, na gestação de substituição não podem ser utilizados gâmetas da gestante e, assim sendo, o ovócito utilizado pode ser da própria beneficiária, pelo que, neste caso, há algum respeito pelo princípio verdade biológica.

A propósito da gestação de substituição há ainda outros problemas que podem surgir, nomeadamente quando o contrato de gestação de substituição tenha sido celebrado fora de Portugal. A este respeito, refere o parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado¹⁰⁸ que “Os contratos de gestação de substituição validamente celebrados no estrangeiro produzem efeitos em Portugal, no âmbito do estabelecimento da parentalidade no respetivo registo de nascimento, desde que respeitem os princípios estruturantes que presidem à admissibilidade da gestação de substituição no território nacional – artigos 41.º e 22.º do CC e 8.º da Lei n.º 32/2006.”. A questão que se coloca é, pois, o que acontece se esses contratos não forem celebrados validamente ou se não forem coerentes com as regras estabelecidas em Portugal para o acesso à gestação de substituição. Quanto a isto, o parecer supramencionado refere que, apesar de ser defensável que à luz do superior interesse da criança, a filiação nos contratos nulos, celebrados no estrangeiro, fique estabelecida relativamente aos pais internacionais, a realidade é que tal seria “uma posição de tratamento favorável ao reconhecimento das situações jurídicas constituídas à luz do direito estrangeiro”, o que representaria uma “ameaça ao princípio da igualdade.”. A este propósito releva o caso *Paradiso e Campanelli c. Itália*, de 24 de janeiro de 2017¹⁰⁹ segundo o qual um casal italiano decidiu recorrer à gestação de substituição na Rússia, tendo a criança nascido em Moscovo. No próprio dia em que a criança nasceu, a gestante deu o seu consentimento por escrito de

¹⁰⁶ “(...) a mulher que seja cônjuge ou viva em união de facto com a mãe biológica pode registar uma maternidade fundada no consentimento para a utilização das técnicas de PMA dentro do par, e na vontade de assumir também um estatuto legal de mãe (art. 20.º, n.º 1). Mais do que assumir responsabilidades parentais sobre o filho biológico de outra mulher, ela assume o estatuto jurídico de mãe.”. RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de...*, Ob. Cit., pp.526 e 527

¹⁰⁷ O artigo 8.º, n.º 9 da Lei da PMA prevê que “(...) a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários.”.

¹⁰⁸ Processo CC 8/2017-STJSR-CC, de 23 de março de 2018

¹⁰⁹ Pedido n.º 25358/12, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-170359%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]})

que a criança poderia ser registada como filha do casal italiano, tendo a mesma sido assim registada, em Moscovo. Seguidamente, um dos membros do casal foi à embaixada de Itália em Moscovo com o objetivo de regressar com a criança para Itália. No entanto, quando regressaram ao seu país, o Ministério Público italiano instaurou um processo criminal contra o casal e solicitou que a criança fosse colocada para adoção, o que acabou por acontecer, uma vez que na opinião do Tribunal de Menores o casal se tinha colocado numa situação ilegal, ao trazer a criança para Itália, como se fosse a sua própria filha. Além disso, foram também realizados testes de ADN à criança e verificou-se que esta não tinha o material genético de nenhum dos membros do casal, violando o direito italiano que proibia o recurso à PMA heteróloga. Assim, o Tribunal considerou que permitir a permanência desta situação seria permitir a violação do disposto na legislação italiana. Face ao exposto, os requerentes alegaram a violação do artigo 8.º da Convenção, mas o TEDH entendeu que esta não ocorreu, usando a seguinte argumentação: apesar de o Tribunal compreender que o casal sofreu um grande impacto com a separação da criança, a realidade é que permitir que este mesmo casal a adotasse seria permitir a violação da lei italiana. Por este motivo, tendo o Tribunal constatado que a criança não iria sofrer grandes danos com a separação, retirá-la do casal representa a ação mais correta, pois permite um justo equilíbrio entre os diferentes interesses em questão (por um lado, o desejo do casal de se tornarem pais e, por outro os interesses do Estado italiano).

Este caso mostra, portanto, que são vários os problemas que podem surgir aquando do estabelecimento da filiação com recurso a técnicas de PMA heteróloga.

Resta ainda mencionar como ocorre o estabelecimento da filiação no caso de uma mulher só. Sendo permitido, desde a alteração de 2016, o recurso à PMA por uma mulher só, o artigo 20.º, n.º 3 da LPMA prevê que “Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.”. Isto significa que, diferentemente ao que sucede quando é concebida uma criança de forma natural, e se averigua oficiosamente a paternidade, com base no princípio da verdade biológica, no recurso às técnicas de PMA por uma mulher só, não faz sentido, uma vez que o artigo 21.º da LPMA prevê que “O dador de sêmen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.”. Esta situação pressupõe que o ovócito utilizado pertence à mulher só, pertencendo apenas o espermatozóide a um terceiro dador. No

entanto, caso o ovócito não lhe pertença e a mulher só implante um embrião que contém material genético de outras duas pessoas, a situação não muda de figura, uma vez que, como vimos, apesar de ser a dadora do ovócito a mãe biológica, o artigo 1796.º do CC¹¹⁰ atribui a maternidade à beneficiária das técnicas de PMA.

Pode, então, chegar-se à conclusão de que, apesar de, teoricamente o CC se basear no princípio da verdade biológica, a realidade é que, mesmo quando a criança nascida fruto de técnicas de PMA não tenha material genético da mulher que a deu à luz, esta é havida como filha da beneficiária das técnicas, mesmo que o ovócito seja de uma outra mulher¹¹¹. Assim, tendo ligação biológica ou não, nos termos do artigo 1796.º do CC, o que é relevante, exceto no caso da gestação de substituição, é o momento de dar à luz, pelo que este diploma legal acaba por abranger algumas situações que não se enquadram dentro do princípio da verdade biológica.¹¹²

2. A Lei da PMA

As técnicas de PMA trouxeram consigo uma verdadeira revolução quanto ao conceito de família e quanto ao princípio tradicional da verdade biológica¹¹³, tão presente na nossa legislação.

Desde logo, estabelece o artigo 10.º, n.º 1 da Lei da PMA que “Pode recorrer-se a ovócitos, espermatozóides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gâmetas.” Estabelece ainda o n.º 2 do mesmo preceito legal que “Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.”. Assim, quando a criança que nasce, tem material genético de um terceiro – o dador – esta

¹¹⁰ Em conjugação com o artigo 10.º, n.º 2 da Lei da PMA.

¹¹¹ “(...) e a lei específica da PMA afirma que a dadora de ovócitos não poderá assumir a maternidade (arts. 10.º, n.º 2, e 27.º, LPMA).” RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de..., Ob. Cit., p.522

¹¹² “(...) a utilização de técnicas de PMA dentro do casal é quase irrelevante do ponto de vista jurídico. Mesmo que o casal tenha precisado de intervenções próprias da medicina da reprodução - mesmo que a mulher tenha usado um ovócito doado, as regras jurídicas do estabelecimento da filiação pouco se alteram, com a condição de a mulher do casal ter feito a gestação e o parto.”. RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de..., Ob. Cit., p.523

¹¹³ “O fundamento principal dos desvios às regras gerais resultam da capacidade técnica, em PMA, de doar gametas femininos e masculinos, e de doar embriões.”. RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de..., Ob. Cit., p.521

é considerada, para efeitos legais, filha dos beneficiários das técnicas, reforçando o artigo 21.º da Lei da PMA que “O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.”.

Nos termos do artigo 19.º, n.º 1 da Lei da PMA, “É permitida a inseminação com sémen de um dador quando não puder obter-se gravidez de outra forma.”. Assim, caso estejamos perante um casal, casado ou unido de facto, sendo o ovócito da beneficiária e o espermatozóide de um terceiro, a criança que vier a nascer é “(...) havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, (...) sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo.”, nos termos do artigo 20.º, n.º 1. Deste modo, a Lei da PMA não deixa dúvidas quanto ao facto de o dador de gâmetas não ter qualquer responsabilidade parental para com a criança que vier a nascer.

É de notar que a epígrafe do artigo 20.º da Lei da PMA fala em “determinação da parentalidade”, utilizando esta palavra ao invés de “paternidade”, de forma a abranger também os casais de mulheres¹¹⁴.

Relativamente à impugnação da parentalidade, o artigo 20.º, n.º 4 prevê que “O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.” No mesmo sentido, estabelece o artigo 1839.º, n.º 3 do CC que “Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”, o que faz sentido, já que, desde o primeiro momento que o cônjuge sabia que não ia ser o pai biológico e, ainda assim, consentiu na utilização de técnicas de PMA. Assim, a impugnação reserva-se apenas para os casos em que o consentimento não tenha sido devidamente prestado¹¹⁵.

A solução apresentada pela Lei da PMA não vai, assim, ao encontro do princípio da verdade biológica, na medida em que, no caso de doação de gâmetas, tanto de sémen, como de ovócitos, a criança será tida como filha dos beneficiários das técnicas. No primeiro caso, por força da aplicação dos artigos 10.º, n.º 2 e 21.º da Lei da PMA e, no segundo caso, por força dos artigos 10.º, n.º 2 da Lei da PMA e 1796.º, n.º 1 do CC.

¹¹⁴ RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de..., Ob. Cit., p.532

¹¹⁵ RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de..., Ob. Cit., p.533

Assim, nas situações de doação de espermatozóides, ovócitos e embriões, o(s) dador(es) são pai/mãe/pais de uma criança que nunca irão assumir como sua filha, o que não deixa de causar alguma estranheza. Veremos, portanto, no ponto seguinte, se esta solução é compatível com o superior interesse da criança.

3. O superior interesse da criança e o direito à identidade genética

Como vimos, o recurso a técnicas de PMA homóloga não levanta problemas quanto à filiação, uma vez que os gâmetas utilizados pertencem aos próprios membros do casal. O problema surge quando a criança que nasce é detentora do material genético de um terceiro, não sendo este terceiro, em termos legais, o seu pai ou a sua mãe.

Existem, na CRP uma série de normativos relacionados com a filiação – o direito a constituir família (artigo 36.º, n.º 1 da CRP), a proibição de discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do mesmo (artigo 36.º, n.º 4 da CRP), o princípio da proteção da família, o direito à identidade pessoal, isto é, direito a ter um nome, de não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o use (artigo 26.º, n.º 1 da CRP), o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP) e o direito à historicidade pessoal, na medida do direito ao conhecimento da identidade dos progenitores (artigo 26.º, n.º 3 da CRP). Ora, neste sentido pode afirmar-se que “a identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal”,¹¹⁶ já que significa que uma pessoa tem o direito a saber quem são os seus progenitores biológicos, algo essencial para a sua própria identidade e para decisões futuras.¹¹⁷ Deste modo, como nos diz Rose Melo Vencelau, “(...) se com a denominação de direito da personalidade se pretende discriminar os direitos que visam tutelar a pessoa humana, não se pode negar que as ações de estado de filiação, bem como as que objetivam o conhecimento da origem biológica, são expressões processuais dessa tutela”.¹¹⁸

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Edição, 2010, p.284

¹¹⁷ GALANTE, Fátima, A adoção: identidade pessoal e genética, Verbo Jurídico, 2015, p.18, “No conteúdo do direito ao conhecimento das origens genéticas deve integrar-se a faculdade, em princípio reconhecida a todo o indivíduo, de investigar judicialmente a maternidade e a paternidade, com o objetivo de lograr a coincidência entre vínculos jurídicos e biológicos. O reconhecimento desta faculdade não pode deixar de considerar-se como o ponto fulcral da tutela conferida ao direito, na medida em que a sua efetivação permite ao sujeito, não só aceder à identidade dos progenitores como retira dessa informação todos os efeitos que o ordenamento jurídico determina serem decorrentes da relação de filiação.”

¹¹⁸ VENCELAU, Rose Melo, O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, a biológica e a afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.380

Posto isto, cumpre refletir se faz sentido que alguém que, em termos biológicos, é pai de uma criança, possa eximir-se das suas responsabilidades parentais ou se, por outro lado, tal representa uma violação demasiado grave de um direito constitucionalmente consagrado.

Poderia questionar-se uma possível violação do artigo 26.º, n.º 3 da CRP, ou seja, do direito ao conhecimento das origens. Contudo, a verdade é que a Lei da PMA não proíbe que a criança venha a saber quem é o seu verdadeiro pai. Na sua redação original, o artigo 15.º da LPMA previa a obrigatoriedade de manter sigilo em relação à identidade de participantes em técnicas de PMA, podendo apenas os filhos nascidos através destas técnicas ter acesso a informações genéticas que lhes dissessem respeito. Sendo esta solução violadora do artigo 26.º, n.º 3 da CRP, o n.º 2 do artigo 15.º acabou por ser alterado, passando a prever a possibilidade de as pessoas nascidas fruto de técnicas de PMA poderem saber a identificação civil do dador(a) de gâmetas, caso tenham idade igual ou superior a 18 anos.

Efetivamente, desta forma, não poderá dizer-se que exista uma violação dos normativos constitucionais, uma vez que é permitido o conhecimento da identidade do dador de gâmetas ou embriões. Não obstante, a alteração do artigo 15.º, n.º 2 não é necessariamente suficiente para se encontrar ultrapassado o problema, uma vez que continua a pairar a questão de saber se é compatível com o superior interesse da criança um homem poder eximir-se das suas responsabilidades enquanto pai. Assim, e como nos diz o STJ¹¹⁹, “(...) resulta claro que corresponde ao interesse da criança que os laços entre ela e a sua família sejam mantidos, exceto nos casos em que esta se tenha mostrado particularmente indigna: quebrar este laço reconduz-se a cortar a criança das suas raízes.”. Diz-nos, portanto, o STJ que cortar o laço biológico é cortar a criança das suas raízes e, por outro lado, diz-nos o artigo 20.º, n.º 1 e o artigo 21.º da Lei da PMA¹²⁰ que o pai da criança nunca será o seu pai biológico, a não ser que estejamos a falar de PMA homóloga. Ora, tal é totalmente incompatível.

¹¹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2022, Processo n.º 23290/19.0T8LSB.L1.S1, Relator Catarina Serra

¹²⁰ “Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida (...) vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa (...)” e “O dador de sêmen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.”. respetivamente.

De acordo com o STJ¹²¹, o superior interesse da criança “(...) define-se como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja o dos adultos terceiros.”. Assim, a Lei da PMA não vai propriamente de encontro àquele que é o entendimento da jurisprudência, na medida em que apenas em casos muito específicos, como veremos, é que se poderá justificar cortar os laços biológicos. Nas restantes situações, corresponderá ao superior interesse da criança estabelecer laços afetivos com quem tem raízes biológicas.

Compreende-se que as técnicas de PMA heterólogas são fundamentais para muitos casais que não conseguem conceber naturalmente, mas a realidade, é que implicam uma série de questões éticas e legais, especialmente no que diz respeito ao superior interesse da criança. O reconhecimento do direito à identidade genética e ao conhecimento das origens são, portanto, uma forma de garantir o desenvolvimento integral da criança, tendo em consideração a sua saúde e bem-estar emocional. Apesar de a Lei da PMA ter avançado no sentido de garantir esses direitos à criança, a realidade é que permitir o conhecimento das origens por parte da criança quando esta atinge a maioridade não se revela suficiente. Assim, feita esta análise, é inegável que a Lei da PMA não tem em consideração o vínculo biológico que existe entre a criança e o dador de gâmetas, sobrepondo o interesse dos beneficiários das técnicas de PMA aos da criança que vier a nascer¹²², garantido que serão eles os seus pais, não havendo a possibilidade de interferência de qualquer terceiro.¹²³

No mesmo sentido diz-nos o Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional que “Deixa de se privilegiar a correspondência entre a progenitura social e a progenitura biológica, consagrando-se uma solução jurídica que favorece, de forma desproporcional, a primeira.”.

A nível internacional, prevê o artigo 3.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança que “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o superior interesse da criança.” Refere ainda o artigo 24.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) que

¹²¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de dezembro de 2019, Processo n.º 1431/17.2T8MTS.P1.S1, Relator Jorge Dias

¹²² No entendimento de Jorge Duarte Pinheiro, as pessoas são livres de decidir ter ou não ter filhos, desde que se respeite sempre o interesse da criança. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito...*, Ob. Cit., p.216

¹²³ Processo n.º 95/17, Relator Conselheiro Pedro Machete, disponível em <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2018/05/08700/0188501979.pdf>

“As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar (...)” Deste modo, em última análise, o superior interesse da criança deve ser o princípio norteador das decisões sobre a utilização das técnicas de PMA, procurando sempre assegurar o desenvolvimento saudável da criança, com o máximo de respeito pela sua identidade pessoal e pelo seu direito à verdade. Contudo, infelizmente, mais uma vez reforçamos que a regulação das técnicas de PMA desvirtualiza o superior interesse da criança, o que é inaceitável.

4. A questão do anonimato do dador

O anonimato do dador é um tema que levanta várias questões, sobretudo no que diz respeito à conciliação do direito à identidade dos filhos concebidos por recurso a técnicas de PMA e do direito à proteção da privacidade dos dadores.

Já vimos, então, que quanto ao estabelecimento da filiação, os interesses dos pais e de adultos terceiros são colocados à frente dos da criança. Resta averiguar se, relativamente ao anonimato do dador, sucede o mesmo.

Em primeiro lugar, existem vários preceitos legais da Convenção sobre os Direitos da Criança que são de salientar – o artigo 7.º, n.º 1 estabelece que “a criança (...) tem (...) sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles”; o n.º 2 do mesmo preceito legal refere que “os Estados Partes garantem a realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos”; o artigo 8.º, n.º 2 preceitua que “(...) no caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e proteção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível”. É, portanto, visível a importância dada a nível europeu quanto ao direito a conhecer as origens.

Ainda assim, existem duas teses quanto ao anonimato do dador – a primeira que defende que o anonimato deve prevalecer sobre o direito a conhecer as origens, uma vez que pode ser “potencialmente perturbador das relações de filiação que se vão desenvolvendo com os pais” e, a segunda que entende o contrário, isto é, que não se deve sacrificar o direito a conhecer as origens.

O ordenamento jurídico português enquadra-se neste segundo grupo¹²⁴, após a alteração legislativa do artigo 15.º, havendo vários argumentos válidos. Primeiramente, é de salientar que a impossibilidade de conhecer as origens genéticas pode não corresponder ao interesse da criança nascida fruto das técnicas de PMA,¹²⁵ já que manter uma boa relação com os pais jurídicos pode não ser, necessariamente, o melhor para si. Em segundo lugar, é inegável que proibir o conhecimento das origens biológicas é violar direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.¹²⁶

Quanto à doutrina a favor do princípio do anonimato do dador, defende a autora Paula Martinho da Silva¹²⁷ que, caso o anonimato não seja mantido, tal traduzir-se-á num potencial surgimento de problemas quanto ao estabelecimento da filiação¹²⁸, já que haveria a possibilidade de a criança ter vários pais, sendo que um deles poderia não ter qualquer intenção de assumir a parentalidade. No entanto, consideramos este argumento refutável, na medida em que, como vimos, a CRP e o CC se guiam pelo princípio da verdade biológica. Assim sendo, em caso de conflito o critério de desempate seria sempre o do vínculo biológico, sendo este apenas afastado numa situação especialmente grave em que tal não correspondesse ao superior interesse da criança.

Outro argumento apresentado a favor desta corrente doutrinária é o de Carlos Pamplona Corte-Real¹²⁹. Segundo este autor, não tem cabimento que a identidade do dador não seja anónima, uma vez que as técnicas de PMA devem ter em conta, em primeiro lugar, os beneficiários e não os dadores. Para além disso, caso o anonimato não fosse a regra, muitos dadores poderiam não se sentir confortáveis em revelar a sua identidade e não procederiam à doação de gâmetas. No nosso entendimento, este argumento também é facilmente refutável, na medida em que parte da premissa errada.

¹²⁴ Contrariamente ao que sucede no ordenamento jurídico espanhol, em que a doação de gâmetas é anónima. Estabelece o artigo 5.º, n.º 5 da Lei n.º 14/2006 sobre as técnicas de reprodução humana assistida que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.”

¹²⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Família*, 2001, pp.109-110

¹²⁶ Nas palavras de Oliveira Ascensão, “um ser que nasce sem história, através de gâmetas anónimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado”. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito e Bioética*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Almedina, 1990, pág. 27 e 28

¹²⁷ COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada e Legislação Complementar*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

¹²⁸ O autor Tiago Miguel Mendonça também é deste entendimento, considerando que caso não existisse o anonimato do dador, haveria multiplicação de figuras paternais. MENDONÇA, Tiago Miguel, *Análise económica e direito da família, um casamento feliz?*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013

¹²⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva, *Direito da Família - Tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008

As técnicas de PMA não deveriam, apesar de terem, em conta em primeiro lugar os interesses dos beneficiários e/ou dos dadores, mas sim os das crianças que vierem a nascer.

Do outro lado da moeda temos a doutrina contra o princípio do anonimato do dador. Guilherme de Oliveira é do entendimento de que manter sigilo quanto à identidade do dador é violar o direito ao conhecimento da historicidade pessoal.¹³⁰ Jorge Duarte Pinheiro¹³¹ baseia o seu argumento na lei, na medida em que não conhecer as origens é violador do constitucionalmente consagrado no artigo 26.º, n.º 3 da CRP.¹³² Assim, como referem Jorge Miranda e Rui Medeiros¹³³, “O direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal. Ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente o é”.

Apesar de considerar o entendimento destes autores infinitamente mais razoável, a realidade é que esta questão não é unânime. No caso *Odievre c. França*¹³⁴, o TEDH entendeu que as pessoas “têm um interesse vital, protegido pela Convenção, em receber as informações necessárias para conhecer e entender a sua infância e desenvolvimento inicial”. Este caso envolve uma mulher francesa, que foi abandonada pela mãe logo após o nascimento. Foi adotada por um casal em 1969 e, em 1990, ao consultar o seu processo, descobriu que não tinha acesso a certas informações, nomeadamente sobre a identidade dos seus pais biológicos e sobre os seus irmãos, tendo-as solicitado ao Tribunal. Contudo, o problema surge pelo facto de, na altura, em França, o anonimato dos pais biológicos ser protegido nos casos de adoção. Por este motivo foi-lhe negado o acesso às informações pretendidas e, face a isto, a recorrente entendeu estar a ser violado o artigo 8.º da Convenção, já supra explorado, no que toca ao direito à vida privada, que abrange o direito à historicidade pessoal. No entanto, o Tribunal considerou que este direito à vida privada abrange tanto a criança quanto a mãe. Assim, salientou, por um lado, o direito a conhecer as origens e, por outro, o interesse da mulher em permanecer anónima. Deste modo, o Tribunal acabou por concluir que, tratando-se de duas adultas no caso em

¹³⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de...*, Ob. Cit., pp.109-110

¹³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito...*, Ob. Cit., pp. 181-182

¹³² Paulo Otero sufraga do mesmo entendimento, considerando que nenhum direito é suscetível de colidir com o direito a conhecer as origens. OTERO, Paulo, *Personalidade e...*, Ob. Cit., pp. 73-74.

¹³³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, 2010, pg. 609.

¹³⁴ Pedido n.º 42326/98, de 13 de fevereiro de 2003. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60935%22%5D%7D>

questão, a divulgação não consensual da identidade da mãe (note-se que esta tinha solicitado que o nascimento e a sua identidade fossem mantidos em segredo) poderia apresentar sérios riscos, não apenas para ela própria, como também para a família que a educou e para o seu pai biológico e irmãos, cada um dos quais também com direito ao respeito pela sua vida privada e familiar. Assim sendo, neste caso, o TEDH, após uma ponderação de interesses, acabou por colocar o da mãe à frente.¹³⁵

Contudo, existem casos em que o TEDH decidiu de forma mais razoável, nomeadamente no caso *Gaskin c. United Kingdom*¹³⁶, tendo concluindo que “(...) os cidadãos têm um interesse vital, protegido pela Convenção, em receber toda a informação necessária para conhecer e compreender a sua infância e desenvolvimento.”

5. O alargamento do prazo da averiguação oficiosa da paternidade

A propósito da ação de investigação da paternidade, importa referir que esta constitui o único meio disponível no nosso ordenamento jurídico para revelar a identidade biológica, possibilitando o conhecimento das origens e, conseqüentemente, dar cumprimento ao direito à identidade pessoal, constitucionalmente consagrado¹³⁷.

No âmbito da averiguação oficiosa da paternidade releva o Acórdão do TC n.º 401/2011¹³⁸. Neste processo, A propôs uma ação de investigação de paternidade, pedindo que fosse judicialmente declarado que era filho de B. C contestou, invocando a caducidade para a propositura da ação, com base no artigo 1817.º, n.º 1 do CC. Até 2004, o artigo 1817.º, n.º 1 do CC estabelecia o prazo de dois anos contados a partir da maioridade para propor uma ação de investigação de paternidade.¹³⁹ No entanto, no

¹³⁵ “Está em jogo o peso relativo que o direito à identidade pessoal merece e a importância que a lei lhe dá no regime que institui vis a vis o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar.” Acórdão do TC n.º 225/2018, Processo n.º 97/17, Relator Conselheiro Pedro Machete

¹³⁶ Pedido n.º 10454/83 de 7 julho de 1989. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-45386%22%7D>

¹³⁷ “O direito de alguém a tornar-se naquilo que ainda não é: o de passar a ser filho, juridicamente reconhecido como tal, de determinada pessoa que é o seu pai biológico. É o direito de se autodeterminar no sentido de adquirir o estatuto de filho, de, no processo de autodefinição individual através da condução da sua vida, tomar a opção de conformar a sua identidade nela integrando um vínculo de filiação a que tem direito, mas que ainda não se encontrava estabelecido”. RIBEIRO, Joaquim Sousa, A inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito à investigação da paternidade, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 147.º, n.º 4009, 2018, p. 216

¹³⁸ Processo n.º 497/10, Relator João Cura Mariano

¹³⁹ Na opinião de Jorge Duarte Pinheiro, “A caducidade da investigação da paternidade ou maternidade obsta ao exercício de direitos familiares, de direitos emergentes de ligação familiar, como direito a alimentos de fonte legal (a que corresponde, no lado passivo, o dever paternal de sustento ou assistência),

Acórdão 486/2004, o Tribunal Constitucional julgou esta norma inconstitucional, porquanto violava vários direitos fundamentais, nomeadamente os constantes nos artigos 26.º, n.º1, 36.º, n.º1 e 18.º, n.º2 da CRP. Assim, este Acórdão acabou por reconhecer a imprescritibilidade das ações de investigação da paternidade.

Sendo esta uma solução bastante radical, a Lei n.º 14/2009 veio estabelecer o prazo de dez anos a contar da maioridade para a propositura da ação de investigação da paternidade. Foi, então, neste seguimento que o Ac. 401/2011 não julgou inconstitucional a redação do artigo 1817.º, n.º 1, prevendo este um prazo de anos para a propositura da ação. Contudo, o prazo de dez anos para impugnar a paternidade continua a não ser unânime na jurisprudência. No Acórdão do STJ¹⁴⁰ de 31 de outubro de 2023, Maria Clara de Sottomayor entende que este prazo corresponde a uma violação do disposto nos artigos 36.º, n.º 1 e n.º 4, 25.º e 26.º, n.º 1, todos da CRP, na medida em que se trata de uma “restrição desproporcionada dos direitos fundamentais a constituir família, à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como o direito a conhecer a ascendência biológica e a ver estabelecidos os correspondentes vínculos jurídicos de filiação”. No mesmo sentido, Pedro de Lima Gonçalves, no Acórdão do STJ de 31 de janeiro de 2017¹⁴¹ considerou que “A norma constante do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, na dimensão interpretativa que prevê um prazo limitador da possibilidade da (...) propor a (...) ação de investigação de paternidade, com fundamento no facto biológico da filiação, é inconstitucional, uma vez que o direito a conhecer a ascendência biológica constitui dimensão essencial do direito à identidade pessoal previsto no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (...)”. Refere ainda a Decisão Sumária n.º 624/2024¹⁴² que “(...) o estabelecimento de um prazo de caducidade para a ação de investigação da paternidade afeta o conteúdo e o exercício do direito à identidade pessoal (consagrado no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição), do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (n.º 1 do artigo 26.º da Constituição) e do direito a constituir família

tão cuidadosamente protegido pelo legislador. Ou seja, a consagração de um prazo de caducidade repugna constitucionalmente”. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito...*, Ob. Cit.

¹⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de outubro de 2023, Processo n.º 1030/21.4T8STR.E1.S1, Relator Maria Clara de Sottomayor. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28cd991a344e965880258a5c0047c279?OpenDocument>

¹⁴¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2017, Processo n.º 440/12.2TBBCL.G1.S1, Relator Pedro de Lima Gonçalves Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2017:440.12.2TBBCL.G1.S1.C1?search=9aBFhQhm-ITwLhBnFaA>

¹⁴² Processo n.º 995/2023, Relator Conselheiro Afonso Patrão

(garantido pelo disposto no n.º 1 do artigo 36.º da Constituição).”. Assim, como refere Guilherme de Oliveira, “saber quem sou exige saber de onde venho”.¹⁴³

6. Vantagens da filiação não biológica

Como vimos, é indiscutível que o direito ao conhecimento das origens se revela como algo fulcral para o desenvolvimento de uma criança. Não obstante, tal não significa que a criança não possa ser criada por outros indivíduos que não sejam os seus pais. Significa apenas que, em muitos casos, corresponde ao superior interesse da criança ser criada por quem tem vínculos biológicos consigo. Noutros casos, tal pode corresponder ao oposto daquilo que é mais vantajoso para si, sendo, portanto, nestes casos que a filiação não biológica se pode revelar fundamental para garantir o bem-estar da criança.

Assim, a filiação não biológica em Portugal tem vindo a ser reconhecida e protegida, encontrando-se a sua admissibilidade centrada na ideia de que a filiação deve ser reconhecida independentemente da biologia, podendo a maternidade e a paternidade ser estabelecidas por outras formas de relação, como a adoção ou a PMA, onde, como vimos, existe a possibilidade de se estabelecer a filiação quanto a pessoas sem vínculo biológico com a criança. Neste sentido refere Paulo Lobo que “A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade”.¹⁴⁴

Deste modo, um dos argumentos que se pode invocar a favor da filiação não biológica é o superior interesse da criança, no sentido em que a decisão de atribuição da filiação deve ser guiada pelo que é melhor para a criança, independentemente da existência ou não de um vínculo biológico. Note-se que este entendimento não é, necessariamente, contraditório com o que foi explorado anteriormente a propósito do superior interesse da criança – efetivamente pode corresponder ao superior interesse da criança ter a sua filiação estabelecida com quem tenha vínculos biológicos, contudo, por vezes, tal não é possível, sendo do seu interesse ter a filiação estabelecida a favor de duas

¹⁴³ OLIVEIRA, Guilherme de, Caducidade das..., Ob. Cit., p.51

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, *in* Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica> (acesso em 2 de março de 2025)

peessoas que zelam pelo seu bem-estar e segurança, em detrimento de ter a filiação estabelecida a favor de uns pais biológicos que não pretendem ter qualquer relação consigo. É o que sucede, por exemplo, nos casos de adoção. Neste sentido, refere o Tribunal da Relação de Lisboa que “Do regime legal e convencional em vigor emana a conceção de que o desenvolvimento feliz e harmonioso de uma criança se processa e deve realizar-se no seio da família biológica, tida como a mais capaz de proporcionar à criança o necessário ambiente de amor, aceitação e bem estar; porém, se esta não poder ou não quiser desempenhar esse papel, haverá que, sendo possível, optar pela sua integração numa outra família, através da adoção.”¹⁴⁵

Outro argumento importante é a defesa da igualdade de direitos entre diferentes tipos de famílias. A filiação não biológica permite que casais de pessoas do mesmo sexo, mulheres solteiras, homens sós (se estivermos a falar de adoção) ou outras estruturas familiares não tradicionais possam ter os mesmos direitos que os casais heterossexuais, assegurando a igualdade de tratamento, sem discriminação com base na orientação sexual, no estado civil ou no género.

Além disso, a filiação não biológica também se tem revelado num importante instrumento para garantir a proteção jurídica da criança e dos pais não biológicos, nos cenários de PMA e adoção. No contexto de PMA heteróloga, em que se recorra, por exemplo, à doação de esperma, a filiação não biológica é fundamental para garantir que o/a companheiro(a) da mulher, que se envolve no processo de parentalidade, seja reconhecido legalmente como pai/mãe da criança. Igualmente, na perspetiva da adoção, a criança é reconhecida legalmente como filha do adotante, com todos os direitos que lhe estão associados. Assim sendo, a filiação não biológica oferece à criança segurança jurídica, garantindo-lhe, por exemplo, direitos de herança. Para além disso, é suscetível de combater estigmas que possam existir relativamente a crianças que não têm vínculo biológico com os seus progenitores, ao não existir qualquer distinção na lei face às crianças com vínculo biológico.

¹⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de fevereiro de 2014, Processo n.º 1035/06.5TBVFX-A.L1-2, Relator Jorge Leal. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:1035.06.5TBVFX.A.L1.2.61>. No mesmo sentido, pode ler-se mais à frente que “Quando a família biológica é ausente ou apresenta disfuncionalidades que comprometem o estabelecimento de uma relação afetiva gratificante e securizante com a criança, impõe a Constituição que se salguarde o superior interesse da criança, particularmente através da adoção (...) Trata-se, por outro lado, de uma intervenção que se reclama urgente, porquanto a personalidade da criança se constrói nos primeiros tempos de vida, revelando-se imprescindível para que a criança seja feliz e saudável que quem exerce as funções parentais lhe preste os adequados cuidados e afeto.”.

A filiação não biológica é ainda suscetível de promover vínculos afetivos e emocionais sólidos entre os pais e as crianças, baseados em cuidado e dedicação, podendo, muitas vezes, ser estes vínculos mais significativos do que uma simples conexão genética. Neste sentido, refere o supramencionado Acórdão que “(...) não basta que haja relação afetiva entre pais e filhos, é necessário que esta assuma a natureza de verdadeira relação pai/mãe – filho, com a inerente auto-responsabilização do progenitor pelo cuidar do filho, por lhe dar orientação, estimulá-lo, valorizá-lo, amá-lo e demonstrar esse amor de forma objetiva e constante, de molde que a própria criança encare o progenitor como referência com as referidas características.”. Assim sendo, o que é relevante é que a criança receba todo o amor e proteção que merece, não sendo necessário, para tal, a existência de um vínculo biológico.¹⁴⁶

7. E se a criança quiser alterar o estabelecimento da filiação?

Apesar de, como constatado, a filiação não biológica acarretar inúmeras vantagens, cumpre refletir sobre o que sucede no caso de a criança querer estabelecer a filiação a favor dos seus pais biológicos.

Ora, no caso específico da adoção, a criança tem a filiação estabelecida relativamente aos pais não biológicos, não permitindo o nosso ordenamento jurídico que este vínculo jurídico seja alterado, mesmo que a criança, ao atingir a maioridade, deseje estabelecer uma relação jurídica com os pais biológicos. A única possibilidade de alterar cinge-se a casos excepcionais em que o registo é considerado nulo¹⁴⁷ e é necessário lavrar-se um novo ou em que existe um erro no processo de adoção.

Relativamente à PMA, a situação é idêntica. Como vimos, nos casos de casais de mulheres que recorrem à doação de gâmetas, a filiação é estabelecida com a mulher que gera a criança e com a sua companheira (com a qual a criança não tem vínculo biológico),

¹⁴⁶ “(...) as crianças precisam de ter vínculos afetivos seguros com os seus cuidadores ou figuras de referência, que podem não ser os seus progenitores biológicos, (...)” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de fevereiro de 2021, Processo n.º 211/20.2T8STC.E1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor

¹⁴⁷ Nos termos do artigo 87.º do Código do Registo Civil (Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de julho), o registo é nulo quando: a) For falso ou resultar da transcrição de título falso; b) Os serviços de registo forem incompetentes para o lavrar; c) Contiver a aposição do nome de quem não tenha competência funcional para nele apor o seu nome, se tal não resultar diretamente do próprio contexto, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 369.º do Código Civil;”. De acordo com o artigo 88.º do mesmo diploma legal “A falsidade do registo só pode consistir em: a) A aposição do nome do funcionário não ser da autoria da pessoa a quem é atribuída; b) Ter sido viciado por forma a induzir em erro acerca do facto registado ou da identidade das partes; c) Apresentar-se como inscrição de um facto que nunca se verificou; d) Apresentar-se como transcrição de um título existente.”

não tendo o pai biológico, isto é, o dador de gâmetas, nenhum direito ou obrigação legal em relação à criança. Contudo, como vimos, a criança pode conhecer a identidade do dador quando atingir 18 anos, apesar de tal não alterar a filiação jurídica, permanecendo esta intacta. Deste modo, a filiação com os pais não biológicos não pode ser restabelecida, a não ser que tenha sido estabelecida de forma irregular, isto é, nos casos excepcionais supramencionados ou no caso de erro no reconhecimento da filiação.¹⁴⁸ Assim sendo, existem exceções ao princípio da imutabilidade do nome, nomeadamente a exceção baseada em “alteração fundada em estabelecimento da filiação, adoção, sua revisão ou revogação”, nos termos artigo 104.º, n.º 2, al. a) do Código do Registo Civil. Não obstante, para que tal aconteça, é necessário haver uma decisão judicial que declare que se encontra revogado o estabelecimento de filiação/adoção.

Efetivamente, consegue compreender-se que assim seja. Ora, se a filiação legal já foi estabelecida a favor dos pais não biológicos, e a criança já cresceu dentro de uma estrutura familiar estável, o princípio do superior interesse da criança impõe que uma mudança deste calibre seja cuidadosamente ponderada. Assim, restabelecer a filiação com os pais biológicos quando já existe uma filiação estável com os pais não biológicos pode ter um impacto negativo na criança, tanto em termos afetivos como sociais. Deste modo, o Tribunal deverá ter sempre em conta o que for mais benéfico para o desenvolvimento da criança ao decidir sobre qualquer pedido de modificação da filiação.

¹⁴⁸ Nestes casos, é necessário que haja uma sentença judicial que o declare. Assim, “(...) estando os factos relativos à filiação e ao nome sujeitos ao registo civil, a sua alteração, por estabelecimento ou por revogação através de sentença, está obrigatoriamente sujeita a registo (...)”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de abril de 2023, processo n.º 4770/20.1T8SNT.L1.S1, Relator Jorge Arcanjo. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ef38242df09927d680258998002b91e6?OpenDocument>

Conclusão

A PMA em Portugal é um reflexo das transformações da sociedade e da adaptação do conceito de família à realidade contemporânea. Ao longo das últimas décadas, o conceito de família evoluiu significativamente, passando a compreender não apenas os modelos tradicionais, mas também as diversas configurações familiares resultantes de diferentes opções reprodutivas, como a PMA, que permite que casais heterossexuais, casais de mulheres e mulheres sós constituam uma família. Assim, o direito à reprodução e à constituição de família, reconhecidos pelo ordenamento jurídico português, impõem ao Estado a obrigação de garantir a todos o acesso às técnicas de PMA.

A Lei n.º 17/2016 representou, portanto, um largo passo neste sentido – de garantir o acesso às técnicas de PMA a todas as pessoas – ao alargar o âmbito de aplicação a todas as mulheres independentemente do estado civil ou orientação sexual. Com este alargamento as técnicas de PMA deixaram de ser um método subsidiário, passando antes a ser um método alternativo de procriação, contrariando o até hoje disposto na Lei da PMA. Não obstante, apesar desta evolução, ainda persiste a exclusão dos casais de homens e dos homens sós no acesso a estas técnicas, o que se reflete em questões de discriminação de género e de desigualdade no acesso às técnicas de PMA.

No seguimento do alargamento do recurso à PMA a todas as mulheres, foi também regulado o acesso à gestação de substituição, através da Lei n.º 25/2016. A gestação de substituição, à semelhança do acesso a técnicas de PMA apenas é acessível a mulheres que, devido à ausência de útero ou outros problemas, estejam impedidas de forma absoluta e definitiva de levar a cabo uma gravidez. Assim, também os homens se encontram excluídos da possibilidade de recorrer à gestação de substituição, o que não tem grande cabimento, por três principais motivos – o artigo 8.º, n.º 4 da Lei da PMA exige que sejam utilizados os gâmetas de pelo menos um dos beneficiários, pelo que o homem poderia usar o seu material genético; a gestante não pode doar nenhum ovócito no concreto procedimento em que seja participante, nos termos do mesmo preceito legal, não podendo, portanto, a criança em circunstância alguma ser sua filha biológica; a doação de ovócitos é lícita, nos termos do artigo 10.º, n.º 1 da Lei da PMA. Deste modo, bastava que um dos membros do casal de homens, ou o homem só, recorresse à doação de um ovócito e utilizasse os seus espermatozoides, para que pudesse ter um filho

biológico. No entanto, tal não se revela possível porquanto a lei refere explicitamente que apenas as mulheres podem beneficiar do acesso à gestação de substituição. Ora, tal não se compreende, já que se os direitos das mulheres foram alargados, também os dos homens deveriam ter sido, na medida em que o direito a constituir família assiste a todos, sendo seguro afirmar que existe uma discriminação relativamente aos homens no acesso a técnicas de reprodução alternativas.

Diferentemente, no regime da adoção, esta discriminação não se encontra presente, podendo os homens adotar em casal ou individualmente, o que é visto como uma falha de lógica, já que ambos os regimes se relacionam com o direito fundamental de constituir família. Através da comparação dos regimes da PMA e da adoção é também nítido que a adoção prioriza o superior interesse da criança e, opostamente, a PMA tem uma abordagem mais voltada para os interesses dos beneficiários, o que é visível, desde logo, pela falta de imposição de limite de idade para o homem que recorra a estas técnicas. Assim, na PMA, é possível que um dos beneficiários seja um homem com 90 anos de idade (enquanto na adoção existe o limite máximo de 60 anos para adotar), o que não é compatível, evidentemente, com o superior interesse da criança, já que corresponde ao seu interesse ter os pais por perto o máximo de tempo possível.

Relativamente ao estabelecimento da filiação, esta é uma temática que acarreta bastantes desafios, nomeadamente nas situações de PMA heteróloga, quando são utilizados gâmetas de terceiros, já que o Código Civil se guia bastante pelo princípio da verdade biológica. Assim, geralmente, a maternidade é estabelecida pela mulher que dá à luz, mesmo que o ovócito venha de outra mulher (exceto no caso de gestação de substituição, em que a maternidade se estabelece a favor da beneficiária) e a paternidade é presumida pelo marido da mãe ou, no caso de os progenitores não serem casados, através da perfilhação, nos termos do artigo 1796.º, n.º 2 do CC. Nos casos de PMA heteróloga existe um desvio a este princípio da verdade biológica, já que, por exemplo, quando o espermatozoide ou ovócito utilizado seja proveniente de um terceiro, o pai legal é o marido da mulher, mesmo não tendo a criança o seu material genético ou a mãe é a mulher que gerou o filho, mesmo sem ter sido utilizado um ovócito seu.

A este propósito, levanta-se a questão do anonimato do dador de gâmetas, sendo este um tema controverso na medida em que envolve o equilíbrio entre o direito da criança a conhecer as suas origens e o direito à reserva da intimidade da vida privada do dador. No nosso ordenamento jurídico era proibido o acesso à informação relativa à identidade

Conclusão

dos dadores. Contudo, considerou-se que proibir o conhecimento das origens biológicas violava direitos constitucionalmente consagrados, nomeadamente o artigo 26.º, n.º 3 da CRP. Por este motivo, com a alteração ao 15.º da Lei da PMA, Portugal passou a inserir-se no grupo de países em que é permitido o conhecimento da identidade dos dadores, a partir do momento em que a criança atinge os 18 anos de idade. Pelo mesmo motivo, isto é, por ser violador do direito à identidade pessoal, o prazo para a averiguação oficiosa da paternidade também foi alargado, sendo possível propor esta ação até 10 anos depois de o investigador atingir a maioridade, conforme estipula o artigo 1817.º, n.º 1 do CC.

Quanto à filiação não biológica, esta tem sido reconhecida nos casos de adoção e PMA, permitindo uma igualdade de direitos entre diferentes tipos de famílias e assegurando a proteção jurídica da criança, permitindo que seja legalmente reconhecida como filha dos pais adotivos ou dos beneficiários das técnicas de PMA.

Assim, a PMA em Portugal é um reflexo das mudanças sociais e da evolução do conceito de família, impondo desafios jurídicos e éticos que exigem uma constante adaptação das leis para garantir a igualdade e o bem-estar de todos os envolvidos. O direito a constituir família deve ser assegurado sem discriminação, respeitando as diferenças e os direitos fundamentais de todas as pessoas, incluindo os das crianças nascidas através do recurso à PMA, sendo a filiação não biológica um meio crucial para se conseguir alcançar esta realidade.

Bibliografia

ARAÚJO, Fernando, A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida, 1999. ISBN: 9789724012605

ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil Teoria Geral, Volume I, Introdução As pessoas Os bens, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2000. ISBN: 9720032009895

ASCENSÃO, José de Oliveira, Intervenções no genoma humano, Validade ético-jurídica, *in* Revista da Ordem dos Advogados, 2003

ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito e Bioética, *in* Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, Almedina, 1990

AUGUSTO, Amélia, Infertilidade e reprodução medicamente assistida: definição de contextos e produção de significados, *in* Sociologia da saúde: estudos e perspectivas, Coimbra, Pé de Página, 2006

BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F., Principles of Biomedical Ethics. Eighth ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. ISBN: 9780190640873

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2018. ISBN: 9789724021065

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.^a Edição, vol I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN: 9789723222869

COCANOUR, C. S., Informed consent—It's more than a signature on a piece of paper. The American Journal of Surgery, 214(6), 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.amjsurg.2017.09.015>

Bibliografia

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui Manuel Moura, Curso de Direito da Família, Vol. II, 2006. ISBN: 9789723213850

CORREIA, José Gomes, Que rumo para a justiça em Portugal?: o papel da Justiça na construção do Portugal Democrático e na defesa dos direitos fundamentais, *in* Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, Portimão, n. 8, 2016. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/btca/btca.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/a44f6c94639a5dcc8025880d005979dd?OpenDocument>

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva, Direito da Família - Tópicos para uma reflexão crítica, Lisboa, AAFDL, 2008. ISBN: 9780000054272

COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da, A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada e Legislação Complementar, Coimbra, Coimbra Editora, 2011. ISBN: 9789723219050

DEPADT-SEBAG, Valérie, Direito e Bioética, Piaget, 2014. ISBN: 9789897590092

DIAS, Maria Olívia, Um olhar sobre a família na perspetiva sistémica - o processo de comunicação no sistema familiar, *in* Gestão e Desenvolvimento (19), 2011 . Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/gestaoedesenvolvimento/article/view/140>

GALANTE, Fátima, A adoção: identidade pessoal e genética, *in* Data Venia, 2015

GALVÁN, Beatriz Souto, Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución, *in* Feminismo/s, nº 8, 2006. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1188/1/Feminismos_8_12.pdf

JARGILO Izabela, Regulation the Trade of Commercial Surrogacy in India, *in* Journal of International Business and Law, Volume 15, Issue 2, Article 12, 2016. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1298&context=journal>

LAMM, Eleonora, Gestación por substitución Realidad y Derecho, *in* InDret, 2012. Disponível em http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

LANÇA, Hugo Cunha, Procriação Medicamente Assistida, *in* Data Venia: Revista Jurídica Digital, novembro de 2016

LÔBO, Paulo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, *in* Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica> (acesso em 2 de março de 2025)

MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, Direito da Família, 1997

MENDONÇA, Tiago Miguel, Análise económica e direito da família, um casamento feliz?, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. ISBN: 9789898762931

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Edição, 2010. ISBN: 9789723218220

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, TOMO IV - Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra, 2012. ISBN: 9789723220100

NACHTIGALL, R. D.; DOUGALL, K. M.; LEE, M., HARRINGTON, J.; BECKER, G., What do patients want? Expectations and perceptions of IVF clinic information and support regarding frozen embryo disposition. *Fertility and Sterility*, 94(6), 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2010.02.023>

NOVAIS, Jorge Reis, Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra: Wolters Kluwer, 2010. ISBN: 9789726290766

Bibliografia

OLIVEIRA, Guilherme de, Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional, *in* Lex Familiae, Ano 9, 2012

OLIVEIRA, Guilherme de, Temas de Direito da Família, 2001. ISBN: 9789723210019

OTERO, Paulo, Personalidade e identidade pessoal e Genética do Ser Humano - Um perfil constitucional da bioética, Coimbra Editora, 1999. ISBN: 9789724012445

PEREIRA, Maria Margarida Silva, Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição, *in* Revista Julgar, Online, janeiro de 2017. Disponível em: <https://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>

PINHEIRO, Jorge Duarte, Estudos de Direito da Família e das Crianças, 2022. ISBN: 9789898951991

PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 2023. ISBN: 9789899136397

PURDY, Laura M., Reproducing Persons: Issues in Feminist Bioethics, *in* Cornell University Press, 1996

RAMOS, Rui Manuel Moura; OLIVEIRA, Guilherme de, Manual de Direito da Família, 2.ª edição, 2021. ISBN: 9789724097183

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, Almedina, 2014. ISBN: 9789724092133

RIBEIRO, Joaquim Sousa, A inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito à investigação da paternidade, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 147.º, n.º 4009, 2018

SAMORINHA, C.; SEVERO, M.; ALVES, E.; MACHADO, H.; FIGUEIREDO, B.; SILVA, S., Factors associated with willingness to donate embryos for research among couples undergoing IVF. *Reproductive BioMedicine Online*, 32(2), 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2015.11.018>

SILVA, Miguel Oliveira da, Que futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um olhar Bioético, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, coordenação de Maria João Antunes e Margarida Silvestre, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. ISBN: 9789898891495. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/102823>

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em geral, I*, Livraria Almedina, 2017. ISBN: 9789724013893

VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, a biológica e a afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN: 8571474257

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de dezembro de 2019, Processo n.º 1431/17.2T8MTS.P1.S1, Relator Jorge Dias. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2019:1431.17.2T8MTS.P1.S1.65?search=Pjl0sKvJpxz6Ixx2wwM>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2022, Processo n.º 23290/19.0T8LSB.L1.S1, Relator Catarina Serra. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:23290.19.0T8LSB.L1.S1.C3?search=SV-dKFgVFIXwS8Is6w0>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de março de 2019, Processo n.º 79/18.9YFLSB, Relator Ferreira Pinto. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/79-2019-188762975>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de outubro de 2023, Processo n.º 1030/21.4T8STR.E1.S1, Relator Maria Clara de Sottomayor. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28cd991a344e965880258a5c0047c279?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de junho de 2010, Processo n.º 80/09.3TMPDL.L1-6, Relatora Fátima Galante. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/432c330a9b5d889e802577b5003b2024?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 14 de fevereiro de 2018, Processo n.º 95/17, Relator Conselheiro Pedro Machete. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

A Procriação Medicamente Assistida

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de fevereiro de 2014, Processo n.º 1035/06.5TBVFX-A.L1-2, Relator Jorge Leal. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:1035.06.5TBVFX.A.L1.2.61>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de fevereiro de 2021, Processo n.º 211/20.2T8STC.E1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:211.20.2T8STC.E1.S1.5D?search=Iu13e8OdiHP5OWUbbBc>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de abril de 2023, processo n.º 4770/20.1T8SNT.L1.S1, Relator Jorge Arcanjo. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ef38242df09927d680258998002b91e6?OpenDocument>

Decisão Sumária do Tribunal Constitucional n.º 624/2024, de 22 de outubro de 2024, Processo n.º 995/2023, Relator Conselheiro Afonso Patrão. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20240624.html>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de janeiro de 2022, Processo n.º 19384/16.2T8LSB-A.L1.S1, relator Tomé Gomes. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e59a1447ce90edb802587d80053085b?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2017, Processo n.º 440/12.2TBBCL.G1.S1, Relator Pedro de Lima Gonçalves. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2017:440.12.2TBBCL.G1.S1.C1?search=9aBFhQhm-ITwLhBnFaA>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de março de 2019, Processo n.º 963/06, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/2011, de 22 de setembro de 2011, Processo n.º 497/10, Relator João Cura Mariano. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/497-2011-880074775>

Tribunal da Relação de Guimarães, de 25 de maio de 2023, Processo n.º 1085/22.4T8VNF.G1, Relator Antero Veiga. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/45cad34c3851f826802589c6003bbba5?OpenDocument>

Pedido n.º 42326/98, de 13 de fevereiro de 2003. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-60935%22>}}

Pedido n.º 43546/02, de 22 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-84571%22>}}

Pedido n.º 46479/11, de 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-157263%22>}}

Pedido n.º 10454/83 de 7 de julho de 1989. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-45386%22>

Pedido n.º 6339/05, de 7 de março de 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%22itemid%22:%22001-72684%22>}}

Pedido n.º 54270/10, de 28 de agosto de 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-112993%22>}}

Índice

Declaração de compromisso anti plágio	ii
Agradecimentos	iii
Modo de citar	iv
Lista de abreviaturas	v
Declaração do número de caracteres do corpo da dissertação	vi
Resumo	vii
Abstract	viii
Introdução	1
Capítulo I – O conceito de família	3
1. Evolução do conceito e adaptação à realidade atual	3
2. O direito à reprodução	4
3. Direito a constituir família como direito fundamental.....	6
4. Obrigação do Estado de garantir o acesso a técnicas de PMA	8
5. (In)compatibilidade do direito a constituir família com o superior interesse da criança	11
Capítulo II – A Procriação Medicamente Assistida	14
1. Breve descrição da PMA	14
2. Técnicas existentes	15
3. PMA homóloga e PMA heteróloga	17
4. Destino a dar aos embriões excedentários	18
5. Jurisprudência Europeia quanto ao destino a dar aos embriões excedentários.....	21
Capítulo III – A Lei n.º 32/2006 e as alterações ao longo do tempo	25
1. Alargamento do âmbito subjetivo da lei, através da Lei n.º 17/2016	25
2. O alargamento do âmbito subjetivo e os princípios da proporcionalidade e da igualdade	26
3. Inseminação post-mortem	28

Índice

4. PMA como método subsidiário vs PMA como método alternativo	28
Capítulo IV – Regulação do acesso à gestação de substituição através da Lei n.º 25/2016	30
1. Âmbito objetivo e subjetivo	30
2. Exclusão dos homens	30
3. Requisitos para a celebração do contrato de gestação de substituição	31
4. A gratuidade do contrato	32
5. Nulidade do contrato	34
6. E se a gestante não quiser entregar a criança?	35
7. A gestação de substituição deve ser admitida no nosso ordenamento jurídico?	35
Capítulo V – Discriminação dos homens e comparação com o regime da adoção ..	38
1. Princípio da igualdade	38
2. O que sucede na adoção	39
3. Outros aspetos que diferem no regime da adoção - casais separados judicialmente de pessoas e bens, a questão da idade e o superior interesse da criança	41
Capítulo VI – Estabelecimento da filiação	43
1. PMA heteróloga e o regime do Código Civil	43
2. A Lei da PMA	47
3. O superior interesse da criança e o direito à identidade genética	49
4. A questão do anonimato do dador	52
5. O alargamento do prazo da averiguação oficiosa da paternidade	55
6. Vantagens da filiação não biológica	57
7. E se a criança quiser alterar o estabelecimento da filiação?	59
Conclusão	61
Bibliografia	64
Jurisprudência	69