



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA

**Gestação Substitutiva: O direito do nascituro ao conhecimento de suas
origens, genética e gestacional.**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito

Autora: Tanaly de Farias Cumin

Orientadores: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas e Professor Doutor
António Alfredo Mendes

Número da candidata: 30001898

Fevereiro de 2024

Lisboa

DEDICATÓRIA

Desejo que este “embrião” fruto de pesquisas, ideias, desejo e primeiras conclusões sobre o tema, possam, de uma forma ou de outra, instigar, aguçar a curiosidade de outras pessoas, a também estudar, refletir e se apaixonar sobre as questões que envolvem a Procriação Medicamente Assistida heteróloga, bem como a gestação substitutiva, mas, com um olhar desprovido de pré-conceitos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a minha querida orientadora e professora Stela Barbas, ao meu coorientador professor António A. Mendes, que pacientemente me ajudaram a trilhar esta etapa, como também sou muito grata aos meus familiares, companheiros de turma e amigos, que comigo percorreram esta estrada e, principalmente, sempre acreditaram que seria possível. In memoriam ao meu querido Chico, que comigo esteve boa parte desta jornada, me acompanhando em longas jornadas de estudo.

RESUMO

Este trabalho é uma abordagem sobre a evolução histórica das técnicas de Procriação Medicamente Assistida - PMA, em especial da heteróloga e da gestação substitutiva, como auxílio aos casais ou mulheres, acometidos pelos problemas decorrentes da infertilidade ou esterilidade, a alcançarem o desejo de gerar os seus descendentes, mesmo que com o auxílio dos laboratórios e de terceiras pessoas. Procuramos desta forma, fazer uma abordagem quanto a regulamentação de tal evolução biomédica em Portugal, com uma rápida análise do Direito comparado, observando os principais pontos da regulamentação a PMA, bem como da legalização ou não da gestação substitutiva, em outros Países, comparando assim os meios adotados de preservação e proteção dos direitos das partes envolvidas; dadores, beneficiários, gestante substitutiva e em especial do nascituro, este último no que se refere ao direito de conhecer o seu próprio eu, sem meias verdades, com a demonstração dos posicionamentos existentes em torno da regra do anonimato, seja em sua defesa como em defesa de sua abolição, com sustentação no direito ao conhecimento das origens genéticas e da historicidade pessoal. Para tal a figura central será o nascituro e a divergência de posicionamento quanto ao momento em que se inicia a vida e, a partir de quando já possuímos um Ser humano, uma pessoa, se a aquisição de tais condições ocorrem em marcos temporais distintos ou não, ainda, se são sinônimas ou não, isto sob a ótica do posicionamento filosófico, científico e jurídico, e o quanto todas estas questões influem no seu direito de personalidade, identidade pessoal e genética. Tenco como motivação a presente pesquisa a análise da própria técnica em si, sua estrutura normativa e a ausência de entendimento pacífico a seu respeito, divergências que partem dos mesmos fundamentos, o da proteção do núcleo familiar a ser constituído, seja decorrente do vínculo genético, jurídico ou socioafetivo e o da proteção dos interesses do nascituro. Concluindo, ao final que cabe ao Direito acompanhar a evolução tanto científica como social, para que seja capaz de normatizar de forma a equalizar, com equidade entre si, os direitos de todos os envolvidos e uma vez existindo contenda, o dever de proteger a parte mais frágil, neste caso o nascituro.

Palavras-chave: conhecimento das origens, genética e gestacional, historicidade pessoal, igualdade.

ABSTRACT

This paper is an approach to the historical evolution of Medically Assisted Procreation (MAP) techniques, especially heterologous and surrogate pregnancy, as an aid to couples or women suffering from problems resulting from infertility or sterility, to achieve their desire to have offspring, even with the help of laboratories and third parties. We seek to approach the regulation of such biomedical developments in Portugal, with a quick analysis of comparative law, observing the main points of the regulation of MAP, as well as the legalization or not of surrogate pregnancy in other countries, thus comparing the means adopted to preserve and protect the rights of the parties involved; donors, beneficiaries, surrogate mothers and especially the unborn child, the latter with regard to the right to know his or her own self, without half-truths, with the demonstration of the existing positions around the rule of anonymity, whether in its defense or in defense of its abolition, with support in the right to knowledge of genetic origins and personal historicity. For this, the central figure will be the unborn child and the divergence of positions regarding the moment in which life begins and, from when we already have a human being, a person, whether the acquisition of such conditions occurs in distinct time frames or not, also, whether they are synonymous or not, this from the perspective of the philosophical, scientific and legal positioning, and how much all these issues influence their right to personality, personal identity and genetics. I have as motivation for this research the analysis of the technique itself, its normative structure and the lack of a peaceful understanding regarding it, divergences that start from the same foundations, that of the protection of the family nucleus to be formed, whether resulting from the genetic, legal or socio-affective bond and that of the protection of the interests of the unborn child. In conclusion, in the end, it is up to the Law to follow both scientific and social evolution, so that it is capable of regulating in a way that equalizes, with equity among themselves, the rights of all involved and, if there is a dispute, the duty to protect the weaker party, in this case the unborn child.

Keywords: knowledge of origins, genetics and pregnancy, personal history, equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. REPRODUÇÃO HUMANA, INFERTILIDADE E TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA)	13
1.1 – Aspectos históricos da infertilidade humana e esterilidade feminina	13
1.2 – Desenvolvimento e evolução das técnicas de PMA	15
1.2.1 – Inseminação artificial	19
1.2.2 – Fertilização in vitro	20
1.2.3 – Gestação substitutiva	20
1.3 – Evolução histórica normativa da PMA em Portugal	22
1.3.1 – Gestação substitutiva, questões éticas e normativas	27
1.3.2 – Análise dos efeitos do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, do Tribunal Constitucional Português	32
1.4 – A Lei de PMA em Portugal após as alterações introduzidas em decorrência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 e das Leis: n.º 49/2018, n.º 48/2019, n.º 72/2021 e n.º 90/2021	39
1.5 – A PMA no direito comparado	43
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PARTES ENVOLVIDAS NAS TÉCNICAS DE PMA HETERÓLOGA E GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA	50
2.1 – Os beneficiários e o direito a constituir família	50
2.2 – Os dadores e o direito ao anonimato	53

2.3 – Gestante substitutiva e o direito ao anonimato	57
2.4 – Gestante substitutiva e a proteção a sua dignidade humana	59
2.5 – O nascituro e o direito ao conhecimento de suas origens, genética e gestacional	61
3. NASCITURO PARTE MAIS VULNERÁVEL E QUE EXIGE MAIOR PROTEÇÃO	65
3.1 – A origem da vida humana do Ser humano, da pessoa, quando se dá?	65
3.1.1 – Ser humano e/ou pessoa?	66
3.1.2 – Seria com o nascimento com vida?	67
3.1.3 – A depender da condição da viabilidade fetal?	68
3.1.4 – Com a organogénese?	68
3.1.5 – Com a nidação?	69
3.1.6 – Ou da sua concepção?	70
3.2 – A filiação e a modernidade	71
3.3 – A origem genética e origem gestacional	74
3.3.1 – A influência da gestante no desenvolvimento da vida uterina e vice e versa	75
3.4 – Direito ao desenvolvimento da personalidade	77
3.4.1 – Direito à identidade pessoal	78
3.4.2 – Direito à identidade genética	80
3.5 – Dever do Estado em proteger os interesses do nascituro, de forma igualitária	82
3.6 – A importância do conhecimento da sua origem genética e origem gestacional	85

CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez

PMA – Procriação Medicamente Assistida

RA – Reprodução Assistida

REsp – Recurso Especial

AREsp – Agravo em Recurso Especial

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Introdução

A temática envolvendo as técnicas de procriação Medicamente Assistida, bem como por meio do auxílio da gestação substitutiva fez despertar o interesse na pesquisa em razão da ausência de consensualidade, não só dentro de um mesmo país como na grande maioria dos países. Trata-se de tema que se encontra distante de uma pacificação e unicidade de pensamento, sobretudo no que se refere a permanência, a garantia do anonimato dos dadores em contraponto ao direito de conhecimento de suas origens, genéticas e gestacional, que influenciam no Direito de Personalidade e Identidade Pessoal, além do impasse referente a permissão ou não da prática de gestação substitutiva.

No que se refere a questão da confidencialidade, esta colide com o direito do nascituro ao conhecimento de sua verdadeira origem, não só no que tange à genética, como também quanto a sua própria concepção, em qual útero foi gestado e quem lhe deu à luz. Por outro lado, permitir a prática da gestação substitutiva ou a proibir? Quais as consequências? Perante este impasse, qual a função da legislação e o papel do Estado?

Para tal, o trabalho foi dividido em três capítulos, no primeiro será abordado, de forma breve, os aspectos históricos referentes a infertilidade e esterilidade feminina, como tal problemática restou enfrentada ao longo da história da humanidade até ser classificada como uma doença, que inicialmente quase sempre se atribuía a mulher, e ao decorrer dos tempos se constatou que não só do sexo feminino, mas em proporções semelhantes, também é proveniente do sexo masculino.

Uma vez classificada como doença, que inclusive assola boa parte da humanidade, surgem as técnicas médicas, cujo objetivo é superar tal patologia, possibilitando aos casais e as mulheres a concretizarem o sonho de procriar, gerar seus próprios descendentes. Tais técnicas, cujo método teve seu esboço inicial através das práticas veterinárias e agrícolas, ao passar dos tempos e em decorrência de muito estudo e aprimoramento científico, propiciou serem atualmente conhecidas como Procriação Medicamente Assistida ou Reprodução Assistida, realizada através da Inseminação artificial, Fertilização in vitro, Gestação Substitutiva, entre outras, revolucionando a capacidade reprodutiva, viabilizando não só por meio de ajuda com fármacos, mas com técnicas laboratoriais, que se superasse tais mazelas, seja com material genético do

próprio casal, como com o contributo de terceiro, e mais, com a possibilidade da participação de uma segunda mulher, que suportará a gestação em benefício de outrem.

Em sequência apresentamos uma abordagem histórico-normativo da PMA em Portugal, até a aprovação a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que após muito debate e propostas parlamentares, veio normatizar o uso da PMA e suas técnicas, de forma subsidiária não onerosa, em caso de comprovada incapacidade reprodutiva, por casais heterossexuais ou mulheres com problemas no parêlo reprodutivo, gestacional ou ainda, ausência daquele, o que possibilitaria se recorrer a celebração do contrato de gestação substitutiva.

Devido a ausência de legislação, editada por Órgão Português competente, regulamentar das cláusulas contratuais entre os beneficiários e a gestante substitutiva, se deu a suspensão temporária quanto a possibilidade de se firmar novos contratos de gestação substitutiva em Portugal por força do Acórdão n.º 225/2018 do TC, até a promulgação das atuais alterações normativas, decorrentes das Leis n.º 49/2018, n.º 48/2019, n.º 72/2021 e n.º 90/2021, que retomaram a regulamentação das cláusulas contratuais para a celebração e novos contratos de gestação substitutiva, além e permitir o conhecimento das origens genéticas e a identidade civil dos dadores, aos indivíduos gerados com a dádiva destes, mantendo, entretanto, o anonimato absoluto quanto a identidade da gestante substitutiva.

No que permeia o direito comparado, fizemos a abordagem da prática da PMA em alguns países, pontuando o posicionamento referente ao anonimato dos dadores e a prática da gestação substitutiva, são eles: Alemanha e Áustria, que possuem normatização semelhante, no sentido de abolir o anonimato dos dadores e não proibir expressamente a gestação substitutiva, de forma a descriminar e penalizar sua prática, entretanto reconhece o acento de nascimento dos assim gerados em outros países. A Grécia possui uma legislação muito semelhante à de Portugal, que permite a prática de PMA e a contratação não onerosa de gestação substitutiva, por casais heterossexuais e por mulheres solteiras, que comprovem sua incapacidade reprodutiva ou gestacional, desde que detenha autorização judicial prévia para tal, devendo ainda tanto os beneficiários como a gestante substitutiva terem nacionalidade Grega ou residirem em território Grego.

Em sentido contrário temos a Espanha que mantem o anonimato dos dadores, permitindo excepcionalmente se obter as suas informações genéticas, tão somente, e não só proíbe a

gestação substitutiva como a criminaliza. Semelhante a legislação espanhola, se encontra a da França, com um diferencial, permite uma manobra quanto a gestação substitutiva, que consiste, resumidamente, da seguinte forma: a gestante substitutiva entrega para adoção a criança que gerou em seu ventre, que por sua vez passa a ser adotada pela companheira do pai genético desta criança, que na verdade se trata do próprio casal beneficiário. De forma mais conservadora encontramos a legislação da Itália, que permite a prática da PMA homologa somente para casais heterossexuais e de forma subsidiária, sendo vedada prática da PMA heteróloga, doação de gametas e a prática da gestação substitutiva, entretanto, há uma omissão quanto a situação dos nascidos fora do território italiano em decorrência de contato de gestação substitutiva, situações práticas que são resolvidas perante os Tribunais Italianos e até mesmo perante os Internacionais.

Com um entendimento prático mais abrangente e sem a existência de Lei específica que regulamente a PMA e a contratação de gestação substitutiva, se encontra os EUA, país no qual é permitida a sua prática de forma bem mais permissiva e abrangente, até mesmo de forma onerosa, com base nos direitos de privacidade, liberdade e autodeterminação de todos os seus cidadãos, independente de sexo, idade, estado civil e orientação sexual. No velho mundo, encontramos o Reino Unido, cuja regulamentação da PMA se assemelha a dos EUA, permitindo de forma expressa a prática da PMA também aos casais homossexuais, aos casados civilmente ou de fato e no que se refere a gestação substitutiva somente de forma não onerosa.

Por fim o Brasil, que não possui previsão em seu Código Civil nem lei ordinária própria a regulamentar a PMA, mas sim uma Portaria do Conselho Federal de Medicina. Mesmo sem uma lei específica referente a PMA, sua prática é permitida de forma muito semelhante as normas vigentes em Portugal, sendo permitida a gestação substitutiva e mantido o anonimato dos dadores, mas somente se estes não possuírem parentesco até o 4.º grau com os beneficiários, existindo tal vínculo, tanto a identidade dos dadores como da gestante será permitido o seu conhecimento pelo indivíduo assim gerado, ou seja, também possui um tratamento desigual quanto ao direito de se ter acesso a informação quanto a sua origem genética e gestacional, que dependerá da existência ou não de parentesco entre gestante, dadores e os beneficiários.

No capítulo seguinte, abordamos os direitos fundamentais das partes envolvidas: dos beneficiários quanto ao direito de constituir família e a proteção da sua intimidade, dos dadores quanto ao direito ao anonimato, referente aos direitos da gestante substitutiva além do seu

anonimato a proteção da sua dignidade humana. Por último, os direitos do nascituro, no que consiste ao conhecimento de sua origem genética e gestacional, ou seja, a sua verdadeira historicidade pessoal. Para tal apresentamos posicionamento doutrinário com entendimento favorável e contrário.

Já no capítulo final apresentamos de início as questões que envolvem diretamente a concepção do nascituro, partindo do momento que se inicia a vida e a condição de Ser humano, de pessoa, se estas não sinônimas ou não e se sua condição será adquirida de forma concomitante ao início da vida, transitando entre o entendimento filosófico que os distingue entre si, o científico com correntes de entendimentos diversos quanto ao momento que se inicia a vida e do Direito que por sua vez une a condição de pessoa a de sua capacidade postulatória.

Dando continuidade, abordamos questões voltadas a filiação e a constituição de vínculo paternal e maternal, que pode decorrer da sua presunção, ou através da sua verdade biológica (consanguínea) com o advento do DNA, que veio imprimir um tratamento mais igualitário entre os filhos legítimos e ilegítimos e, por fim, por meio do vínculo legal e também em decorrência da afinidade. Após entender como podem se estabelecer os laços que unem pais e filhos, adentramos na análise da diferença entre a origem genética e a gestacional, a relevância da relação estabelecida entre a gestante e o feto com o viés voltado para a influência que um exerce sobre o outro, física e emocionalmente, bem como a significância desta relação no desenvolvimento da personalidade do indivíduo, da identidade pessoal e genética, para tal a importância do conhecimento das suas origens verdadeiras, da sua historicidade.

Finalizando com uma abordagem referente ao papel do Estado, seja quanto a obrigação de normatizar a prática destas técnicas de forma a conciliar os direitos fundamentais das partes envolvidas como também de garantir que a todos seja permitido de forma igualitária o acesso ao conhecimento de sua origem genética e gestacional, ou seja, a sua verdadeira história pessoal. Uma vez existindo contenda, caberá ao Estado, mesmo que através do judiciário, proteger os interesses da parte mais vulnerável, o nascituro, em especial, quando os direitos desde colidem com os dos seus pais, genéticos, sociais ou afetivos, bem como com os dos dadores e da gestante substitutiva.

1. REPRODUÇÃO HUMANA, INFERTILIDADE E TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA)

1.1 – Aspectos históricos da infertilidade humana e esterilidade feminina

A existência da humanidade, como todas as demais espécies, se dá em decorrência da procriação, ou seja, sua perpetuação depende da reprodução, caso contrário as espécies estariam fadadas à extinção. A infertilidade é uma patologia que pode ameaçar a continuidade das demais gerações, caso não venha a ser tratada. Esta patologia acompanha a história da humanidade, e a muito tempo passou a ser observada, passando a objeto de estudos, filosóficos, religiosos, mitológicos¹, etc., e não exclusividade do ramo científico.

Historicamente verifica-se que a infertilidade, que é a dificuldade em se alcançar uma gravidez, era socialmente motivo de vergonha, discriminação, até mesmo considerada como uma maldição, cuja “culpa” em regra recaia sobre as mulheres, sendo elas desprezadas na maioria das vezes em razão de sua infertilidade, haja vista que não ter filhos era vergonhoso², enquanto que para os homens, gerar os seus próprios descendentes simbolizava a sua virilidade.³

Há registros de que a humanidade se depara com problemas para gerar seus descendentes, seja em decorrência de infertilidade ou de esterilidade, desde a antiguidade, bem como a previsão de métodos permitidos para que as famílias pudessem gerar seus descendentes. Os registros bíblicos⁴ relatam que a esposa de Abraão, Sara que não conseguia engravidar, se utilizou da sua escrava Agar para ter seus filhos, bem como Raquel, esposa de Jacob, que engravidava, mas não conseguia levar sua gestação ao final, se utilizou de sua serva Bilha, para que seu marido

¹DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei**, p. 17-19. “... a mitologia Grega reivindica para Zeus a primeira dessas técnicas em estrita competição com as lendas orientais que recordam as mulheres que iam sózinhas ao templo de Vanijiin, deusa da fertilidade, e de lá retornavam grávidas, inseminadas.”

² REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 326-327.

³ CARDOSO, Salvador Massano - PMA, para quê, para quem, com que custos? In **As leis da interrupção involuntária da gravidez (IVG) e da procriação medicamente assistida (PMA)**. Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p. 12. “Para a civilização Egípcia, a infertilidade era tratada como doença, devendo ser dispensada atenção, diagnóstico e tratamento, sendo que era considerada causa masculina e não feminina, como na maioria das demais civilizações.”

⁴PINHEIRO, Jorge Duarte – Mãe portadora - A problemática da maternidade de substituição. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 324.

mantivesse relações sexuais e a engravidasse, passando os filhos gerados no ventre das servas a pertencer as suas donas⁵. Inclusive o Código de Hamurabi previa que as mulheres que assim tivessem seus filhos não poderiam ser repudiadas em razão da sua esterilidade e infertilidade. Este método pode ser considerado o início do que atualmente é conhecido como Gestação Substitutiva, mesmo que de forma rudimentar.

As causas que podem acarretar a infertilidade de um casal são inúmeras⁶, por exemplo, obesidade, diabetes, doenças virais como varíola, caxumba, doenças hormonais, como tireoide, tabagismo, alcoolismo, uso de entorpecentes, de testosterona, estresse, condições ambientais etc., cuja mazela pode ser proveniente tanto do homem como da mulher, ou ainda em decorrência de fatores externos. Tais fatores podem ser absolutos ou relativos. Quando absoluta a infertilidade decorre da esterilidade, aplicando-se neste caso a técnica de PMA e, quando relativa à infertilidade decorre da hipofertilidade, cujo tratamento de muitos casais se dá por meio de uso de fármacos estimulantes, com função de auxiliar as funções do aparelho reprodutor e o sistema hormonal, de alta relevância na função reprodutiva⁷, enquanto que para os casais cujo tratamento medicamentoso não resulte em gravidez, pode ser recomendar a utilização de uma das técnicas de PMA.

A infertilidade ainda se subdivide em primária e secundária; no caso da primeira o casal não consegue conceber a gravidez enquanto que na segunda o casal, por mais de uma vez, concebe a gestação e a mesma é malsucedida.

Quanto à esterilidade, é consistente na incapacidade de se alcançar uma gravidez decorrente da ausência do aparelho reprodutivo ou por problemas genéticos no aparelho reprodutivo que impossibilitam a produção de espermatozoides ou óvulos, em ambos os casos ao se aplicar as técnicas de PMA heteróloga, obrigatoriamente será necessário recorrer a dadores, ou ainda a estes concomitantemente com a gestante substitutiva.

⁵BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**, p. 143.

⁶BARROS, Alberto – Procriação medicamente assistida. In **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p.110. “... ausência de ovulação; obstrução das trompas; endometriose [...] alteração do número, morfologia ou motilidade dos espermatozoides; patologia endócrina [...]; factores imunológicos; causas genéticas; hábitos alcoólicos ou tabágicos; estupefacientes; radiações ionizantes; doenças víricas e venéreas; ...”

⁷REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. p. 327-328.

Infertilidade ou incapacidade reprodutiva, veio ao longo da história da humanidade sendo tratada como doença, tendo sua “patologia” sido dosada inicialmente como grave, e posteriormente sua classificação reduzida para moderada, isto em decorrência da evolução dos tratamentos existentes e das técnicas de PMA, que hoje possibilitam aos casais inférteis ou do mesmo gênero (dependendo da legislação de cada país), gerarem seus descendentes⁸.

Os casais acometidos pela infertilidade⁹ e submetidos a estudos cujo objetivo é identificar a causa da patologia, nem sempre conseguem um diagnóstico quanto a origem, causa da infertilidade e, ao serem submetidos às técnicas de PMA devem ser esclarecidos de que as mesmas, apesar do avanço científico, são muitas das vezes malsucedidas¹⁰, ou seja, o percentual de êxito, ainda é baixo, em especial na primeira tentativa.

1.2 – Desenvolvimento e evolução das técnicas de PMA

Há relatos de que a observação da infertilidade e o desenvolvimento das técnicas de fertilização, como forma de auxílio, tratamento da infertilidade¹¹, tenham se desenvolvido inicialmente no âmbito da medicina veterinária, ainda de forma rudimentar, nos anos 700 d.c., pelos Árabes, pioneirismo das técnicas de reprodução no âmbito da medicina veterinária¹², título também reivindicado pelos Gregos e pelos Romanos, procedimento este que inicialmente foi utilizado para fertilização de equinos. Em 1670 surgem relatos de fertilização do bicho da seda, seguindo com a fertilização de ovos de peixes. Já no ano de 1780 observa-se relatos de

⁸BARROS, Alberto – Procriação medicamente assistida. In **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p.107.

⁹São considerados inférteis os casais, que por mais de um ano, sozinhos e pelos meios naturais, não conseguem alcançar a gestação ou aqueles que alcançam, mas não conseguem, por mais de um ou duas gestações, levá-la até o final.

¹⁰BARROS, Alberto – Procriação medicamente assistida. In **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p.108.

¹¹ MALTA, João Paulo – Procriação medicamente assistida heteróloga. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 125. No entendimento deste autor, as técnicas de PMA não são consideradas um tratamento para a infertilidade, pelo contrário, “um reconhecimento da incapacidade médica de resolver cada caso particular”.

¹²DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei**, p. 19.

inseminação artificial em cães, tendo os filhotes nascido de forma perfeita e com vida, repetindo-se esta experiência após o período de dois anos¹³.

A infertilidade é uma patologia que também afeta a espécie humana, em decorrência de causas naturais ou pela impossibilidade de se gerar descendentes, seja por questões genéticas ou externas. Desta forma o aperfeiçoamento destas técnicas de reprodução possui como objetivo superar os problemas de infertilidade¹⁴, e de acordo com os estudos realizados por Stela Barbas, Tiago Duarte, Alberto Barros, entre outros, na espécie humana, ainda de forma embrionária, as técnicas de PMA se iniciaram pelos idos de 1785, com o relato do provável primeiro caso de fertilização artificial ocorrido em Paris, através da inseminação homóloga, em uma paciente tida como estéril, cujo processo de fertilização se deu com o auxílio de uma injeção intravaginal, com o objetivo de introduzir o sémen do seu próprio marido em seu aparelho reprodutivo. Procedimento este que se repetiu no ano de 1790 na Inglaterra, por meio da inseminação artificial intraconjugal realizada por John Hunter^{15 16}.

Em 1884, na Filadélfia, surgem novos registros de casos realizados desde 1883 que se utilizaram de inseminação artificial, cujo resultado se deu de forma bem-sucedida. Também no ano de 1884 registra-se o primeiro procedimento de inseminação com a utilização de sémen obtido através de doador anônimo¹⁷, classificando-se tal procedimento como inseminação heteróloga¹⁸, cujo conhecimento público somente se deu no ano de 1909¹⁹.

A utilização das técnicas de inseminação artificial vem sendo objeto de estudo e aperfeiçoamento desde o seu surgimento, o que ocorreu há séculos, e desde então se encontra cercada de polêmicas e distante de um consenso pacífico. No campo dogmático, em 1887 a

¹³DUARTE, Tiago – **Op. Cit.** p. 20.

¹⁴SILVESTRE, Margarida – Embriões criopreservados – que destino? In **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p.143-144.

¹⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 28.

¹⁶ DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei**, p. 20. Não se sabe ao certo qual dos dois casos teria sido de fato o primeiro episódio de fertilização artificial.

¹⁷BARROS, Alberto – Procriação medicamente assistida. In **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p.113. “... Pancoast iniciou a prática de inseminação artificial com esperma de doador. Estes métodos, de caráter rudimentar porque traduzem apenas uma manipulação do esperma total, sem qualquer preparação dos espermatozoides, deram origem à metodologia contemporânea em que é realizada a lavagem e a capacitação dos espermatozoides, com a sua posterior introdução na cavidade uterina – Inseminação Artificial Intrauterina.”

¹⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 28.

¹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 21.

igreja católica se posiciona de forma contrária a utilização desta técnica por considerá-la ilícita, e somente em 1978²⁰, de forma não declarada, modifica seu entendimento ao parabenizar formalmente os genitores do primeiro bebê-proveta²¹. Somente em 1945 a igreja anglicana se manifesta no sentido de reconhecer lícita à técnica de inseminação artificial homóloga e ilícita a inseminação artificial heteróloga. No mesmo sentido se manifestou a igreja luterana ao reconhecer a inseminação artificial homóloga como lícita, mas tão somente para os casos necessários. Por fim, a igreja protestante adota o posicionamento de proibir a inseminação artificial heteróloga²². Quanto ao meio acadêmico os registros relatam que o primeiro estudo científico teria se realizado em 1895, mas fora recusado, pelo fato da sua complexidade e polêmica que o circundava, e que ainda circundam este tema²³.

No que se refere ao âmbito legal, ano de 1844, pelo Tribunal de Bordéus surge relatos de jurisprudências consistentes no sentido desfavorável a prática da técnica de fertilização artificial, fundamentada no entendimento de que esta técnica seria perigosa para a sociedade²⁴.

Independentemente dos posicionamentos opostos existentes quanto ao tema, a ciência continua avançando, ocorrendo em 1978 na Inglaterra, através da fertilização *in vitro*, o nascimento da menina Louisa Brown, mais conhecida como o “primeiro bebê de proveta”, seguida pelo nascimento de outros bebês em diversos países, cuja fertilização se deu por meio do mesmo método. Em seguida, na Austrália, no ano de 1984^{25 26}, nasce a menina Zoé, por meio do método de fertilização *in vitro*, utilizando-se de embrião criopreservado.

A evolução das pesquisas alcançou os métodos de inseminação e fertilização artificial que posteriormente veio a ser conjugado com o auxílio das mães substitutas, também conhecidas por: mães portadoras, mães hospedeiras ou, ainda, barriga de aluguel, atualmente denominadas

²⁰SILVESTRE, Margarida – Embriões Criopreservados – que destino? In **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p. 144. “O grande marco na história da PMA foi o nascimento de Louise Brown, em 1978, após realização de uma fertilização *in vitro*.”

²¹ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 325. “Surgiu em 25 de julho de 1978 com o nascimento, no *Oldham General Hospital*, no Reino Unido, do primeiro ser humano concebido com recurso à fecundação *in vitro*, ...”

²² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 31.

²³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 21-22.

²⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 21.

²⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 33. “O primeiro bebê proveta português, Carlos Miguel, data de 1986.”

²⁶ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 325.

como Gestantes Substitutivas, classificação mais apropriada considerando a inexistência de relação materna como a criança a ser gerada em seu útero²⁷. Este método teve destaque em 1987 quando do nascimento da menina Melissa, conhecida por “Baby M”. Acredita-se que com seu nascimento iniciaram as controvérsias e questionamentos que circundam a gestação substitutiva, pelo fato dos pais de Melissa e a gestante substituta terem “celebrado um contrato de aluguer de útero”²⁸, contendo várias cláusulas de obrigação de fazer e não fazer para a gestante substituta e financeiras para os pais de Melissa. Em decorrência de conflito de interesses contratuais entre as partes, tal contrato chegou aos Tribunais, e ao final do trâmite processual, fora proferida decisão final favorável aos pais contratantes ao direito de filiação do bebê²⁹.

As técnicas de PMA consistem em homóloga e heteróloga, a primeira o material genético será 100% do casal acometido pela infertilidade, enquanto que na heteróloga, parte do material genético será de um terceiro, um dador, seja de sêmen ou óvulo.

Historicamente a evolução da técnica de fertilização artificial, o aperfeiçoamento de seus métodos como: a inseminação artificial (heteróloga ou homóloga), fertilização in vitro (heteróloga ou homóloga), crioconservação, gestação substitutiva, inseminação *post-mortem*, bem como a criação de bancos de sêmen, etc., fizeram com que a procriação humana passasse a ser dominada pelo homem ao final do século XX, revolucionando a história da humanidade, alterando-se o curso natural da vida e distinguindo a reprodução da sexualidade³⁰, devendo ser observada existência de uma linha tênue entre o progresso científico da procriação humana, a sua determinação quanto ao indivíduo e a reprodução humana decorrente das leis naturais³¹.

²⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte – Mãe portadora - A problemática da maternidade de substituição. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 323.

²⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 33-35.

²⁹ A mãe substituta após o parto, sob a alegação de que estaria com depressão pós-parto, solicitou ao casal contratante e beneficiário, para que ficasse com a menina por um período para amamentá-la, os meses foram passando e a mãe substituta não se manifestava em efetuar a entrega da menina ao casal (pais afetivos e legais beneficiários da técnica de PMA). Por tal razão o casal demandou judicialmente o direito de ficar com a criança, respaldado na celebração do contrato. A decisão judicial conferiu ao casal contratante o direito de filiação da menina, mas conferiu a mãe substituta alguns direitos de convivência com a menina.

³⁰ OTERO, Paulo – **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética**, p. 12.

³¹ MALTA, João Paulo – Procriação medicamente assistida heteróloga. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 122.

Em decorrência desta evolução surgiram problemas atinentes aos direitos fundamentais dos nascituros, gerados por meio da técnica de PMA heteróloga, relacionados a garantia do direito ao conhecimento de suas origens; genética e gestacional, direitos estes que devem ser legalmente resguardados e que serão objeto do presente estudo³².

1.2.1 – Inseminação artificial

O tratamento de casais inférteis, após avaliação médica, em regra se inicia pelo meio menos invasivo, qual seja, utilização de fármacos estimulantes e não tendo alcançada a gestação, por orientação médica pode ser sugerida utilização de uma das técnicas de PMA.

As técnicas de PMA são classificadas de homóloga ou heteróloga, a depender da origem do material genético a ser utilizado para a concepção do novo ser humano, se 100% originária do casal beneficiário ou não³³.

Na inseminação homóloga a carga genética, óvulo e sêmen, serão integralmente do casal, podendo ocorrer tanto com sêmen fresco ou criocongelado. Nos casos em que ocorrer a utilização de material genético de terceiro, a inseminação será heteróloga, ou seja, neste caso a origem do material genético (espermatozoide) será de um doador ou, do esperma do marido com óvulo de uma dadora ou, ainda, óvulo da mãe (ou de uma dadora) e útero da gestante substituta. Nesta última hipótese a depender legislação local.

A técnica de PMA menos invasiva de todas e considerada a mais simples, é a inseminação artificial ou fecundação artificial. Tal técnica consiste no auxílio médico no procedimento de fecundação do óvulo, realizado através de uma injeção que de forma mecânica introduzir os espermatozoides no interior do útero, no qual a fecundação do óvulo se dará de forma natural dentro do próprio aparelho reprodutivo feminino.

O método de inseminação artificial é o menos oneroso recomendado aos casais cuja infertilidade não tenha origem em causas graves ou não aparentes. Geralmente quando se dá a

³² PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da família Contemporâneo**, p. 252. “se posiciona de forma oposta a PMA heteróloga por entender que a participação de um terceiro no projeto parental coloca em risco a unidade familiar formada pelo casal.”

³³ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, P. 331-334.

inseminação artificial heteróloga o material genético advindo de um doador é o masculino, por ser mais fácil a sua coleta e obtido junto aos bancos de sêmen.

1.2.2 – Fertilização *in vitro*

Outra técnica de PMA é a fertilização *in vitro*, que da mesma forma pode ser homóloga ou heteróloga. A diferença entre a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* é o momento no qual se dará a fecundação do ovócito. Na primeira a fecundação se realizará dentro do aparelho reprodutor feminino, enquanto na segunda a “fecundação de ovócitos”³⁴ se dará fora do útero, se realizando numa proveta e somente após a sua fecundação será transferido o embrião para o interior do aparelho reprodutivo feminino.

Recomenda-se esta técnica aos casais diagnosticados com casos mais graves de infertilidade, quando a inseminação artificial não for satisfatória, ou ainda, quando não se vislumbrar possibilidades mínimas de êxito³⁵. A técnica de fertilização *in vitro* é um procedimento mais oneroso e invasivo que o anterior, uma vez que se faz necessária a realização de exames diversos e o procedimento de coleta de sêmen e do ovócito da mãe ou da doadora, por meio de sua aspiração, qual será fecundado numa proveta para posteriormente ser introduzido no útero da mãe ou da gestante substitutiva.

1.2.3 – Gestação substitutiva

De forma complementar as técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, a depender da previsão legal de cada país, mais uma possibilidade no tratamento dos casais acometidos pela infertilidade, esterilidade, por problemas graves de saúde da mulher, ou ainda em decorrência da ausência do aparelho reprodutor feminino, a ser adotado conjuntamente com uma das técnicas anteriores, é o “método” da Gestação Substitutiva, inicialmente conhecido por mãe substituta, hospedeira ou ainda, por barriga de aluguel.

Em conformidade com a Legislação Portuguesa, bem como a maioria que prevê a utilização deste método, a gestante não será considerada legalmente a mãe da criança que irá gerar em seu

³⁴ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 334.

³⁵ BARROS, Alberto – Procriação medicamente assistida. In **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p.113.

útero, a mãe legal será a contratante, assim sendo, entende-se que a melhor classificação será a de gestante substitutiva e não mãe substitutiva, hospedeira.

A gestação substitutiva auxilia os casais heterossexuais, ou de mulheres, como também as mulheres, independentemente de sua orientação sexual e estado civil, que submetidos ao tratamento de PMA, e que em decorrência de alguma patologia, a mulher não consegue gerar seu próprio filho, ou que ao gerar não logra êxito em levar a gestação ao final, ou qualquer outra situação clínica que a impeça, de forma absoluta e definitiva, sua gravidez. Neste caso a gestante substitutiva é quem será fertilizada com o material genético que poderá ser integralmente ou parcialmente do casal beneficiário, ou da beneficiária com o do dador e ainda com o óvulo de uma dadora (que não pode ser da gestante substitutiva) com o sêmen do beneficiário. Sua função será a de gerar e após o parto entregar o bebê aos beneficiários, sem qualquer direito ou dever decorrentes da maternidade em relação a criança que gerou em seu ventre, pelo fato de a gestante substitutiva não ser considerada genitora da criança que irá nascer. Ressaltando que a legislação Portuguesa não permite que a gestante substitutiva exerça dupla função, qual seja, a de gestante e de dadora³⁶, bem como a onerosidade deste tipo de contrato³⁷.

Trata-se de um método rodeado de ponderações tendo em vista que não se limita tão somente em doação de sêmen ou óvulo, mas na efetiva participação da gestante substitutiva na formação e desenvolvimento do nascituro em sua vida uterina, e posteriormente ao seu nascimento, a sua renúncia, devendo a gestante substitutiva entregar a criança aos pais beneficiários, abdicando das obrigações decorrentes da maternidade, limitando-se, portanto, a uma mera relação contratual como outra qualquer.

Os países nos quais há previsão legal da gestação substitutiva em sua maioria proíbem a sua contratação de forma onerosa³⁸, com o objetivo de evitar a instrumentalização da gestante, comercialização da capacidade reprodutiva e coisificação do nascituro, o mesmo se aplica aos

³⁶ Em Portugal não é permitido a utilização do óvulo da mãe substituta em conjunto, ou seja, se utiliza a mãe substituta e o óvulo de uma terceira doadora, este não poderá ser a mãe substituta.

³⁷ Os contratos de gestação substitutiva em Portugal ficaram suspensos em razão do acórdão 225/2018 do Tribunal Constitucional.

³⁸ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 339.

bancos de sêmen e óvulos, aos quais é vedada qualquer forma de fins lucrativos, seja para estes como para os seus doadores.

1.3 – Evolução histórica normativa da PMA em Portugal

A história do Direito nos mostra que este veio para regular as relações da coletividade, para normatizar a vida em sociedade, e isto ocorreu em todos os ramos do Direito, o que não se daria de forma diversa no que tange a evolução dos procedimentos científicos, em especial quanto a PMA, uma vez que a sua descoberta, aprimoramento e evolução antecederam e muito a sua normatização.

Em Portugal o processo de regulamentação e normatização das técnicas de PMA é recente em comparação ao período de sua descoberta científica. Por um período os Legisladores Portugueses sem mantiveram inertes, acredita-se que por julgarem que o próprio Código Civil³⁹ já seria o suficiente para regular eventuais conflitos, ou ainda, no sentido de aguardar a normatização da PMA pelos demais países Europeus, deixando a cargo do judiciário a atribuição de suprir a lacuna existente na Legislação, quando do exercício de sua função julgadora em casos concretos.

A norma contida no Código Civil, em seu artigo 1799º, não reconhecia as técnicas de PMA, uma vez que sua abordagem era superficial de forma a não proibir nem regular sua prática, pelo contrário, a forma de sua abordagem pode indicar que seu objetivo seria exatamente o desestímulo à sua prática, haja vista que não conferia à PMA como meio de reconhecimento de vínculo parental e previa consequências de ordem ética para o estabelecimento de filiação e paternidade nos casos de sua utilização⁴⁰, o que nos leva a acreditar que o escopo realmente seria o de desestimular tal prática.

No ano de 1977 o Código Civil passou por reforma, o que ocasionou a revogação do disposto no artigo 1799º, vindo a ser substituído pelos artigos 1801º e 1839º, n.º 3 do Código Civil

³⁹ Artigos 1799º em sua redação inicial do Código Civil, que após revogado pelo Dec-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, restou substituído pelos artigos 1801º e 1839º, n.º 3 ambos Código Civil Português vigente.

⁴⁰ DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei**, p. 52/53. A prática da PMA não podia ser utilizada como prova para o reconhecimento da filiação, seja a pedido do pai como do filho.

vigente. A redação destes novos dispositivos possui uma base preponderantemente científica e não ética. O artigo 1801º vem estabelecer a possibilidade da utilização da prova técnica e científica, como o exame de sangue, para se estabelecer ou ainda, impugnar a filiação, possibilitando o reconhecimento da prova técnica, quando da prática das técnicas de PMA, para estabelecimento da filiação, reconhecendo, portanto, a existência da paternidade biológica.

Quanto ao seu artigo 1839º, n.º 3, este passou a estabelecer a permissão do uso das técnicas de inseminação artificial homóloga, bem como a heteróloga⁴¹, e nesta hipótese, com o devido consentimento do marido ou do companheiro da mulher a ser submetida as técnicas de PMA heteróloga, este será o pai não biológico, estabelecendo-se desta forma a filiação pelo consentimento.

Muito embora tenha se dado um pequeno avanço normativo, as alterações do Código Civil não supriram todas as necessidades legais quanto a prática das técnicas de PMA em Portugal, permanecendo a normatização com significativas lacunas, dentre as quais a possibilidade de se estabelecer a paternidade ao dador, bem como a não previsão quanto as hipóteses do vínculo maternal no caso de se recorrer a dadora de ovócitos e a gestante substitutiva⁴².

Posteriormente o Judiciário passou a contar com outras normas, não específicas quanto a prática das técnicas de PMA, mas que regulam assuntos conexos como, a Lei que regula a Educação Sexual e Planeamento Sexual (Lei n.º 3/84, de 24 de Março), o Decreto-Lei referente a regulação das Atividades dos Bancos de Esperma (Dec-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro, cujo escopo normativo não se limitava aos referidos Bancos, muito pelo contrário, sua abrangência de forma muito ampla, também alcançou, mesmo que de forma insuficiente, as técnicas de PMA, possuindo como um de seus objetivos a aprovação implícita da “procriação artificial heteróloga”)⁴³ e, a Lei que regula a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de origem Humana (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril)⁴⁴. Tais Leis não supriram de forma completa e satisfatória todas as questões e lacunas legais que envolvem a PMA.

⁴¹ DUARTE, Tiago – **Op. Cit.** p. 52-55.

⁴² DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei**, p. 69/71.

⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 25.

⁴⁴ DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei**, p. 24-28.

Em decorrência da importância e relevância deste tema para a sociedade Portuguesa, mesmo antes de sua regulamentação específica, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) emitiu o parecer 3/CNE/93, de 10 de Fevereiro, no sentido de recomendar a prática da PMA homologa aos casais acometidos por problemas de infertilidade, como meio subsidiário e não alternativo, e como último recurso a ser intentado e após serem devidamente informados quanto a probabilidade de êxito das técnicas de PMA, bem como, quanto as alternativas sociais existentes, como a adoção e assistência psicológica para se superar as consequências da infertilidade. Neste mesmo parecer se posiciona contrário a PMA heteróloga por não a considerar “eticamente aceitável”, e da mesma forma quanto à gestação substitutiva, por entender que se estaria instrumentalizando a mulher e coisificando o indivíduo a ser gerado.

O advento da Lei de Revisão Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, fez com que o tema da Regulamentação da PMA fosse objeto de anteprojetos cujo escopo era a sua normatização, vindo a adentrar ao órgão legislativo por meio do Decreto nº 415/VII aprovado pela Assembleia da República em 18 de junho de 1999 (tendo como base a proposta de Lei apresentada pelo Governo, anteriormente aprovado pelo Conselho de Ministros da Saúde em 30 de julho de 1997), entretanto o mesmo foi objeto de veto do então Presidente da República quando do seu envio para promulgação⁴⁵.

Em decorrência da revisão Constitucional, restou acrescido à redação a alínea e), n.º 2 do artigo 67º da CRP, a obrigatoriedade de se “regulamentar a procriação assistida resguardando a dignidade da pessoa humana”⁴⁶, fazendo com que o legislador desse andamento a regulamentação das técnicas de PMA em Portugal, para tal, e com o surgimento de projetos de lei fora requerido parecer ao CNECV, que em atenção ao requerimento da Ministra da Saúde emitiu o parecer 23/CNECV/98, de 23 de Abril, qual seguiu o entendimento do parecer anterior, recomendando principalmente: uma vez aprovada a PMA heteróloga que inexistisse restrições quanto ao direito do indivíduo vir a conhecer sua origem e a identidade do dador; que as dações se realizem num único estabelecimento; a gratuidade para dação de sêmen; limitação de números de crianças a serem geradas com material genético de um mesmo dador, bem como

⁴⁵ O veto restou publicado no Diário da Assembleia da República, IIª série A, nº 82, de 3 de agosto de 1999.

⁴⁶ CORTE-REAL, Carlos Pamplona – Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética**, p. 96-98.

a previsão de estudo das causas da infertilidade com o escopo de ser alcançada a sua prevenção cientificamente e o incentivo aos casais a recorrerem a adoção em detrimento da PMA e, previsão de prazo razoável para revisão da lei. Tal parecer muito embora tenha sido aprovado por unanimidade, não veio a ser seguido quando da aprovação da lei que passou a regular a prática da PMA em Portugal.

Em 2004 fora emitido outro parecer pelo CNECV (44/CNECV/04), também sobre as técnicas de PMA, seguindo o entendimento adotado nos pareceres anteriores, acrescido de forma mais detalhada em todos os seus pontos, objetivando a preservação das partes envolvidas, sobretudo dos embriões e indivíduos a serem gerados por meio das técnicas de PMA, por serem estas as partes mais vulneráveis.

Após muitos estudos e debates restou promulgada a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que passou a regular a utilização das técnicas de PMA. De forma muito resumida, e voltada para as questões que serão abordadas no presente estudo, originariamente a lei estabeleceu que a utilização das técnicas de PMA se dará de forma subsidiária desde que diagnosticada a infertilidade ou a evitar a transmissão aos descendentes de doenças hereditárias graves, bem como, para casais heterossexuais, ou ainda para pessoas de sexo diferentes que vivam maritalmente a mais de dois anos. Quanto a gestação substitutiva (inicialmente denominada como maternidade de substituição) restou vedada e, uma vez praticada a mulher que viesse a suportar a gestação era considerada para os efeitos legais a mãe da criança que der à luz, o que poderia ser interpretado como uma forma de punição pela sua prática ilegal⁴⁷.

No que tange a confidencialidade sobre a prática das técnicas de PMA e identidade das partes envolvidas, esta é obrigatória a todos que de alguma forma participem ou tomem conhecimento da mesma. Aos nascidos por meio das técnicas de PMA é facultada a possibilidade de se obter informações, que lhes digam respeito quanto a natureza genética, junto ao competente serviço de saúde, estando vedada a obtenção de informação quanto a identidade do dador. Os interessados podem ainda, realizar consultas referentes a impedimentos matrimoniais junto ao

⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 43

Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, e neste caso, no que tange a identidade do dador, somente se este autorizar expressamente.

Ao decorrer dos anos, a Lei 32/2006 de 26 de Julho, sofreu alterações decorrentes das Leis n.º 59/2007, de 04 de Setembro, de n.º 17/2016, de 20 de Junho, de n.º 25/2016, de 22 de Agosto e por fim da Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, sendo que em sua nova versão, alguns dos pontos originalmente regulamentados, restaram alterados e outros ampliados, como por exemplo a permissão da prática da gestação substitutiva não onerosa, ampliaram os debates oriundos as questões legais e éticas que envolvem o uso das técnicas de PMA e as partes envolvidas, sobretudo quanto aos direitos do nascituro.

Na versão atualizada até 2017 da Lei n.º 32/2006, verifica-se que permaneceu sua previsão como um método subsidiário e não alternativo, para casos de infertilidade diagnosticada, tratamento de doenças graves ou para evitar a transmissão de doenças hereditárias graves, infecciosas entre outras, contudo, no n.º 3 do artigo 1º da referida lei, surge a permissão para sua utilização por todas as mulheres independentemente de diagnóstico de infertilidade, o que pode levar a interpretação de que as técnicas de PMA passaram a ser permitidas, para as mulheres, como forma alternativa de procriação e não somente de forma subsidiária.

Outra amplitude da lei é a previsão do uso das técnicas de PMA por casais de mulheres ou que vivam em condições análogas às de cônjuges, bem como a qualquer mulher independentemente de estado civil e orientação sexual, conforme disposição contida no artigo 6º da Lei.

Passando a regulamentar a prática da gestação substitutiva, não onerosa e em casos específicos, como ausência de útero, lesão ou doença grave no aparelho reprodutivo feminino que impossibilitem definitivamente a gestação exitosa ou outros diagnósticos clínicos que justifiquem a prática da gestação substitutiva, tal previsão, além de alterar consideravelmente o artigo 8º, também acarretou alterações a diversos outros artigos que a ele se relacionam.

Da mesma forma que nos casos de PMA heteróloga parte do material genético deverá ser obrigatoriamente de um dos beneficiários, no caso da gestação substitutiva, caso o material genético não seja integralmente dos beneficiários, parte deverá ser, sendo que a gestante não poderá cumular a função de dadora e gestante, bem como não poderá manter relação de subordinação aos beneficiários, seja profissional ou economicamente.

No que se refere a obrigatoriedade de sigilo quanto a divulgação das partes envolvidas na prática das técnicas de PMA se manteve, bem como as possibilidades que facultam os nascidos por meio de PMA a obterem informações seja de ordem genética como a de consulta para fins matrimoniais, restando ampliada pelo n.º 4 do artigo 15º a possibilidade de obter informações a respeito da identidade do dador, por razões ponderosas, através de uma sentença judicial.

Estas questões, dentre outras, ainda são objeto de posicionamentos divergentes, seja no que se refere ao direito dos beneficiários, dos dadores, da gestante de substituição e, sobretudo no que tange aos direitos do nascituro, a parte mais frágil desta relação, cujo dever do Estado é a sua proteção. Ainda distante de uma unanimidade quanto ao tema e por força do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, proferido pelo Tribunal Constitucional Português, restou suspensa à prática de novos contratos de gestação substitutiva, por ausência de legislação específica que regulasse tal contratação, além de ter declarado a inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 4 do artigo 15º da lei de PMA, mantendo-se os n.ºs 2, 3 e 5 inalterados, ensejando interpretações opostas quanto a permanência ou não da impossibilidade do nascituro a ter conhecimento pleno quanto as suas origens: genética e gestacional⁴⁸, isto em razão da manutenção dos n.ºs 2 e 3 do citado artigo⁴⁹. Nosso estudo objetiva uma análise destas divergências com um olhar destinado ao direito do nascituro quanto ao conhecimento de suas origens tanto genética como gestacional.

1.3.1 – Gestação substitutiva, questões éticas e normativas

O estabelecimento da maternidade, nos termos do Código Civil Português, de acordo com o preceituado no n.º 1 do artigo 1976.º, em conjunto com os artigos 1803.º a 1825.º, é determinada pelo parto, ou seja, será declara mãe a mulher que gerou e deu à luz a criança, ou ainda, por declaração de terceira pessoa que fizer o registro da criança, cujo parto tenha ocorrido a menos de um ano. No caso de já ter decorrido um ano ou mais da data do parto, em caso de declaração por terceiro quando do registo do nascimento da criança, a mulher declarada como mãe deverá

⁴⁸ Neste ponto ao conhecimento da identidade dos dadores e/ou gestante substitutiva.

⁴⁹ Acórdão 225/2018 TC. p.65 “será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistemáticas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.º 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens.”

ser notificada a comparecer em cartório com o escopo de concordar ou discordar quanto a declaração de maternidade que lhe fora atribuída⁵⁰.

Com o advento da Lei de PMA em Portugal, e posteriormente ao regular à possibilidade de utilização do método de gestação substitutiva em conjunto com uma das técnicas de PMA, a maternidade, não será estabelecida nos termos do Código Civil, deixando, nestes casos, de ser determinada pelo parto.

Após a reforma da Lei de PMA, se admitindo em Portugal a prática do método de gestação substitutiva, com a ressalva de que esta não poderia ser concomitantemente, no mesmo procedimento a doadora de óvulo e a gestante, fazendo com que inexista qualquer ligação genética da gestante substitutiva com a criança gerada em seu útero, mas tão somente a influência sobre o nascituro quanto a sua formação gestacional⁵¹. A maternidade neste caso passou a ser atribuída a mulher beneficiária do referido procedimento, o que se dará pelo consentimento, caso o material genético não seja o seu, ou por consentimento e genético, sendo seu o óvulo utilizado nesta gestação. Neste mesmo sentido se dará o estabelecimento da paternidade.

Em conformidade com o disposto no n.º 9 do artigo 8.º da Lei de PMA, a gestante substituta ao gerar em seu útero uma criança em benefício de outrem, apesar desta lhe dar à luz, não será legalmente declara sua mãe, mas sim a mulher contratante, uma vez que a referida lei preceitua que os pais serão os seus beneficiários, afastando-se a maternidade e todos os seus encargos da gestante substituta, bem como a paternidade do dador de sêmen.

Independentemente da forma que a lei de PMA prevê o estabelecimento da filiação do ser humano gerado por meio da gestação substitutiva, eticamente há que ser analisada e ponderada todas as possibilidades e quantidade de pessoas necessárias e que de uma forma ou de outra estarão envolvidas na formação deste novo ser humano, senão vejamos:

⁵⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 529-530.

⁵¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**, p. 145.

1 - Se os pais beneficiários fornecerem óvulo e o sêmen, teremos três envolvidos, o casal e a gestante substitutiva; 2 - No caso de o pai beneficiário fornecer o sêmen sendo necessário um óvulo de uma dadora, teremos quatro envolvidos, o casal, a dadora e a gestante substitutiva;

3 - Na hipótese de a mãe beneficiária fornecer o óvulo sendo necessário um sêmen de um dador, da mesma forma que a anterior, teremos quatro envolvidos, o casal, o dador e a gestante substitutiva;

4 - Para os países nos quais se permite a prática da gestação substitutiva com a utilização de sêmen e óvulo de dadores, teremos o envolvimento de cinco pessoas, o casal beneficiário, os dois dadores e a gestante substitutiva.

Sendo certo que, no caso em que a gestante substitutiva for casada ou tiver um companheiro, dever-se-á acrescentar mais um indivíduo as hipóteses anteriormente descritas, isto obviamente sem contar os médicos e os demais profissionais dos centros de PMA.

Além da complexidade apresentada, outra questão polemica é a confidencialidade referente as informações dos beneficiários, doadores e das crianças nascidas por meio da técnica de PMA estabelecida pelo artigo 15.º da Lei de PMA. Inicialmente a confidencialidade estabelecia o anonimato da identidade dos dadores e da gestante substitutiva. A pessoa assim gerada poderia obter por determinação judicial através de sentença autorização para ter conhecimento quanto a sua origem genética, desde que devidamente comprovada sua relevante necessidade.

A estas pessoas podemos dizer que há uma verdade quanto a sua realidade genética e outra no que se refere a sua realidade social as quais não caminham juntas, sendo uma delas para muitos, totalmente desconhecida, o que não ocorre com os indivíduos cuja concepção de deu de forma natural, ou seja, sexualmente⁵².

O direito ao conhecimento de sua identidade pessoal, bem como genética, é garantia constitucional dos portugueses, prevista no n.º 1 e n.º 3 do artigo 26 da CRP, isto porque a ciência de ambas é indispensável para o ser humano compreender a sua real identidade,

⁵² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Investigação da filiação. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. I**, p. 32.

conhecimento este que deve ser alcançado o quanto antes, a fim de evitar uma descoberta de forma brusca e inesperada, o que poderia vir a desencadear conflitos existenciais ao indivíduo, além do fato de que o conhecimento de sua origem genética é de extrema relevância uma vez que está diretamente relacionada com o diagnóstico de eventuais doenças e/ou anomalias genéticas⁵³.

Após muito se discutir e algumas reformas, a Lei de PMA atualmente estabelece no que se refere a confidencialidade, em seu artigo n.º 15, n.º 1, que as pessoas que tomarem conhecimento quanto ao procedimento de PMA, neste incluindo-se a gestação substitutiva, estão obrigadas a manter sigilo quanto a identidade de todos os envolvidos e quanto ao próprio procedimento realizado, já no n.º 2 que o indivíduo gerado por meio da PMA heteróloga, ou seja, com a “dáviva de gametas ou embriões”, após atingirem 18 anos poderão obter junto aos serviços de saúde as informações quanto as questões genéticas de seu interesse e perante ao CNPMA “a identidade civil do dador” que neste caso será o nome completo do dador ou dadores, mantendo-se no n.º 5 a possibilidade de se obter por meio de decisão judicial e por questões ponderosas maiores informações sobre a identidade do dador ou dadora⁵⁴.

Verifica-se que a Lei de PMA passou a garantir o direito de se obter as informações genéticas, a identidade civil do dador ou dadora, deixando de garantir estes mesmos direitos quanto a identidade da gestante substitutiva, mantendo o tratamento desigual em relação ao direito de conhecimento a identidade gestacional ao indivíduo assim gerado.

Outro ponto a ser analisado com cautela no que se refere a gestação substitutiva, é a questão da relação contratual, mesmo que de forma não onerosa, isto porque não se trata de uma simples relação contratual muito pelo contrário. O objetivo principal desta relação contratual se baseia num acordo de vontade entre as partes, estando de um lado a gestante de substituição que será a de gerar, dar à luz a um bebe e entregar o nascituro ao casal beneficiário, seja de forma altruísta ou de algo que se assemelhe, em prol do desejo de outrem em realizar e assumir o desejo de construir uma família constituindo com o nascituro um compromisso parental de filiação.

⁵³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 32-41.

⁵⁴ Lei PMA com as atualizações decorrentes da Lei n.º 90/2021. **D. R. I Série.** N.º 242 (16-12-2021) p. 13-16.

No entendimento de Jorge Duarte Pinheiro, este contrato não possui as características de um contrato de compra e venda ou doação porque a criança não pode ser comparada muito menos considerada uma propriedade para ser transferida de um para o outro nem objeto para ser passível de doação. De igual forma não se enquadra como um contrato de concessão de gozo, isto porque o útero da gestante de substituição não é passível de ser alugado nem utilizado em comodato, isto porque não pode ser comparado nem classificado como coisa a ser utilizada por outrem temporariamente. Para este autor o contrato de gestação substitutiva melhor se assemelha com o “contrato de prestação de serviço atípico”, sendo o resultado do trabalho da gestante substitutiva a entrega, de fato e de direito, da criança gerada em seu ventre após se submeter a uma das técnicas de PMA em favor do casal beneficiário⁵⁵.

Entendemos que pode ser um tipo de relação contratual muito específica e bem peculiar. O mesmo se enquadraria melhor no tipo de contrato *sui generis*, devendo os seus conflitos quando levados ao judiciário virem a ser dirimidos não na esfera civil, mas sim na esfera do direito de família, isto por envolver o destino de um ser humano, de pessoa e não de um objeto.

Proveniente de inumerável complexidade, mas, sobretudo em decorrência de ausência de legislação específica sobre os contratos de gestação substitutiva, editada pelo órgão competente para tal, que fora distribuído o processo 95/17 por um grupo de Deputados ao pleitearem à Assembleia da República, que nos termos do artigo 281.º, n.º 1, alínea “a” e n.º 2 alínea “f”, a declaração e inconstitucionalidade dos artigos 8.º, 15.º e 20.º da Lei de PMA, qual foi julgado pelo Tribunal Constitucional Português em 24 de abril de 2018. Este Tribunal exercendo sua função fiscal e protetiva da Constituição da República de Portugal, através do controle concentrado de constitucionalidade, *in abstracto*, declarou inconstitucional, com efeito geral e obrigatório, os n.º 4, 7, 8, 10, 11 e 12 do artigo 8.º, os n.º 4 e 5 do artigo 14.º e o n.º 4 do artigo 15.º, da Lei de PMA, no que se referem a regulamentação da Gestação de Substituição⁵⁶, nos termos do acórdão 225/2018, qual suspendeu a realização de novos contrato de gestação substitutiva, mantendo a aplicação dos referidos artigos aos contratos de gestações substitutiva,

⁵⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – Mãe portadora - A problemática da maternidade de substituição. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 328-330.

⁵⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional Português - n.º 225/2018

cujo procedimento de fertilização já havia ocorrido, suspensão esta que se manteve até a reforma da Lei de PMA proveniente da Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro.

1.3.2 – Análise dos efeitos do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, do Tribunal Constitucional Português

Fora apresentado requerimento de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 8.º, 15.º e 20.º da lei de PMA n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação das Leis n.ºs 17/2016⁵⁷, de 20, de junho, e 25/2016⁵⁸, de 22 de agosto, bem como aos demais artigos nas pastes que se correlacionam com os três artigos citados, por um grupo de Deputados, junto à Assembleia da República, fundamentado no n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f) do artigo 281 da Constituição da República Portuguesa, originando o processo 95/17.

No que se refere à “*Gestação de Substituição*” o requerimento de inconstitucionalidade do artigo 8.º restou fundamentado na violação aos princípios constitucionais garantidores do “direito da dignidade da pessoa humana”, ao “dever do Estado de proteção da infância” e ao “princípio da proporcionalidade”⁵⁹.

Sustentam os requerentes que a Constituição ao estabelecer como dever do Estado a regulamentação da procriação medicamente assistida em Portugal, também determina ao legislador ordinário que ao fazer deverá salvaguardar o direito a dignidade da pessoa humana, o que deve ser compreendido como dever de proteção das pessoas envolvidas no procedimento de PMA, no que se refere a sua integridade física e moral, e não violação da vida privada e familiar, direito a constituir família e a saúde, sem desproteger a dignidade humana, o direito à identidade pessoal e genética e, o desenvolvimento da personalidade dos seres humanos a nascerem por meio das técnicas de PMA, pessoas estas que por serem as mais vulneráveis são carecedoras de maior proteção, devendo o Estado cumprir com o dever de tutelar os direitos destes.

⁵⁷ Introdução normativa quanto a matéria de procriação medicamente assistida.

⁵⁸ Introdução normativa quanto a gestação substitutiva.

⁵⁹ ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional Português – n.º 225/2018. p.1. “Artigos 1.º, 13.º, 18.º, n.º 2, 67.º, n.º 2, alínea “e”, e 69.º, n.º 1 todos da Constituição da República.”

Tanto o direito dos beneficiários a constituir família e a ter filhos como o direito do indivíduo gerado por meio da PMA, a ter o integral conhecimento da sua identidade, no qual se inclui a identidade genética e gestacional, é constitucionalmente previsto e protegido, e uma vez existindo conflitos de interesses das partes envolvidas, deverá prevalecer o da parte mais vulnerável, neste caso o do nascituro, da criança, com base no princípio da beneficência. A alteração normativa acabou por inverter esta ordem de proteção, privilegiando o direito da mulher beneficiária em detrimento dos direitos da criança gerada por meio da PMA, isto porque a lei passou a garantir a todas as mulheres o direito a ter filhos, mas não garante da mesma forma que todos os filhos tenham conhecimento quanto a sua identidade pessoal e genética, como também faz com que a PMA deixe de ser um método subsidiário, forma de tratamento de infertilidade, para se tornar um método alternativo para se exercer o direito de reprodução, a todas as mulheres independentemente de diagnóstico médico e estado civil, privilegiando desta forma a progenitura social em detrimento da biológica.

Quanto a “*Confidencialidade*” prevista do artigo 15.º, em conjunto com os artigos 10.º n.º 1 e 2, e 19.º, n.º 1 da LPMA, entendem que a inconstitucionalidade se encontra na violação constitucional no que se refere aos princípios do “direito a identidade pessoal” e “desenvolvimento da personalidade” e a “identidade genética”, “direito da dignidade da pessoa humana”, a “igualdade” e da “proporcionalidade”⁶⁰.

No que se refere ao direito de anonimato dos dadores, este faz com que princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais se contraponham. O nascituro, gerado por meio das técnicas de PMA, tem o direito a identidade pessoal e ao conhecimento da ascendência genética e sua historicidade pessoal, enquanto que os pais beneficiários tem o direito a constituir família e a intimidade da vida privada resguardada. A lei de PMA estabelece como regra o anonimato, privilegiando os interesses dos beneficiários e dadores e, como exceção a possibilidade do nascituro a ter acesso ao conhecimento de suas origens em caso de razões ponderosas, reconhecidas por meio de sentença judicial, estando de uma forma mitigada os referidos conflitos.

⁶⁰ ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional Português – n.º 225/2018. p.1. “Artigos 1.º, 13.º, 18.º, n.º 2, 26.º n.ºs 1 e 3, e 67.º, n.º 2, alínea “e” todos da Constituição da República.”

Questionam os requerentes a constitucionalidade da regra absoluta do anonimato no que tange a gestação de substituição, uma vez que neste caso, não há na lei de PMA previsão de exceção que garanta ao nascituro o seu direito ao conhecimento absoluto de sua identidade e origem, violando-se por completo o princípio da proporcionalidade, haja vista que o conhecimento da identidade das mulheres que se submeteram a condição de gestante substitutiva é proibido, por se encontrar sob uma regra de absoluto anonimato, diferentemente para os casos de dadores de sêmen e dadoras de óvulos.

Também se encontra desrespeitado o princípio da igualdade, considerando que parte dos nascidos tem direito ao conhecimento de suas origens, quais sejam os concebidos por meio de reprodução normal, através de técnicas de PMA homóloga e PMA heteróloga cujo direito ao conhecimento de suas origens se tenha obtido por meio de sentença judicial ou por autorização dos dadores, bem como os filhos adotivos, enquanto que outra parte, os gerados por meio da gestação substitutiva, método de PMA heteróloga, terão este direito negado por lei, fazendo com que em uma mesma sociedade coexistam duas categorias de indivíduos, os que conhecem suas origens genética e gestacional e os que não conhecem por impedimento legal.

Por fim, argumenta-se no que tange a “*Determinação da parentalidade*” cuja redação do artigo 20.º n.º 3 da LPMA, ao dispensar a instauração da averiguação oficiosa da paternidade, somente quando houver consentimento pela pessoa submetida a PMA, os direitos “a identidade pessoal”, “desenvolvimento da personalidade” e a “identidade genética”, ao “princípio da dignidade da pessoa humana”, da “igualdade” e da “proporcionalidade”⁶¹, encontram-se violados.

Entendem os requerentes que além da violação a princípios constitucionais já demonstrados, a lei deverá exercer o papel de regular o avanço científico alcançado, de forma a não violar os direitos fundamentais das partes envolvidas: seja dos beneficiários, da gestante substitutiva, que não pode vir a ser, em hipótese alguma, instrumentalizada e do nascituro, parte mais vulnerável desta relação, cuja atenção e proteção é dever do Estado, evitando assim que venha a ser um objeto contratual, ou seja, coisificado.

⁶¹ ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional Português – n.º 225/2018. p.1. “Artigos 1.º, 13.º, 18.º, n.º 2, 26.º n.ºs 1 e 3, e 67.º, n.º 2, alínea “e”, todos da Constituição da República.”

O Tribunal Constitucional exercendo sua função fiscal e protetiva da Constituição da República de Portugal, através do controle concentrado de constitucionalidade, *in abstracto*, em 24 de abril de 2018, ao julgar a ação de inconstitucionalidade, acolheu parcialmente o pleito nos termos do acórdão 225/2018, declarando inconstitucional, com efeito geral e obrigatório, os n.ºs 4, 7, 8, 10, 11 e 12 do artigo 8.º, os n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º e o n.º 4 do artigo 15.º, da Lei de PMA, no que se referem a regulamentação da gestação de substitutiva, mantendo a aplicação dos mesmos somente para as gestações substitutivas já em curso quando da sua promulgação.

No que se refere ao direito a constituir família por meio da gestação substitutiva, quando tal projeto não seja possível de ser alcançado de outro modo e em decorrência de situações clínicas que impossibilitem uma gravidez, entenderam os julgadores que a Lei 17/2016 ampliou a gama dos beneficiários das técnicas de PMA, possibilitando a todas as mulheres, independentemente de diagnóstico médico de infertilidade, tornando as técnicas de PMA acessíveis as mulheres casadas ou que convivam em união estável com um homem ou outra mulher. Enquanto que a Lei 25/2016 regulamentou a gestação substitutiva, a tornando permitida, mas somente nos casos de ausência do aparelho reprodutivo ou diagnóstico de alguma doença no referido órgão que impossibilite ou impeça absolutamente uma gestação bem sucedida, ou ainda por alguma outra justificativa clínica que recomende a utilização do método da gestação substitutiva, como por exemplo, para impedir a transmissão hereditária de doenças genéticas graves, estando tais alterações a proporcionar uma maior igualdade e equidade entre os beneficiários de tais técnicas, sem violação aos direitos dos demais envolvidos.

Quanto aos nascituros, gerados por meio das técnicas de PMA heteróloga, o direito a conhecer a identidade dos dadores, bem como aos gerados por meio de gestação substitutiva a conhecerem a identidade da gestante, fundamentam a decisão nos seguintes termos:

No que se refere aos nascidos por meio de PMA heteróloga, o direito ao conhecimento de suas origens e a identidade dos dadores, se encontra resolvida por meio de um direito mitigado e já regulamentado na própria Lei de PMA, cuja inconstitucionalidade já fora objeto do Acórdão n.º 101/2009 proferido pelo TC.

Em se tratando de gestação substitutiva, todos os artigos que na lei originária a proibiam foram revogados e substituídos pelos artigos trazidos pela Lei 25/2016 que a regulamentam, estabelecendo ainda, que o contrato a ser celebrado em razão da disposição de vontade da

gestante substitutiva e os beneficiários, deve ser autorizado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida - CNPMA, e realizado de forma livre, formalmente consentida e esclarecida, inclusive quanto a influência da gestante substitutiva no desenvolvimento embrionário e fetal do nascituro, de forma não onerosa, bem como sendo vedada a participação da gestante substitutiva, concomitantemente comoadora de óvulo, para a gestação a ser suportada em benefício de outrem, objeto do contrato celebrado.

A amplitude do consentimento firmado pelos contratantes, sendo a dos beneficiários quanto à aplicação das técnicas de PMA na gestante substitutiva, com a transferência de um embrião que possui ao menos 50% do material genético do casal beneficiário, para o aparelho reprodutivo daquela, enquanto que o consentimento firmado pela gestante substitutiva é muito mais amplo e vinculante, uma vez que se concretiza em atos sucessivos que vai desde a fecundação por meio de uma das técnicas de PMA, o suportar da gestação, a realização do parto e por fim, a entrega da criança ao casal beneficiário (contratantes).

Entendem os julgadores que a dignidade da pessoa humana não se encontra violada, isto porque estão presentes à disposição de vontade das partes de forma livre e de esclarecido consentimento, inexistindo qualquer forma de instrumentalização ou coisificação das partes contratantes. Em especial no que se refere a gestante substitutiva pelo fato do contrato ser gratuito a sua participação no projeto de paternidade dos pais beneficiários, se daria em razão de sua livre disposição de vontade e de forma autônoma⁶², cuja finalidade é a que os pais beneficiários sejam os verdadeiros pais da criança a ser gerada em seu útero ao qual dará à luz. Assim sendo entendem pela inexistência de instrumentalização da gestante e da comercialização de sua função reprodutiva, ainda mais que o estado de gravidez, que é temporário, não reduz a mulher (gestante) a um ser incapaz, muito pelo contrário, ela pode continuar a desenvolver suas atividades pessoais, profissionais e de lazer normalmente.

⁶² Devendo ser observado que em Portugal, a Gestação Substitutiva só é permitida de forma não onerosa e subsidiária, ou seja, nos casos em que a mulher beneficiária apresente diagnóstico de ausência de útero, lesão ou doença grave no aparelho reprodutivo que a impossibilite de forma absoluta e definitiva a engravidar ou ainda em razão de doença grave geneticamente transmissível cujo diagnóstico médico justifique o método de gestação substitutiva, fatores que por si só ao ver dos julgadores, seriam suficientes para impedir qualquer forma de instrumentalização da gestante.

Ao que se refere a dignidade do nascituro gerado por meio da gestação substitutiva, o entendimento é de que a mesma não é violada, haja vista o método de gestação substitutiva se equiparar as demais técnicas de PMA, diferenciando-se somente no que tange ao útero no qual ocorrerá a implantação do embrião e sua gestação, e que em nada prejudicará o seu desenvolvimento intrauterino. O fato de se recorrer a esta possibilidade de se alcançar o projeto familiar de procriação e o fato da sua separação da mulher que lhe gerou e deu à luz, em nada viola a dignidade da criança, inexistindo neste ponto violação aos direitos da criança, seja anterior ou posterior ao seu nascimento, conseqüentemente não há dever de proteção da infância a ser resguardado pelo Estado. Estabelecendo o entendimento no sentido de que a proteção da criança se dará através da proibição ou regulamentação do método de gestação substitutiva, o que compete ao legislador.

Entendem os julgadores que o método de gestação substitutiva não é inconstitucional e não fere a instituição familiar, pelo contrário é um meio através do qual se pode dinamizar a instituição familiar. Pode se verificar a ausência de simetria entre os atos de consentimentos das partes contratantes e por esta razão até que momento deve se estender o direito de revogabilidade do consentimento firmado pela gestante substitutiva, sem ferir sua dignidade humana, até o início da técnica de PMA, como estabelecido pela lei, ou até a realização do parto e entrega da criança.

O consentimento dos beneficiários se limita a autorização da transferência do embrião para o útero da gestante substitutiva, enquanto que o consentimento desta se concretiza com a realização do procedimento da técnica de PMA, se perpetua com a gravidez, renovando-se em cada uma de suas etapas e, posteriormente com o advento do parto, finalizando por meio do ato de entregar a criança aos seus beneficiários. Estando a gestante limitada ao ato de revogação de sua concordância, inicialmente firmada até a concretização da técnica de PMA com a implantação do embrião em seu ventre, nesta hipótese sim, estar-se-ia a ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como residindo a inconstitucionalidade.

No tocante a regulamentação dos contratos de gestação substitutiva, embora haja determinação ao CNPMA quanto a aprovação do contrato-tipo, no qual deverá conter cláusulas regulamentadoras, e exista uma omissão quanto ao teor das referidas cláusulas e seu conteúdo normativo, a serem sanadas pelo legislador parlamentar, no que tange aos contratos, a

inconstitucionalidade não reside no teor e cláusulas contratuais, e sim no fato de que ficou a cargo do CNPMA, órgão infralegislativo, o encargo de regulamentar os contratos de gestação substitutiva. Em conformidade com o artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da CRP é de competência da Assembleia Legislativa promulgar a lei que venha a regulamentar as questões contratuais da gestação substitutiva, não sendo a própria Lei de PMA suficiente para tal.

Referente a confidencialidade inicialmente regulada pelos n.ºs 1 a 5 do artigo 15.º da Lei de PMA, ao estabelecer o dever de sigilo absoluto por parte de todos os envolvidos no procedimento das técnicas de PMA, possibilitando a todos os nascidos e concebidos por meio da dádiva de dadores a conhecerem as suas origens genéticas, com restrição a identidade dos dadores, cuja exceção somente ocorrerá por meio de decisão judicial, e a permissão quanto a consulta junto ao CNPMA referente a impedimentos matrimoniais, bem como a proibição referente a qualquer tipo de apontamento em seus registros de nascimentos de que a criança tenha sido gerada por meio das técnicas de PMA, como também através de gestação substitutiva.

O direito do nascituro a conhecer sua origem genética, informações referentes a medicina preventiva e impedimentos matrimoniais já o era facultado, bastando para tal uma consulta junto ao CNPMA. No que se refere ao conhecimento da identidade dos dadores somente com a autorização destes ou por meio de sentença judicial após se apresentar razões ponderosas que a justifiquem, sendo omissa a legislação quanto ao direito ao conhecimento da identidade da gestante, tal omissão equivale a proibição.

A declaração de inconstitucionalidade do n.º 1, no que tange a obrigatoriedade do sigilo absoluto e do n.º4, ambos do artigo 15.º da Lei de PMA, por violarem direito constitucional referente a identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas geradas por meio de gestação substitutiva ou outras técnicas de PMA, por consequência acarreta outro questionamento, qual seja: com a inexistência da regra de sigilo imposta pelo n.º 1 e a permanência dos n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º da Lei de PMA, resta facultado a todos os indivíduos gerados através do método de gestação substitutiva ou outra técnica de PMA heteróloga o direito ao conhecimento de suas origens genéticas e gestacional, bem como a identidade dos dadores e da gestante, sem a necessidade de se obter uma sentença judicial para tal?

Esta possível contradição decorrente da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 15.º da LPMA, que não se encontra como tema central deste estudo, por merecer pesquisas e ponderações mais profundas, contudo, por si só, dá ensejo a interpretações contraditórias referente a permanência ou não da impossibilidade de o nascituro conhecer plenamente suas origens genética e gestacional⁶³, em especial no que se refere a manutenção dos n.ºs 2 e 3 do referido artigo⁶⁴.

Para que a pessoa nascida por meio do uso da técnica de PMA heteróloga, bem como por meio da gestação substitutiva, tenha conhecimento pleno de suas origens se faz necessário lhe garantir o direito, de forma igualitária^{65 66}, ao conhecimento além da origem da sua “carga” genética, de conhecer a identidade do dador e/ou da gestante substitutiva, conhecimento este de extrema importância para a formação e desenvolvimento da sua personalidade, da sua identidade pessoal e identidade genética. Esta é a razão que motiva estudar os direitos do nascituro, mesmo com a suspensão momentânea da celebração de novos contratos de gestação substitutiva, por força do citado Acórdão do TC, até a apresentação, por órgão competente de nova Lei que normatize as condições e cláusulas contratuais da gestação substitutiva, método auxiliar as técnicas de PMA heteróloga.

Por fim, quanto a dispensa da instauração da averiguação oficiosa da paternidade da criança nascida por meio das técnicas de PMA, cuja mãe não seja casada e nem conviva em união estável, justificam o voto no sentido de que pelo fato dos dadores não poderem ser tidos como pais da criança gerada com a dádiva do dador, não restou verificada a inconstitucionalidade alegada.

1.4 – A Lei de PMA em Portugal após as alterações introduzidas em decorrência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 e das Leis: n.º 49/2018, n.º 48/2019, n.º 72/2021 e n.º 90/2021

⁶³ Neste ponto ao conhecimento da identidade dos dadores e/ou gestante substitutiva.

⁶⁴ Acórdão 225/2018 TC. p.65 “será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistemáticas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.º 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens.”

⁶⁵ **Constituição da República Portuguesa** – n.º 1 e 2 do artigo 13.º.

⁶⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p . 518.

Após polemicas e ampla discussão em torno do tema, atualmente a Lei que regula a PMA em Portugal, conta com alterações significativas, mantendo, contudo, algumas desigualdades, quanto ao tratamento dispensado aos indivíduos gerados por meio da PMA heteróloga, a PMA com auxílio da gestação substitutiva e os naturalmente gerados.

Quanto as alterações na legislação que regula a PMA, estas são observadas no artigo 6.º, n.º 2, por meio do qual se estabelece que os seus beneficiários devem ter 18 anos ou mais e não podem ter em seu desfavor sentença judicial que os impossibilite de recorrer as técnicas de PMA.

No que se refere a gestação substitutiva, prevista no artigo 8.º, verificamos significativas alterações, senão vejamos: em seu n.º 2 mantém a sua admissibilidade somente de forma excecional, gratuita e nos casos de ausência de útero, de lesão ou doença grave neste órgão ou “outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher”, possibilitando sua interpretação no sentido de que a este recurso só poderá se socorrer as mulheres, o que a nosso entender, é como deve ser, considerando que somente as mulheres possuem útero e a capacidade gestacional, acrescido o fato de que a gestação substitutiva se aplica em razão da ausência deste órgão ou de doenças que impossibilitem a gestação exitosa. Já no n.º 3 incluiu a indicação de que mulher que se proponha a ser gestante substitutiva, preferencialmente, já seja mãe, ou seja, que já tenha passado pela experiência da maternidade. Quanto aos contratos a serem celebrados entre beneficiários e a gestante substitutiva, estes devem ser realizados não só com a autorização do CNPMA, mas com audição da Ordem dos Médicos e também da Ordem dos Psicólogos, conforme disposto no n.º 5 da lei.

O disposto no n.º 6 estabelece que o formulário de autorização prévia, mencionado no n.º 3, deve se encontrar disponível no site do CNPMA, e que as partes contratantes pactuem o contrato de gestação substitutiva conjuntamente e de forma livre, desde que observados os direitos e deveres dos beneficiários e da gestante substitutiva elencados nos artigos 12.º, 13.º, 13.º-A e 13.º-B da mesma lei, bem como apresentem os respectivos documentos de identificação, declaração de aceitação das condições contratuais estabelecidas entre os contratantes, a declaração médica do respectivo centro de PMA, no qual se realizará o procedimento, bem como a declaração do Diretor do referido centro de PMA.

No tocante a eficácia e validade do consentimento das partes e sua livre revogação, este prazo permanece até o início da técnica de PMA para os beneficiários, enquanto que para a gestante

substitutiva, a lei o aplicou, possibilitando que a gestante disponha do direito de livre revogação do seu consentimento até o momento do registro da criança gerada por si, em benefício de outrem, conforme disposto no n.º 10 do artigo 8.º conjugado com o n.º 5 do artigo 14.º da lei de PMA.

Ao pactuarem o contrato de gestação substitutiva, os contratantes deverão ter bem estabelecido como objeto do contrato e suas condições: a obrigação da gestante em seguir as orientações médicas do obstetra que acompanhará a gestação, a realizar os exames e procedimentos médicos necessários para o acompanhamento e boa evolução da gestação, visando o bom desenvolvimento fetal e o bem estar da criança; o direito da gestante em participar da escolha do médico obstetra, do tipo de parto e local a ser realizado; o direito da gestante ao acompanhamento por psicólogo antes, durante e após o parto; o direito ou o dever da gestante na realização e exames de diagnóstico, como por exemplo o de amniocentese, e também questões referentes a utilização de transporte público e de qual tipo, bem como a realização de viagens para o exterior no último trimestre da gestação; as informações completas e adequadas quanto a técnica de PMA que será realizada e seus riscos à saúde; as informações necessárias aos contratantes pertinentes a influência do estilo vida da gestante sobre a formação embrionária e fetal; as observações quanto as questões de saúde que podem ocorrer na gestação tanto com o feto como com a própria gestante; a possibilidade de IVG nos termos da lei; a possibilidade de denúncia do contrato, bem como seus termos, no caso de um determinado número de tentativas de gestação sem êxito; a previsão quanto à possibilidade e condições de revogação do consentimento pelas partes contratantes, desde que observados os termos da Lei de PMA; quais sistemas e seguros de saúde que estarão envolvidos; a gratuidade contratual; a forma de resolução de conflitos decorrentes de divergência na interpretação das cláusulas contratuais ou execução do contrato estabelecido pelos contratantes, conforme previsto nas alíneas “a” a “m” do n.º 13 ao artigo 8.º da Lei.

A Lei de PMA em razão das alterações provenientes da lei 90/2021, de 16 de Dezembro, nos traz a inclusão do artigo 13.º -A que estabelece os direitos da gestante substitutiva e o artigo 13.º -B, no qual prevê os deveres da gestante substitutiva. No que se tange aos direitos, a lei vem estabelece que a gestante deve ser devidamente informada sobre todas as implicações e riscos que podem decorrer do procedimento e da própria gestação, bem como, quanto as questões médicas, psicológicas, sociais, jurídicas envolvidas. No tocante a realização do

procedimento da PMA, que o mesmo seja realizado em um centro de PMA autorizado, com toda a assistência necessária, o acompanhamento psicológico durante todo o procedimento, no período gestacional, prolongando-se até mesmo após o parto. No caso de desenvolvimento de alguma doença decorrente da gestação, o direito ao acompanhamento médico necessário, mesmo que em razão da doença a gestação seja prejudicada. Por fim, a celebração do contrato de gestação substitutiva não pode violar os direitos fundamentais naturalmente conferidos as todas mulheres grávidas ou puérperas.

No que se refere aos deveres estabelecidos à gestante substitutiva, estes se limitam a obrigação e prestar todas as informações requeridas pelos médicos e que se tornem necessárias para o bom desenvolvimento da técnica de PMA a ser realizada, de seguir todas as orientações e prescrições da equipe médica que a acompanha, bem como a adotar todos os cuidados necessários que a condição de grávida impõe, devendo ainda informar todo e qualquer fato ou ocorrência que possa comprometer o contrato pactuado, em especial questões de saúde que coloquem em risco ou inviabilize a gestação.

O artigo 14.º da lei que regula as questões de consentimento, também sofreu duas alterações, uma no que se tange a liberdade de revogação do consentimento das partes, restou ampliado o prazo para a gestante substitutiva, que poderá assim proceder até o registro da criança que deu a luz, conforme mencionado anteriormente, a outra quanto a necessidade das partes contratantes, beneficiários e gestante substitutiva, de serem informados, por escrito, quanto ao “significado da influência da gestante de substitutiva no desenvolvimento embrionário e fetal”, conforme disposto no n.º 6 do referido artigo, tal imposição certamente decorre da importância de tal influência no desenvolvimento e formação, seja na fase embrionária como na fetal, o que por si só vem respaldar a importância que a gestante exerce na formação da identidade gestacional do nascituro, um dos pontos a ser abordado com mais atenção em nosso estudo.

Da mesma forma, o artigo 15.º, qual regula a questão da confidencialidade em torno da PMA, também sofreu alterações, que a nosso entender, não são o suficiente para sanar todas as desigualdades e questionamentos que circundam o tema, isto porque exclui a amplitude de tais direitos aos indivíduos gerados e nascidos com a participação da gestante substitutiva. Como pode ser constatado, o referido artigo, em seu n.º 1, impõem as pessoas, que de alguma forma tomem conhecimento seja, quanto a realização em si das técnicas de PMA, quanto a identidade

dos beneficiários, dos dadores e também da gestante substitutiva, o seu absoluto sigilo. No n.º 2 estabelece que a pessoa que foi gerada por meio das técnicas de PMA, com gametas ou embriões provenientes de dadores, ao atingirem 18 anos poderão obter junto ao CNPMA informações quanto a “identidade civil do dador ou dadora”, informação esta que nada mais é que “o nome completo”, conforme revisto no n.º 4. E em seu n.º 3, encontramos a permissão ao indivíduo, a partir dos 16 anos de idade, a obter informações referentes a impedimentos matrimoniais junto ao CNPMA.

Esta pequena alteração da lei, permitir que o indivíduo nascido por meio da PMA heteróloga, em obter o nome completo do dador ou dadora, dê início as buscas quanto a identidade da pessoa do dador ou dadora, mas que não terá a mesma eficácia em caso de nomes que possibilitem homônimos, tornando-se necessária a busca de uma sentença judicial que lhe conceda o direito, com base em razões ponderosas, a obter maiores informações quanto a identidade do dador ou dadora. Tal amplitude de direitos não restou estabelecida quanto a identidade civil da gestante substitutiva, permanecendo a desigualdade não só entre pessoas concebidas naturalmente, mas também entre estas e as por meio da PMA heteróloga com a dada da contribuição dos dadores, como também entre estas e a que for gerada por uma gestante substitutiva, vindo a se constituir três classes de seres humanos, tema que tornará a ser abordado mais a diante.

Dentre as últimas alterações realizadas na Lei que regula a Procriação Mediamente Assistida em Portugal, será possível observar as contidas nos artigos 22.º, 22.º -A e 23.º, que regulamentam a PMA na Inseminação *post mortem* e a seu estabelecimento quanto a Paternidade, assuntos que não serão objeto do presente estudo e por esta razão não serão pormenorizados.

1.5 – A PMA no direito comparado

Quando o tema é PMA, a divergência de entendimento estará presente. Na grande maioria das legislações as questões referentes ao anonimato dos dadores e a permissão ou não da gestação substitutiva, são regulados sem que exista uma unanimidade de entendimento, por se tratar de pontos delicados e em geral questionados pelas referidas sociedades, por diferentes seguimentos, religioso, cultural, sociológico, etc.

Na **Alemanha** a PMA não possui lei específica que a regule, sua prática é regulamentada por Lei de Proteção de Embriões n.º 745/1990 de 13 de dezembro, (Gesetz zum Schutz von Embryonen. Embryonenschutzgesetz) conjugada com o Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) e a Lei de Adoção (Adoptionsgesetz), por meio das quais se verifica que se permite a PMA heteróloga, com a utilização de material genético de dadores, afastando o anonimato destes, possibilitando aos indivíduos assim gerados terem acesso não só aos dados genéticos dos dadores, mas também quanto a identidade dos mesmos, prevalecendo assim a dignidade⁶⁷ e o direito ao desenvolvimento da identidade daqueles indivíduos⁶⁸. Estas mesmas normas não proíbem diretamente, mas penalizam a prática da gestação substitutiva e, a jurisprudência por sua vez, invalida tais contratos. Contudo, decisões do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, reconhecem como válido o resultado do negócio jurídico realizado em outro país, no qual esta prática é permitida, desde que observada a legislação do referido país⁶⁹, protegendo assim o superior interesse da criança.

Na **Áustria** o entendimento é bem semelhante ao da Alemanha, sendo que a Lei n.º 275, de 04 de Junho de 1992 (Fortpflanzungsmedizingesetz – FmedG) é quem regula a PMA, através da qual se prevê o direito de o indivíduo assim gerado ter acesso aos dados genéticos dos dadores e ao completar 14 anos o acesso a sua identidade⁷⁰. Quanto a gestação substitutiva esta é implicitamente proibida tendo em vista que o Código Civil Australiano estabelece que a mãe é a mulher que é submetida ao parto. Entretanto a instância superior também já decidiu, em proteção ao superior interesse da criança, desde que um dos beneficiários mantenha o vínculo filial consanguíneo, como válido os efeitos do contrato de gestação substitutiva realizado no exterior⁷¹.

Na **Grécia** a PMA é regulada pela Lei n.º 3089/2002 e Lei n.º 3305/2005(Enforcement of Medically Assisted Reproduction), por meio destas verificamos que as técnicas de PMA e a

⁶⁷ REIS, Rafael Vale e – Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida? **In Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida. Volume 4**, p.162

⁶⁸ PAIVA, Alcymar Rosa - **O Direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**, p. 74.

⁶⁹ Acórdão 225/2018 TC. p. 25 no qual faz referência a importante acórdão do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, “acórdão do *Bundesgerichtshof*, de 10 de dezembro de 2014 – processo XII ZB 463/13.”

⁷⁰ PAIVA, Alcymar Rosa - **O Direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**, p. 74.

⁷¹ Decisões do *Verfassungsgerichtshof*, de 14 de dezembro de 2011 (Processo B 13/11-10) e de 11 de outubro de 2012 (Processo B 99/12 ua).

gestação substitutiva, são permitidas para os casais heterossexuais e as mulheres solteiras, sendo que para estas, se estabelece a condição de existência de incapacidade reprodutiva ou gestacional e autorização judicial prévia para que possa ser submetida a tal procedimento, bem como a exigência de que tanto os beneficiários como a gestante substitutiva possuam a nacionalidade grega ou que residam na Grécia. Quanto ao material genético, embora proibida a transferência genética, se exige a utilização do gameta de um dos beneficiários, não sendo permitido que a gestante doe seu óvulo para o mesmo procedimento de PMA no qual será a gestante substitutiva, sendo ainda proibida a sua onerosidade.⁷²

Na **Espanha** a Lei n.º 14/2006, de 26 de Maio, é quem regula a prática de PMA, cujo entendimento já se dá no sentido oposto, ou seja, os indivíduos gerados com material genético de dadores, de forma excepcional podem ter acesso aos dados gerais dos dadores, contudo não será permitido o conhecimento quanto a identidade dos dadores. Em relação a gestação substitutiva esta é legalmente proibida e criminalizada, haja vista o entendimento no sentido de que tal prática fere a dignidade da gestante e do nascituro, uma vez que os transformaria em “coisa”, frutos de mercantilização, tanto a gestante como a criança a ser gerada⁷³.

Na **França** a prática da PMA vem sendo regulada desde 1994, inicialmente pela Lei n.º 94-654, qual veio a ser alterada pelo Código Civil, Código de Saúde Pública (*Code de la Santé Public - CSP*) e pelo Código Penal, cuja aplicação conjunta estabelecem a regra do anonimato, que se impõe tanto quanto aos dadores como aos beneficiários. As exceções, quando permitidas, se limitam as informações genéticas, permanecendo proibido fornecer a identidade dos dadores e beneficiários, cuja inobservância é penalizada como crime, com previsão no Código Penal⁷⁴. Entretanto, no que tange a gestação substitutiva, a legislação francesa muito embora proíba expressamente tal prática, permitia uma manobra a disfarçar a realização de contrato de gestação substitutiva e regularizar o seu resultado, por meio da adoção, ou seja, a mulher que concorda em ser a gestante substitutiva, concorda em ser inseminada com material genético de terceiro, que neste caso será o próprio beneficiário, renunciando o direito de ser declara mãe da criança que vier a da á luz, conforme previsão legal. O dador, que ao mesmo tempo é o

⁷² Acórdão 225/2018 TC. p. 28.

⁷³ Acórdão 225/2018 TC. p. 26.

⁷⁴ PAIVA, Alcymar Rosa - **O Direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**, p. 73.

beneficiário, reivindica a responsabilidade paterna da criança para si, permitindo, posteriormente que sua companheira a adote⁷⁵, prática esta que posteriormente passou a ser proibida pela legislação em respeito tanto ao instituto da adoção, bem como as pessoas envolvidas.

A legislação francesa é omissa quanto a permissão ou proibição da prática da gestação substitutiva, conseqüentemente, recaindo sobre a jurisprudência a decisão pertinente a filiação da criança gerada por meio da contratação de gestação substitutiva, sendo que a maioria dos casos versa sobre a prática de tais contratos no exterior, em países nos quais sua prática é legalizada. Num primeiro momento o entendimento foi no sentido de se recusar tais registros de nascimento, sobre a fundamentação de que assim estar-se-ia a proteger o superior interesse da criança, bem como a coibir o “turismo reprodutivo”. As decisões pautadas neste entendimento foram objeto de recursos, que após chegarem do TEDH, passaram a considerar o mesmo entendimento adotado pelos Tribunais da Alemanha, no sentido de proibir a gestação substitutiva, contudo reconhecer os direitos das crianças assim geradas em países cuja prática é legalizada, visando a proteção dos seus interesses⁷⁶.

Na **Itália**, a PMA é regulada pela Lei n.º 40/2004, de 19 de Fevereiro, por meio da qual permite sua prática de modo subsidiário, ou seja, quando outros meios eficazes e terapêuticos não superaram a incapacidade reprodutiva oriunda da infertilidade ou esterilidade, sendo proibida a realização das técnicas de PMA heteróloga bem como a doação de gametas de ambos os sexos. A permissão se dá para a PMA homóloga aos casais heterossexuais, sendo vedada tais técnicas as mulheres solteiras e a casais de mesmo sexo⁷⁷.

Contudo há que se ressaltar que a legislação italiana não estabelece nenhuma regulamentação quanto ao reconhecimento ou não da nacionalidade italiana das crianças nascidas no exterior por meio da celebração de contrato de gestação substitutiva, cuja decisão vem sendo proferida nos Tribunais, que nem sempre conferem o êxito aos seus beneficiários, fazendo com que estes venham a se socorrer junto aos Tribunais Internacionais.

⁷⁵ Acórdão 225/2018 TC. p. 26-27.

⁷⁶ Acórdão 225/2018 TC. p. 27.

⁷⁷ GOULART, Sofia dos Santos Garcia – **PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – Velhas e novas questões sobre o direito à constituição e família**, p. 62.

Nos **EUA** por possuir um sistema jurídico distinto, baseado na *common law*, cuja resolução de contendas se dá em sua maioria por meio do entendimento jurisprudencial, acrescido ao fato de que os Estados possuem legislações próprias (observando a Constituição Americana), não há lei específica que regule a PMA, sendo esta permitida a todos e podendo ainda se dar de forma onerosa a depender do Estado, isto porque se trata de um país onde o que deve prevalece é a garantia dos direitos de seus cidadãos a privacidade, liberdade, autodeterminação, fazendo com que a prática da PMA e a Gestação Substitutiva seja plenamente permitida, de forma ampla e a abranger todos as pessoas, independentemente se sexos, sua orientação sexual, idade, de forma onerosa ou n o⁷⁸.

No **Reino Unido**, país pioneiro na regulamentação da PMA em 1985 através da *Surrogacy Arrangments Act*, desde 2008 pela *Human Fertilisation and Embryology Act* e a partir de 1990 pela *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. Embora a legislação inglesa se assemelhe a Americana, é muito mais abrangente e permissiva, uma vez que confere também e, de forma expressa, aos casais homossexuais, casados civilmente ou de fato, o acesso as todas técnicas de PMA⁷⁹.

Quanto ao contrato de gestação substitutiva, este só é permitido de forma não onerosa, restando proibida a participação da gestante substitutiva com o seu material genético, devendo ao menos um dos membros do casal participar com seu gameta para a fecundação da criança a ser concebida através da GS. Os contratos de gestação substitutiva não são executáveis judicialmente como também não há a exigência de autorização prévia para a sua contratação. No que se refere a maternidade, esta será conferida a gestante até que se realize a “transferência parental da criança”, esta transferência será d  por meio de uma “ordem parental”, qual deve ser requerida pelos seus beneficiários nos seis primeiros meses de vida da criança, que obrigatoriamente deve residir no território do Reino Unido, bem como os seus beneficiários, tanto no ato do requerimento como no momento do deferimento da ordem de transferência parental da criança para os seus pais (beneficiários do contrato de gestação substitutiva)⁸⁰.

⁷⁸ GOULART, Sofia dos Santos Garcia – **PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – Velhas e novas questões sobre o direito   constituição e família**, p. 62.

⁷⁹ GOULART, Sofia dos Santos Garcia – **Ibidem**. p. 62.

⁸⁰ Acórdão 225/2018 TC. p. 29.

No **Brasil**, a regulamentação do uso das técnicas de PMA, nomeadas como Reprodução Assistida (RA) não se dá por meio de Lei Ordinária e nem mesmo pelo Código Civil Brasileiro, mas sim através da Resolução n.º 2.320/2022 do CFM – Conselho Federal de Medicina, com amparo do Provimento n.º 63/2017 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça e, existindo conflito entre as partes, será com base nesta Resolução, conjuntamente com a prática em sociedade, a base adotada pelo judiciário⁸¹ para se alcanças uma resolução.

Com grande semelhança a lei portuguesa, no Brasil, tanto a doação de sêmen como de óvulos, embriões, só poderá ocorrer de forma gratuita, bem como a prática da gestação substitutiva. Os doadores e os beneficiários não devem ter conhecimento quanto a identidade um do outro, com exceção se o dador e os beneficiários possuírem parentesco de até o 4º grau, desde que não incorra em consanguinidade⁸² e, da mesma forma, a gestante substitutiva, não pode ser a dadora de óvulo, concomitantemente no mesmo procedimento de PMA em que se dispor a suportar a gestação em benefício de outrem⁸³.

No que se refere a prática da gestação substitutiva, o item VII da referida Resolução estabelece na letra “b”, que a gestante substitutiva deva “pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos);” e não sendo possível atender tal requisito, para que terceira pessoa venha a suportar a gestação em prol de outrem, deverá ter a autorização do Conselho Regional de Medicina. Também se faz necessário firmar um termo de “consentimento livre e esclarecido”, a ser assinado pelas partes envolvidas na PMA, acompanhado de um relatório médico quanto as condições de saúde física e psíquica de todos os envolvidos.

Se verifica que na norma brasileira há imposição do anonimato, mas somente nos casos em que os doadores ou a gestante substitutiva não possuírem parentesco com os beneficiários até o

⁸¹ ALBUQUERQUE, Camila Costa de - **Maternidade de Substituição: um vazio jurídico**, p. 23-24.

⁸² Resolução do CFM n.º 2.168/2017. **D. O. U. I Seção.** (10-11-2017) p. 117. previa que “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”, ou seja, a Resolução também passou por alterações, com a inclusão da possibilidade de se incluir como dador ou gestante substitutiva, pessoa com parentesco até o 4.º grau, permitindo assim a quebra deste anonimato, contudo impondo uma desigualdade de tratamento, como na legislação portuguesa.

⁸³ Resolução do CFM n.º 2.320/2022. **D. O. U. I Seção.** (20-09-2022) p. 107. – inciso IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES.

4.º grau, podendo ser interpretada como uma forma de se privilegiar, ou até mesmo de incentivar a prática da PMA entre parentes⁸⁴. De forma, semelhante à legislação portuguesa, no Brasil também se dispensa tratamento desigual aos nascidos através da PMA, mantendo duas classes de indivíduos, os que podem ter conhecimento quanto a sua origem genética e gestacional e os que não podem, sendo que estes últimos, nem mesmo de forma mitigada.

A relação de filiação se constituirá entre os beneficiários e o nascituro de forma afetiva, enquanto que em relação aos dadores e a gestante, estes não terão qualquer tipo relação de parentesco filial com o nascituro, nem obrigações decorrentes da paternidade ou maternidade, conforme entendimento do Superior Tribunal Federal, exposto em acórdão e decisão monocrática proferidos por esta Corte, cujo entendimento pode ser conferido em decisões como a do Acórdão REsp 1608005 / SC, do AREsp 2129589 e AREsp 1917596⁸⁵.

⁸⁴ De acordo com o inciso IV, item 4, da Resolução, somente o médico é quem pode obter informações sobre os dadores e gestantes substitutiva e em casos de necessidade médica “Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente aos médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a)”

⁸⁵ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PARTES ENVOLVIDAS NAS TÉCNICAS DE PMA HETERÓLOGA E GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA

2.1 – Os beneficiários e o direito a constituir família

O direito a constituir família⁸⁶ em Portugal é uma garantia constitucional prevista em seu artigo 36.º, n.º 1, direito este ao qual se englobam as técnicas de PMA, previsto no artigo 67.º, n.º 2, alínea “e” também da CRP, observando-se, para tanto, o direito a intimidade da vida privada e familiar, contido no artigo 26.º n.º 1 da CRP⁸⁷. A previsão constitucional do direito a constituir família, em razão do seu conceito e sua aplicação mais ampla, legitima o direito a procriar, e dentro deste se encontra resguardado o procriar com o auxílio das técnicas de PMA⁸⁸ e da gestação de substitutiva.

Se encontra elencado no Código Civil Português, as hipóteses de relações familiares juridicamente previstas, conforme dispõem o art. n.º 1576, são elas: o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, enquanto que a união de fato, cuja semelhança jurídica que se imprime é a do casamento, e se estatuiu através da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com alterações provenientes da Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto⁸⁹.

As relações sociais ao longo da história da humanidade passaram por inúmeras mudanças, não sendo diferente quanto às relações familiares, qual se encontra em constantes mutações decorrentes de influências do próprio meio e “evolução” social, a qual se engloba a científica. Através desta evolução chegamos às técnicas de PMA, uma forma substitutiva a cura da

⁸⁶ Se trata de direito constitucional, elencado no rol de direito fundamental, pertencente aos direitos de 4ª Geração, é a liberdade de se ter filhos ou não os ter.

⁸⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona – Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética**, p. 101-102.

⁸⁸ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva - A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusitana Revista de Direito**, p. 259-260. “de acordo com o posicionamento dos autores Pamplona Corte-Real, Vera Lucia Raposo, Diogo Leite de Campos, Guilherme de Oliveira, Fernando Araújo e Tiago Duarte, sim, o direito fundamental a constituir família, por consequência ao de ter filhos, amparado pela CRP, se estendo ao direito a recorrer as técnicas de PMA”.

⁸⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de – **O reconhecimento simultâneo da filiação biológica e adotiva como direito de personalidade de pais e filhos**, p. 119.

infertilidade e esterilidade^{90 91}, surgindo com ela um novo conceito de vínculo parental e de progenitura. Antes da PMA a família se identificava pela progenitura, qual determinava o seu grau de parentesco, descendência etc., com o advento daquela, o parentesco familiar não necessariamente caminha de mãos dadas com a progenitura, isto em razão da PMA heteróloga e da gestação substitutiva,⁹² cujas famílias se originam e passam a se alicerçar através da paternidade afetiva e legal e, não mais exclusivamente biológica⁹³.

Inicialmente a Lei de PMA estabelecia como seus beneficiários os casais heterossexuais ou conviventes por união de fato, diagnosticados com problemas de infertilidade, sendo que sua revisão decorrente da Lei 17/2016, de 20 de junho, acabou por ampliar o rol de seus beneficiários, se estendendo a todas as mulheres, independentemente de sua orientação sexual e estado civil, mantendo-se a exigência do diagnóstico de infertilidade para os casos de gestação substitutiva⁹⁴, exceto para as mulheres que podem recorrer às técnicas independentemente de diagnóstico de infertilidade.

Conforme previsto no artigo 4.º da Lei de PMA, os beneficiários destas técnicas poderão ser: o casal ou conviventes de fato heterossexual, o casal homossexual de duas mulheres ou conviventes de fato e toda “mulher solteira independentemente de orientação sexual e diagnóstico de infertilidade”⁹⁵, inexistindo a ampliação de previsão legal para casais ou conviventes homossexuais masculinos, estes estão à margem da Lei de PMA em Portugal.

Esta reforma na lei abre precedentes à interpretação da norma que leva a crer que a utilização das técnicas de PMA perdeu o seu caráter subsidiário de procriar, passando a meio alternativo, exceto no que se refere à gestação substitutiva. Corre-se o risco de se ter esta técnica, cujo escopo inicial é a superação da infertilidade, à mercê dos seus beneficiários para satisfação de

⁹⁰ MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 125. Para o autor a PMA heteróloga “não representa qualquer tratamento para um processo de infertilidade, antes senão um reconhecimento da incapacidade médica de resolver cada caso particular”.

⁹¹ NEVES, M Patrão – Mudam-se os tempos, Manda a Vontade In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética, Vol. III**. p. 134. “o recurso à doação de gametas para a produção de um novo ser não supera ou contorna a infertilidade do casal, cuja relação permanece sem expressão biológica, nem tão pouco favorece a assunção da condição de infertilidade do casal.”

⁹² LANÇA, Hugo Cunha - **Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes**, p.12-14.

⁹³ LANÇA, Hugo Cunha – **Op. Cit.** p.38.

⁹⁴ LANÇA, Hugo Cunha - **Op. Cit.** p.149/150.

⁹⁵ Lei Procriação Medicamente Assistida n.º 32/2006. **D.R. I Série**. N.º 249 (29-12-2016) p. 5126-5130.

desejos e preferências, e em alguns casos, desejos que poderiam ser alcançados por meio da reprodução natural⁹⁶.

Os beneficiários serão os destinatários da criança gerada e nascida por meio das técnicas de PMA, podendo ser os seus progenitores e pais biológicos concomitantemente, neste caso trata-se de PMA homóloga, na qual o material genético será do próprio casal beneficiário, e biológicos da criança. No que se refere a PMA heteróloga, no caso de Portugal, um dos beneficiários não terá qualquer vínculo genético com a criança, mas tão somente afetivo e legal. Nos países em que a legislação permite a utilização de 100% do material genético proveniente de dadores, o vínculo dos beneficiários com o nascituro será exclusivamente legal e afetivo⁹⁷, neste caso os beneficiários serão os pais afetivos, legais e sociais da criança.

Há que se ter certa cautela quanto à possibilidade de se recorrer a PMA heteróloga e até mesmo a gestação substitutiva, para que o direito a procriar não se transforme num desejo de ter um filho a qualquer custo, mesmo que instrumentalizando ou coisificando o nascituro⁹⁸. Quanto maior as suas possibilidades permissivas, maior a probabilidade de nos depararmos com uma gama de justificativas para se recorrer a PMA heteróloga ou a gestação substitutiva, bem distantes das questões médicas, como por exemplo: uma mulher que deseja ter um filho só para si, seja em decorrência da sua opção sexual, nestes casos privando a criança de ter um pai, afetivo e/ou genético; casais que deixam para mais tarde a realização do projeto de se ter filhos, com isto exercendo um certo controle descontrolado sobre a própria fertilidade, em muitos casos necessitando de recurso de dação de ovócitos, não por questões de infertilidade, mas em decorrência do seu envelhecimento natural, com isto além de uma gestação tardia, de risco, em razão da idade avançada da beneficiária, há um aumento de órfãos mais novos. Tais possibilidades além de distanciarem-se do escopo originário da PMA, incorrem em alto risco de se

⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira – O início da vida. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 11.

⁹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida. In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 27-29.

⁹⁸ OTERO, Paulo – A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição. **Direito & Política. Loures: Paulo Nogueira**, p. 85-86. “para o autor, que é contra a Gestação Substitutiva, por considera-la um retrocesso, o fato nobre de gerar uma nova vida não pode se deixar instrumentalizar a gestante nem coisificar o nascituro, devendo haver um limite contratual uma vez que envolve terceiros, em especial, a criança a ser gerada e seus direitos.”

instrumentalizar a criança para satisfazer seus beneficiários quanto ao desejo de se ter filhos⁹⁹, mesmo que afetivos e não genéticos¹⁰⁰.

2.2 – Os dadores e o direito ao anonimato

Considerando o fato de que o Ser humano possui o direito a ter filhos, mesmo que sem vínculo genético, sendo a adoção a primeira hipótese jurídica, estes filhos são tidos como legais e afetivos e, não biológicos. Contudo a adoção não é aceita por muitos como meio de realização do sonho de se ter filhos, isto porque para esta parcela o desejo de ter filhos só se realizaria com a transmissão de sua carga genética, o que muitas vezes não é possível em razão a infertilidade ou esterilidade, o que ao final é uma frustração¹⁰¹.

Com o advento das técnicas de PMA, técnica de reprodução humana de forma assistida, surge a possibilidade de se superar a impossibilidade de gerar os seus próprios descendentes, mesmo que parcialmente genéticos, dada a necessidade de se recorrer a terceiros dadores, o que por sua vez gerou e ainda gera inúmeros questionamentos, ponderações e polemicas; sociais, religiosas, culturas, jurídicas, etc.

Paralelamente ao desenvolvimento das técnicas de PMA heteróloga se fez necessário desenvolver e posteriormente, ampliar, os bancos de sêmen e óvulos, através dos quais os doadores, em regra geral, doam seu material genético. A não onerosidade objetiva evitar a mercancia da capacidade reprodutiva e consequentemente da vida humana, e por esta razão, a nosso ver, não poderiam ter outra classificação, que não fosse à de dadores.

Historicamente observamos em registro de 1884 na Filadélfia, possivelmente o primeiro caso de inseminação heteróloga, no que se relata que uma mulher fora inseminada com o sêmen de um terceiro doador sem que o seu marido tivesse tal conhecimento. Procedimento este realizado

⁹⁹ SOUZA, Felipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de - A procriação medicamente assistida na União Européia: harmonizar ou reagir? **O Direito**, p. 891.

¹⁰⁰ NEVES, M Patrão – Mudam-se os tempos, Manda a Vontade In **ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 134-138.

¹⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia - Direitos Reprodutivos. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, p. 112-113. “o direito a ter filhos encontra-se na 4ª geração dos direitos, bem como o direito a não os ter”.

pelo Professor de medicina William Pancoast, o que se leva a crer que o nascituro não teve ciência quanto a sua verdadeira origem genética¹⁰².

Posteriormente na França no ano de 1986 os médicos e demais participantes das técnicas de PMA heteróloga, não tinham qualquer informação referente aos dados dos doadores, mas tão somente sua numeração, que era a mesma dada aos tubos de sêmen. No ano de 1987 na Itália, também era vedado o conhecimento de qualquer dado que possibilitasse relacionar o doador aos seus beneficiários, contemplando primordialmente o anonimato dos doadores e consequentemente também os interesses dos beneficiários.

Já na Espanha o amplo anonimato do dador se realiza através do coquetel de sêmen. Segundo Rafael Luís Vale e Reis provavelmente tal manutenção ao anonimato dos doadores objetivava, não só proteger a identidade destes, como também o núcleo familiar, impedindo a exposição do casal e sua intimidade, uma vez que a infertilidade, em particular a masculina, era vergonhosa¹⁰³, especialmente se tratando das sociedades machistas.

O que tudo indica é que a defesa em prol do anonimato dos doadores se manteve em razão da necessidade de proteção dos filhos, concebidos por meio da PMA heteróloga, da formação das famílias, quanto às questões morais, religiosas e jurídico-patrimoniais, e neste, estendendo-se tal proteção aos doadores.

Acreditamos que a maior polêmica que acompanha os doadores, sobretudo, se refira ao direito ao seu anonimato, polemica comum a todos os países que permitem a PMA heteróloga, cuja solução legal encontrada também se deu de forma variada.

O direito ao anonimato dos doadores quanto dos beneficiários da PMA heteróloga, está distante de uma unanimidade consensual, permanecendo ainda no centro de muitos debates. Nos diversos ordenamentos que regulam a PMA, encontramos países nos quais o anonimato é proibido, em outros que não só é permitido como também garantido. O mesmo se dá quanto à formação de banco de dados dos doadores e seus beneficiários, há os que preveem a ação de investigação de paternidade¹⁰⁴ ou requerimento judicial para obtenção das referidas

¹⁰² REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 453.

¹⁰³ REIS, Rafael Luís Vale e – **Op. Cit.** p. 454-455.

¹⁰⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**, p. 167-170.

informações junto aos registros dos bancos de doadores, como ocorre em Portugal¹⁰⁵, cuja legislação prevê o anonimato da identidade dos dadores, sendo permitido, o conhecimento da identidade civil (nome completo) dos dadores, com exceção da gestante substitutiva, sendo ainda permitida a obtenção de maiores informações sobre a identidade dos dadores, tão somente, em decorrência de razões ponderosas, reconhecida por decisão judicial, conforme estabelecido no artigo 15.º n.º 5 da Lei de PMA.

A manutenção do direito ao anonimato esbarra no direito do indivíduo Português ao conhecimento das suas origens genéticas e gestacional, no caso da gestação substitutiva, viola preceito constitucional que lhes garante tratamento igualitário¹⁰⁶, uma vez que: o adotado tem garantido por lei, o direito ao conhecimento das suas origens genéticas enquanto que os indivíduos concebidos com o auxílio de técnica heteróloga de PMA, com a dádiva de gametas ou embriões, possuem o direito ao conhecimento da identidade civil dos dadores, e as demais informação quanto a sua identidade não¹⁰⁷, salvo por meio de ação judicial, enquanto que em relação a identidade da gestante substitutiva, nenhuma permissão de se obter suas informações, lhe será conferida.

Com o receio de uma redução dos dadores junto aos bancos de sêmen, a regra do anonimato é mantida por muitos países¹⁰⁸, uma vez que esta redução não só prejudicaria o desenvolvimento das técnicas de PMA, como também a sua prática em prol da perpetuação da espécie humana¹⁰⁹.

Em contrapartida há os defensores da quebra deste anonimato, desde que estabelecidas regras e possibilidade de se realizar certo controle, fazendo-se necessário a realização de campanhas esclarecedoras, não só quanto à relevância da manutenção da doação de sêmen, como também

¹⁰⁵ Reis, Rafael Vale e – Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida? **In Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida**, p. 161.

¹⁰⁶ Constituição da República Portuguesa – n.º 1 e 2 do artigo 13.º.

¹⁰⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 518.

¹⁰⁸ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 461-462.

¹⁰⁹ REIS, Rafael Luís Vale e – **Op. Cit.** p. 462. “... diminuição das possibilidades de escolha de material biológico por parte dos casais inférteis, que devem poder escolher certas características do doador, como a cor de pele, dos olhos, ou do cabelo com o objetivo de facilitar o enquadramento da criança no seio familiar; aumento incontrolável do preço do material biológico nos casos em que os dadores são compensados financeiramente; diminuição dos níveis de exigência de qualidade do material biológico utilizável, com prejuízo para os beneficiários; aumento das “listas de espera para os tratamentos”; desenvolvimento de mercados paralelos de obtenção e gametas; adoção, por parte dos casais inférteis, de atitudes de risco com o fito de acelerar o processo de “produção da criança”; aumento de gravidezes múltiplas em consequência da administração de terapias agressivas destinadas a maximizar os resultados em face do reduzido número de material disponível.”

quanto da sua contribuição para a existência das futuras gerações, por meio da PMA heteróloga, com o escopo de se diversificar os perfis dos doadores, para que a sua maioria deixe de ser composta por jovens e universitários. Devendo ainda se estabelecer um controle e redução das inseminações ou fertilizações realizadas com o sêmen de um mesmo doador¹¹⁰.

No que se refere à responsabilidade filial do dador para com o nascituro, gerado com o auxílio do seu material genético, a legislação Portuguesa os resguarda, uma vez que se afasta a aplicabilidade do Código Civil, se sobrepondo a Lei de PMA, que o exime de tal responsabilidade de filiação, um contributo relevante para se afastar a manutenção do seu anonimato¹¹¹.

Para os indivíduos gerados por meio das técnicas de PMA heteróloga, o direito ao conhecimento de suas origens genéticas possui a mesma importância e relevância conferidas aos indivíduos adotados. O que se está a levar em consideração, ou ao menos deveria ser resguardada, é a necessidade clínica deste conhecimento, seja para realização de diagnósticos, tratamentos médicos e preventivos, é até mesmo para casos de compatibilidade para doação de medula, de órgãos, o que por óbvio não pode ser interpretado como obrigação ao dador em se tornar doador, pela segunda vez, mas uma faculdade.

Quando ainda não tínhamos as técnicas de PMA, e antes mesmo de se tornarem acessíveis como auxílio médico para os problemas de infertilidade, masculina ou feminina, boa parte dos casais que não conseguiam ter seus próprios filhos, recorriam à adoção de uma criança, em regra ainda bebê ou em tenra idade, para que a mesma não lembrasse que fora adotado, o que inclusive era mantido em segredo, omitindo sua origem, qual seja, de que era adotado, ou ainda, um filho afetivo e não consanguíneo.

Cedo ou tarde o segredo da adoção era revelado, na maioria das vezes por descuido de um terceiro, gerando enorme problema, psicológico e social, para o adotado e sua família adotiva, cujo vínculo é integralmente afetivo e legal, e não genético. Com o passar dos tempos esta postura quanto à adoção, de se manter em segredo, provavelmente para não expor o casal quanto

¹¹⁰ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**, p. 464-465.

¹¹¹ Lei Procriação Medicamente Assistida n.º 32/2006. **D.R. I Série**. N.º 249 (29-12-2016) p. 5126-5130. “Artigo 21.º”.

sua incapacidade reprodutiva, foi ficando para trás. Atualmente o instituto da adoção é abordado com maior naturalidade pelos casais e pelas sociedades em geral, o que se verifica por meio do grande número de indivíduos adotados que crescem e se desenvolvem conhecendo sua origem e seu vínculo afetivo e legal com seus pais adotivos, o que lhes proporciona um crescimento e desenvolvimento menos traumático e mais seguro.

A ampla aceitação é o objetivo que se deve alcançar, ou que se deveria almejar, em relação as técnicas reprodutivas, que venha a ocorrer o mesmo com os indivíduos cuja origem seja a PMA heteróloga, deixando de ser um segredo, um tabu e passe a ser visto e enfrentado pelas sociedades com mais naturalidade e desprovido de preconceitos. O fim do anonimato quanto ao doador ou dadora não os prejudicará, porque não terão nenhuma obrigação legal de filiação com o bebê, e no que se refere aos seus beneficiários, muito menos, haja vista que a verdade dos fatos não fragilizará a estrutura da família, uma vez que o estabelecimento de sua filiação se dará de forma semelhante ao da adoção, por afetividade¹¹², além do vínculo legal, com a diferença de que, na maioria dos casos e a depender do país e sua legislação, terá um dos pais o vínculo genético com a criança. Por vezes é preferível que se estabeleça um vínculo paternal legal-afetivo arrimado na verdade e conseqüentemente na relação e confiança, do que um vínculo genético indesejável.

2.3 – Gestante substitutiva e o direito ao anonimato

Inicialmente o anonimato quanto a identidade da gestante de substituição, encontra previsão no artigo que regula a confidencialidade da técnica de PMA estabelecida pelo artigo 15.º da Lei de PMA. Esta confidencialidade estabelece o anonimato da identidade dos dadores (sendo permitido o conhecimento da identidade civil dos dadores de sêmen ou óvulo) bem como o anonimato quanto a identidade da gestante substitutiva. No que se refere a esta última, a confidencialidade é absoluta nos termos do n.º 1 do referido artigo.

Quanto a identidade dos dadores (sêmen e óvulos) o anonimato é a regra e a exceção os casos em que o dador permita expressamente com que o(s) indivíduo(s) gerado(s) com o seu material genético tenha(m) acesso ao conhecimento da sua identidade ou ainda nos casos em que fosse

¹¹² COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva - A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusíada Revista de Direito**, p. 244-245.

autorizado por decisão judicial, conforme disposto no n.º 5 do artigo 15.º da Lei de PMA. No que se refere a gestante substitutiva, a lei prevê o sigilo absoluto, não existindo exceção.

Com a declaração de inconstitucionalidade, decorrente do acórdão 225/2018 do TC Português, do n.º 1, (sigilo absoluto) e do n.º4, ambos do artigo 15.º da Lei de PMA, por violar direito constitucional referente a identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas geradas por meio de gestação substitutiva ou outras técnicas de PMA, permanecendo vigentes os n.ºs 2 e 3 do referido artigo, possibilitou um novo entendimento no sentido de que teria sido excluído o sigilo absoluto, facultando a todos os indivíduos gerados através do método de gestação substitutiva ou outra técnica de PMA heteróloga o direito ao conhecimento de suas origens genéticas e gestacional, bem como a identidade dos dadores e da gestante, e para este último, sem a necessidade de sentença judicial?

Esta declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 15.º abriu uma lacuna na Lei de PMA quanto ao anonimato da gestante, bem como dos dadores, ensejando interpretações contraditórias quanto ao amplo direito ou sua impossibilidade de o nascituro ter acesso amplo as suas origens genética e gestacional¹¹³, isto em decorrência da manutenção dos n.ºs 2 e 3 do citado artigo¹¹⁴.

A lei que inicialmente estabeleceu um anonimato mitigado, após a declaração parcial de inconstitucionalidade do artigo 15.º da LPM nos termos do Acórdão 225/2018 TC, reabriu a possibilidade de questionamentos e interpretações divergentes quanto ao direito de anonimato dos dadores e dadoras, bem como ao anonimato absoluto da gestante substitutiva, o que perdurou até a promulgação a Lei 90/2021, que vem estabelecer no mesmo artigo 15.º o direito ao conhecimento da identidade civil, tão somente, do dador ou dadores, ou seja, o acesso referente ao seu nome completo, permanecendo a manutenção do sigilo quanto as demais informações pertinentes a sua identidade, informações estas que só poderão ser obtidas por

¹¹³ Neste ponto ao conhecimento da identidade dos dadores e/ou gestante substitutiva.

¹¹⁴ Acórdão 225/2018 TC. p.65 “será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistemáticas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.º 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens.”

razões ponderosas e através de uma sentença judicial, permanecendo a manutenção do anonimato absoluto quanto a identidade da gestante substitutiva.

2.4 – Gestante substitutiva e a proteção a sua dignidade humana

O recurso a gestação substitutiva é rodeado de questionamentos, os quais são carregados de argumentos sociais e morais, provavelmente em decorrência da cultura de cada localidade, de cada povo. Considerando que na maioria das legislações que permitem o recurso à gestação substitutiva, esta não poderá ser concomitantemente a doadora de gameta, óvulo, tal procedimento em muito se aproxima a ovodoação, cujo procedimento médico é o mesmo, a transferência do embrião para o útero no qual será gerado (da mãe ou gestante substitutiva), embrião este concebido com o óvulo de uma mulher para outra¹¹⁵.

No que se refere a ovodoação, onde a mulher que recebe o óvulo é a mesma que irá gerar o feto e dar à luz ao mesmo, acaba que, perante a sociedade, resta oculta a problemática da infertilidade, por consequência minimizadas as polêmicas e os questionamentos quanto ao seu vínculo maternal e no que se refere ao laço genético, tendo em vista que o vínculo gestacional e o próprio parto, lhe configura a posição materna do nascituro¹¹⁶. Enquanto que ao se recorrer a gestação substitutiva não há como ocultar a infertilidade do casal, uma vez que a gestação ocorrerá no útero de outra mulher, muito mesmo esquivar-se dos questionamentos e polêmicas que circundam tal método de PMA.

Há quem entenda que a gestação substitutiva coloca a mulher em posição de inferioridade ao homem, que se trata de uma solução egoísta por parte dos beneficiários, para gerar sua prole, que a liberdade contratual deva ter limites, uma vez que envolve terceiros (a criança a ser gerada) e que esta seria uma falsa liberdade, tendo em vista a violação do corpo da gestante, a reduzindo a um meio reprodutivo, ferindo por sua vez sua dignidade¹¹⁷.

¹¹⁵ LUNA, Naara - **Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos**, p. 271.

¹¹⁶ LUNA, Naara – **Op. Cit.** p. 276-278.

¹¹⁷ OTERO, Paulo – A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição. **Direito & Política. Loures: Paulo Nogueira**, p. 85-88.

A mulher que se predispõem a suportar uma gestação e entregar a criança após o parto ao casal beneficiário, ou seja, a mãe e pai social e legal, certamente o faz por questões de foro íntimo, ideológicos, altruísmo, ou ainda, financeiros, e nesta última hipótese no que se refere aos países nos quais a legislação permite a gestação substitutiva onerosa.

Independentemente deste desejo de ajudar ou qualquer outro motivo que leve a gestante substitutiva a suportar uma gravidez em prol de terceiros, bem como do seu direito de dispor do próprio corpo, a legislação que regula a Gestação Substitutiva não pode deixar de resguardar e garantir a proteção da dignidade dos envolvidos, e no caso da gestante, esta deverá ter a sua dignidade humana protegida, para tal entendemos que a legislação ao regular a gestação substitutiva como método da PMA, restrinja sua prática somente de forma gratuita e a título subsidiário, uma vez que a sua onerosidade pode, ao possibilitar a comercialização da capacidade reprodutiva, fazer com que a mulher que se propõem a ser gestante substitutiva, mediante pagamento, se deixe instrumentalizar e se coloque em condições de subordinação dos beneficiários da gestação a ser suportada, em razão da necessidade financeira¹¹⁸.

Estando em pleno gozo de suas capacidades e devidamente esclarecida¹¹⁹ e informada quanto aos procedimentos que se submeterá, aos possíveis riscos decorrentes da uma gestação, consciente e disposta, por livre disposição de vontade, a suportar uma gestação em prol de outra pessoa, com o propósito de ajudar aos seus beneficiários a realizar o seu projeto familiar, não há que se falar em violação da dignidade humana da gestante substitutiva, ainda mais porque esta tem o direito de dispor do seu próprio corpo¹²⁰, desde que de forma consciente.

Entendemos ainda, que o contrato a ser celebrado entre as partes, gestante e beneficiários, não poderá impor condições, privações e nem restrições ao seu estilo de vida, exceto no que tange as orientações médicas que naturalmente são recomendadas a toda gestante e em benefício do desenvolvimento e boa formação do feto, o que inclusive passou a ser previsto na legislação portuguesa, após a sua última alteração proveniente da Lei 90/2021, de 16 de Dezembro, ao

¹¹⁸ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva - A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusíada Revista de Direito**, p.264-272.

¹¹⁹ GONÇALVES, Patrícia - Consentimento (Des)Informado na PMA Heteróloga? **Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, p.131.

¹²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia - **De Mãe para Mãe - Questões Legais e éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição**, p. 67.

estabelecer nos artigos 13.º -A e 13.º -B, os direitos e deveres da gestante substitutiva, bem como as cláusulas que deverão constar como objeto do contrato a ser livremente pactuado entre as partes, conforme alíneas “a” a “m” do artigo 13.º da Lei de PMA.

Ademais, segundo o entendimento de Jorge Reis Novais e Benedita Mac Crorie, só restará violado o princípio da dignidade humana, quando presente elementos¹²¹ neste sentido, ou ainda, a intensão de instrumentalização da gestante.

2.5 – O nascituro e o direito ao conhecimento de suas origens, genética e gestacional

A legalização da PMA heteróloga, não só possibilita superar a infertilidade dos beneficiários, como a obrigatoriedade da descendência biológica com os pais, que passa a existir com um dos beneficiários, somente¹²², como também proporciona a formação do vínculo familiar afetivo.

O vínculo familiar afetivo também se estabelece nas famílias cujo “descendente” é adotado, sendo que neste caso não haverá nenhum vínculo genético com os pais sociais, legais, mas tão somente afetivo¹²³. Contudo há uma diferença de direitos conferidos aos indivíduos adotados, os gerados por meio da PMA heteróloga e os nascido por meio da gestação substitutiva, qual seja, o direito ao conhecimento de suas origens.

Os indivíduos adotados em Portugal, possuem o direito ao conhecimento de suas origens e identidade dos seus progenitores, por sua vez, os gerados por meio da PMA heteróloga, em razão da regra do anonimato, o direito existente que lhe confere o conhecimento de suas origens, é contido, possui limitações, exceções, ou seja, é permitido se obter apenas as informações correspondentes a identidade civil do dador, no que se refere as demais informações pertinentes a sua identidade, somente através de sentença judicial e em decorrência de razões ponderosas, enquanto que os gerados e nascidos por meio de gestação substitutiva, estes não possuem

¹²¹ CRORIE, Benedita Mac – **O Princípio da Dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida: Comentários ao Acórdão nº 101/2009 do Tribunal Constitucional**, p. 245-246. “ao citar Jorge Reis Novais, especifica o entendimento de que há instrumentalização se existir condições de degradação da pessoa, como humilhação, desrespeito, desvalorização a pessoa”.

¹²² No caso de Portugal, cuja legislação exige que 50% do material genético provenha do casal beneficiário, bem como dos países nos quais a legislação impõe a mesma regra.

¹²³ OLIVEIRA, Guilherme de - O sangue, os afetos e a imitação da natureza: *Lex Familiae*. **Rev. Portuguesa de Direito da Família**, p. 8. “a adoção tornou-se a expressão mais clara de um vínculo familiar exclusivamente baseado no cuidado sócio-afetivo.”

qualquer direito ao conhecimento referente as condições de sua gestação e nascimento¹²⁴ e quanto a identidade da gestante substitutiva.

O direito ao conhecimento de suas origens, incluindo a forma como foi gerado, sua origem genética e gestacional, bem como a identidade dos dadores, desde o início da utilização das técnicas de PMA heteróloga, gera polêmica, se dividindo em dois posicionamentos principais, opostos entre si: Um em defesa da manutenção do anonimato, cujo fim, além de garantir o direito dos dadores e gestantes substitutivas, quanto a proteção de sua identidade, coaduna com o direito dos beneficiários, no que tange a defesa de sua privacidade e intimidade, que consequentemente seria uma forma de proteção do indivíduo gerado por meio da PMA¹²⁵. Entendem que tal conhecimento é prejudicial ao desenvolvimento psicossocial do indivíduo, sem contar que este poderá sofrer discriminação em razão da sua descendência e forma de concepção, seja no núcleo familiar ou ainda em sociedade.

De forma intermediária, há os que defendem o anonimato quanto a identidade dos dadores e gestante substitutiva, permitindo somente o acesso aos seus dados genéticos. Esta corrente sustenta que o anonimato seria uma forma de evitar conflitos de direitos das partes envolvidas no processo de PMA, além de meio de proteção das mesmas, em especial do indivíduo assim gerado, evitando que a verdade sobre a forma como foi concebido venha a lhe causar traumas psicológicos, bem como eventual interferência de terceiros em sua formação e desenvolvimento de seu laço familiar. O anonimato seria na verdade uma forma de se observar o “princípio do melhor interesse da criança”, que se estabelece por meio da preservação da “verdade” afetiva, se sobrepondo a verdade genética¹²⁶.

Se fundamenta este entendimento no sentido de que as relações familiares não devem ser alicerçadas na verdade biológica, mas sim na afetividade dos laços a serem formados entre os pais beneficiários, legais, e o ser gerado por meio da PMA. O conhecimento da verdade quanto a sua ancestralidade provocaria conflitos internos a este indivíduo, ou seja, ter ciência que seu pai ou mãe biológicos, não são os mesmos que o criaram, educaram e lhe dão afeto paternal, como também, não possuem intensão de manter vínculos consigo, paralelamente ao fato de que

¹²⁴ Violação ao princípio da proporcionalidade estabelecido no art. 18.º n.º 2 e 3 CRP.

¹²⁵ PAIVA, Alcymar Rosa - **O Direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**, p. 81

¹²⁶ PAIVA, Alcymar Rosa – **Op. Cit.** p. 82-83

os indivíduos que considera serem os seus pais, que na verdade não possuem vínculos genéticos consigo, causaria mais malefício do que benefício ao indivíduo.

Outro posicionamento, oposto aos anteriores, defende não só o direito ao conhecimento de suas origens genéticas, incluindo também o direito ao acesso a identidade dos dadores e da gestantes substitutivas, se fundamenta no direito do próprio indivíduo em conhecer a sua verdadeira origem, não só genética, mas também sua descendência, a sua historicidade, o que contribui para o seu desenvolvimento como ser humano, psicológico e socialmente¹²⁷, lhe garantido o seu direito de identidade e de personalidade¹²⁸, que por sua vez possuem caráter indisponível e intransferível¹²⁹.

Somando-se a questão moral e afetiva, além de se tratar de direito fundamental o conhecimento das suas origens é de extrema importância no que tange as questões ligadas aos problemas de saúde. Muitas vezes para que o médico possa concluir algum diagnóstico, preventivo ou não, é indispensável traçar o um perfil genético do indivíduo com os seus ascendentes, e se este é desconhecido comprometerá o diagnóstico, consequentemente seu tratamento, minimizando ou impossibilitando um processo de cura. Mais prejudicial do que se ter conhecimento das suas origens genéticas é acreditar possuir uma descendência que não é a real, isto ocorre quando o indivíduo acredita que seu pai ou mãe (afetivo e legal em razão da PMA heteróloga) é também o seu pai ou mãe genética, o que pode comprometer drasticamente um diagnóstico médico¹³⁰.

Outro fator relevante a respeito da PMA heteróloga, e que merece ser observado é o fato de que o percentual de nascimentos oriundos desta técnica vem crescendo pelo mundo todo. Partindo do pressuposto de que os pais não revelem aos seus filhos, a sua verdadeira origem genética, qual seja: 50% oriunda de um terceiro doador, as chances de relacionamentos incestuosos aumentam, e até mesmo de se constituir família, com possíveis parentes, para isto

¹²⁷ ALMEIDA, Vasco M. - Acesso às origens - [conhecimentos dos pais biológicos]. In **As leis da interrupção involuntária da gravidez (IVG) e da procriação medicamente assistida (PMA)**, p. 41-42

¹²⁸ OLIVEIRA, Guilherme de - O sangue, os afetos e a imitação da natureza: Lex Familia. **Rev. Portuguesa de Direito da Família**, p. 9.

¹²⁹ PAIVA, Alcymar Rosa - **O Direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**, p. 85-86

¹³⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 520.

basta que seus companheiros também tenham a origem genética decorrente de PMA heteróloga, cujo doador seja o mesmo que lhe deu origem.¹³¹, ou ainda filho legítimo do dador ou dadora.

Quanto mais cedo a criança tomar conhecimento da sua verdadeira origem genética, melhor aceitará a sua condição e certamente terá menos problemas quanto a formação de sua personalidade e de convívio familiar e social, por se encontrar alicerçado numa relação de transparência e confiança.

Esta corrente, de forma oposta, ampara seu entendimento nos mesmos princípios da anterior, mas de forma transversa, entende que o anonimato viola o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que ao ser retirado o direito de conhecer a verdade sobre sua origem, a sua verdadeira história e de forma integral, estar-se-ia a lhe impor uma verdade parcial, violando seu direito de identidade e personalidade¹³².

Na Lei que regula a PMA em Portugal, este anonimato se encontra de forma mitigada, ou seja, a regra é o anonimato quanto a identidade dos dadores, possibilitando o acesso aos dados genéticos, a identidade civil (nome completo do dador ou dadora), bem como a consulta de parentalidade com fins de impedimentos matrimoniais, mantendo-se a identidade dos dadores preservada. Como exceção a Lei prevê que em casos de razões ponderosas, acolhidas por decisão judicial, o indivíduo poderá obter demais informações a respeito da identidade dos dadores, estando a curiosidade ou simples vontade de conhecer seu ascendente, excluídas da referida exceção legal¹³³. Ressaltando o fato de que mesmo com a última reforma da Lei de PMA, manteve-se a obrigatoriedade do sigilo absoluto quanto a identidade da gestante substitutiva.

¹³¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 520-521.

¹³² CAMPOS, Diogo Leite de – A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o doador - ou a amnipotência do sujeito. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 83 – no seu entendimento o anonimato é inconstitucional por ferir os seus dispositivos 2.º, 12.º, 1, 13.º, 1 e 3.

¹³³ MELO, Helena Gomes de - O direito ao conhecimento da origem genética. **Revista do Ministério Público**, p. 39-41.

3. NASCITURO PARTE MAIS VULNERÁVEL E QUE EXIGE MAIOR PROTEÇÃO

3.1 – A origem da vida humana do Ser humano, da pessoa, quando se dá?

Inicialmente se faz necessário tecer algumas considerações e abordar posicionamentos diversos para que se possa “compreender” ou ao menos que se alcance uma conclusão própria no que tange ao início da vida humana. Em qual momento de fato se pode considerar “aqui já existe o Ser humano, a pessoa?”¹³⁴, ou ainda, se devemos manter o entendimento mais antigo e conservador que nos ensina que o início ocorre com o nascimento com vida?

O Ser humano, a pessoa, tem uma personalidade e identidade própria, que é formada por meio do somatório do seu eu, filosófico, através do qual se alcança a compreensão de si mesmo para consigo e para com os outros, do seu eu científico, decorrente do conhecimento da sua estrutura biológica, atualmente de forma mais ampla com o advento do genoma humano e de direito, detentor de garantias, direitos e deveres capaz de proporcionar, a este Ser, esta pessoa (filosófica/científica), a vida em sociedade.

Diferentemente das demais espécies existentes no planeta, o Ser humano, a pessoa, se distingue das demais, pela faculdade inata de raciocínio, por estar em constante processo de construção, mudança e evolução, possuir uma alma individualizada que dará a vida ao seu corpo material, constituído de características genéticas únicas, na qual serão acrescidas as impressões de sua existência, desde a fase uterina, fazendo com que seja único, exclusivo, sendo de competência do Direito estabelecer regras e garantir sua eficácia com o escopo de resguardar a integridade, dignidade e identidade desde Ser humano, desta pessoa.

Necessário tentar estabelecer um posicionamento referente ao ponto de partida, o marco inicial, o princípio desta nova vida, deste novo Ser humano, desta pessoa, para que consequentemente o Direito delimite sua proteção através da legislação. Por óbvio que não há unanimidade de entendimento, existindo correntes diversas sobre esta questão, como quase tudo que envolve as ciências humanas.

¹³⁴ Importante estabelecer nosso entendimento no sentido de que Ser humano e pessoa são sinônimos, uma vez que não pessoa que não seja um Ser humano e vice e versa.

Tais divergências não se limitam ao ponto, o momento no qual se inicia a vida, se estabelece um pouco antes, isto porque há quem se posicione no sentido de que a condição de Ser humano e de pessoa não se comunicam necessariamente, como também uma não é a garantia de se adquirir a outra ou ainda de sua permanência, além de se constituírem em momentos dispares.

3.1.1 – Ser humano e/ou pessoa?

A diferenciação entre a condição de Ser humano e de pessoa, se dá de forma mais ampla pela Filosofia, por meio da qual nos deparamos com entendimentos no sentido de que Ser humano é aquele que pertence a espécie humana, contudo para que este constitua a condição de pessoa, se faz necessário alcançar determinados fatores de consciência de si mesmo, moralidade, estado mental psicológico consciente e duradouro, de acordo com cada corrente filosófica.

Segundo o entendimento do médico e docente em Filosofia Hugo Tristan Engelhardt, se alcança a condição de pessoa somente quando se desenvolve a condição mental e moral de autoconsciência, o que se adquire na fase adulta e até que isto ocorra o Ser humano não é pessoa. Mesmo após ter adquirido esta condição, advindo algum fato que faça com que deixe de ter consciência de si próprio, perderá a condição de pessoa, como por exemplo: em decorrência de um acidente que provoque a perda de suas condições mentais, passando ao estado débil, vegetativo ou vindo a ficar em coma, fatos estes que fazem com que a pessoa deixe de ser pessoa porque não possui mais sua autoconsciência¹³⁵.

Na mesma linha de pensamento, se posiciona o filósofo Derek Parfit, sendo que para este, além das condições apresentada acima, para que seja obtida a condição de pessoa, também se faz necessário a continuidade da consciência psicológica da pessoa, enquanto que para Jhon Locke, esta continuidade deve abarcar também fatos pretéritos, fazendo com que estes permaneçam na linha temporal¹³⁶, será a subsistência temporal do estado de consciência que garantirá a sua condição de pessoa.

Dentre outras correntes filosóficas, que se assemelham com as apresentadas, também destacamos o entendimento de Peter Singer, de forma mais abrangente, reunindo as condições

¹³⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. p. 179-180.

¹³⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 180-181.

das anteriores a capacidade de se manter relacionamento interpessoal, respeito e curiosidade sobre os demais indivíduos¹³⁷.

Para as correntes filosóficas apresentadas, o embrião, o feto, o nascituro, a criança, os portadores de doenças mentais, os senis e todo aquele que não reunir ou mantiver a capacidade de autoconhecimento pessoal e moral, não é ou deixará de ser pessoa, ou seja a condição de pessoa vem após a de Ser humano, e não lhe é garantida em toda a sua existência, podendo ser temporária.

3.1.2 – Seria com o nascimento com vida?

Para esta linha de entendimento, até que ocorra o nascimento com vida, estaremos diante do Ser humano, isto porque já existe vida uterina, pertencente a espécie humana, entretanto a condição de pessoa será adquirida por meio do nascimento com vida.

Nesta corrente de pensamento está o Direito, que na maioria dos países, o nascimento com vida é que lhe confere a condição de pessoa e a esta o direito de personalidade, enquanto que o nascituro possui tão somente a sua expectativa de direito. Temos como exemplo: o artigo 66.º do Código Civil Português, que atribui o direito a personalidade ao nascimento completo e com vida, e quanto ao nascituro, a manutenção dos direitos que a lei o conferir, dependerá do seu nascimento e, o artigo 2.º do Código Civil Brasileiro, que confere o início da personalidade civil no ato do seu nascimento com vida, resguardando também, os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Para a norma estabelecida no Código Civil de ambos os Países, se estabelece um paralelo entre a aquisição de condição de pessoa e sua capacidade postulatória, desta última para figurar como detentora de direitos. É uma interpretação a nosso ver simplista e limitada, isto porque o nascituro é detentor de direitos antes do seu nascimento com vida, como por exemplo ao de proteção a vida, no Brasil, a alimentos gestacional¹³⁸, sendo condição indispensável para ser detentor de direitos, ser pessoa. No caso do Código Civil há que se fazer uma interpretação dos

¹³⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**, p. 181.

¹³⁸ Lei n.º 11.804/08

citados artigos no sentido de que se está a estabelecer o início da sua capacidade postulatória, mesmo que inicialmente de forma representada por terceira pessoa.

3.1.3 – A depender da condição da viabilidade fetal?

O que irá estabelecer a viabilidade ou não do feto será a maturidade dos seus órgãos fetais somado as condições externas ao útero, ou seja, as condições ambientais que o feto se encontrar exposto, desta soma de fatores que dependerá a sua sobrevivência fora do útero, consequentemente será a sua faculdade de sobrevivência que estabelecerá a sua condição de pessoa.

Com o passar das décadas e com o constante avanço científico, nos deparamos com nascimentos de fetos cada vez mais prematuros, fazendo com que as últimas fases do desenvolvimento do seu corpo, que se daria ainda no ventre, tenha que se completar dentro das unidades neonatais, onde a possibilidade de sobrevivência de parte destes, fará com que o momento de aquisição da condição de pessoa também se antecipe, o que dependerá certamente do progresso científico em auxiliar e proporcionar as condições necessárias a manutenção da vida e sobretudo da capacidade de sobrevivência de cada feto, individualmente.

Nesta linha de raciocínio, seria impossível se estabelecer um marco inicial para se adquirir a condição e pessoa, uma vez que temos fetos com viabilidade fetal com idade distintas¹³⁹ e cada vez mais precoce, graças aos avanços das áreas médicas correlacionadas. Para esta corrente direito a adquirir a condição de pessoa dependerá de cada feto e sua capacidade de sobrevivência fora do ambiente uterino.

3.1.4 – Com a organogénise?

A organogénese é um dos estágios do desenvolvimento embrionário, na qual se dá o desenvolvimento dos sistemas que compõem o corpo, e o primeiro deles é o sistema nervoso, cujo início de formação ocorre no 14º dia a partir da fertilização do óvulo, com a formação de

¹³⁹ SANT'ANNA, Guilherme – **Prematuridade, Sobrevivência e sequelas**, “O percentual de sobrevivência dos nascidos com 23 semanas se encontra entre 15% e 40% e dos nascidos com 25 semanas é de 55% a 70%. Um percentual entre 30-40% dos prematuros que sobrevivem terão seu desenvolvimento normal sem maiores problemas de saúde ou deficiências”.

uma linha primitiva¹⁴⁰ do sistema nervoso central, cujo desenvolvimento completo do tubo neural ocorrerá até a 26ª semana, classificada como fase de neurulação.

Esta corrente alicerça o início e o término da vida ao órgão principal, qual seja, o cérebro, fazendo uma análise inversa, partindo do momento no qual se constata a morte da pessoa que se dá pela confirmação da morte cerebral, a vida, por sua vez, também se inicia concomitantemente à formação do sistema nervoso, porque não ao nascimento deste mesmo órgão, o cérebro, entendimento inicialmente apresentado por Frank Zimmer no ano de 1968¹⁴¹.

Nesta linha de pensamento, tanto o início da vida como o seu término, por meio da morte do corpo material, estão pautados no sistema neural, regido pelo cérebro.

3.1.5 – Com a nidação?

No período reprodutivo da mulher, o óvulo permanece nas trompas por um período de 24 a 36 horas, podendo vir a ser fecundado por um espermatozoide ou não. Ocorrendo a sua fecundação, o óvulo passa a condição de zigoto¹⁴². Entre o 7º e 9º dia após a fecundação, se dá a fase de nidação, por meio da qual ocorre o processo de divisão da célula mãe em duas, geneticamente idênticas e assim por diante.¹⁴³ Após a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e iniciado o processo de divisão celular, teremos o desenvolvimento do embrião que se dá até a 9ª semana, etapa na qual constitui a semelhança de um minúsculo ser humano, a partir deste momento inicia-se a fase final da sua etapa uterina, a do desenvolvimento fetal.¹⁴⁴

Quando a fecundação do óvulo ocorre *in vitro*, a sua implantação no útero da mulher ocorrerá somente decorrido o período de 48 a 72 horas, sendo que a nidação só poderá ocorrer após o decurso deste prazo e a realização de sua implantação no órgão reprodutivo feminino, caso contrário não terá nenhuma viabilidade de desenvolvimento¹⁴⁵.

¹⁴⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 186.

¹⁴¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.** p. 187.

¹⁴² É a fase inicial do desenvolvimento de um embrião, período no qual este é composto de uma única célula, gerada pela união do óvulo e do espermatozoide.

¹⁴³ RIBEIRO, Raquel – **Nidação: o que é, sintomas e quando ocorre**.

¹⁴⁴ XAVIER, Stefanio Nehmy – **Nascituro, vida, personalidade e direito**, p. 936.

¹⁴⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 192.

Para esta corrente a vida se inicia com a fecundação, contudo somente após nidação se adquire a condição de pessoa, considerando que sem a nidação não há a viabilidade do ovo se desenvolver e somente após a nidação é que se saberá se estaremos diante de uma ou mais pessoas, isto porque até o final da 2ª semana, poderá ocorrer, através da divisão celular, a formação de gêmeos, sem contar os inúmeros embriões que não chegam a esta fase de desenvolvimento, isto proveniente de abortamentos espontâneos, anomalias que impedem o seu desenvolvimento etc., e seguindo esta linha de raciocínio, estes milhares de embriões não serão considerados pessoas, haja vista não terem alcançado a fase de nidação.

3.1.6 – Ou da sua concepção?

As correntes anteriores distinguem o Ser humano da pessoa, isto porque a condição de pessoa só é adquirida pelo Ser humano em determinada etapa do seu desenvolvimento uterino, ou com o seu nascimento com vida, ou ainda, após adquirir condições mentais suficientes de si próprio, de si mesmo em sociedade e para com esta, bem como a capacidade de se manter tais faculdades na linha temporal de sua existência, sob pena de perder a condição de pessoa anteriormente adquirida.

Enquanto que em posicionamento oposto aos anteriores, a corrente que entende que tudo se inicia a partir da reprodução, compreende que Ser humano e pessoa não se distinguem e sua condição se inicia com a sua concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, com a combinação dos fatores genéticos, feminino e masculino, que lhe dão origem e forma as suas características genéticas.

Para estes não há meio termo, não existe condição de potencial, expectativa, viabilidade, circunstâncias necessárias para se alcançar a condição de pessoa, “ou é ou não é”¹⁴⁶ pessoa, logo a partir do momento que ocorre a concepção do Ser humano, este já é uma pessoa, mesmo que ainda na fase embrionária, fetal, uterina. É uma pessoa que enquanto no útero possui expectativa de nascimento, mas já é uma pessoa em desenvolvimento, que após o seu nascimento, possui a perspectiva de escalada passando da condição de bebê para criança, desta para a fase juvenil, após para a fase adulta até se chegar a velhice e encerrar seu ciclo de vida

¹⁴⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 203.

com o advento da morte física, neste decurso estaremos perante a mesma pessoa humana em desenvolvimento, desde a sua concepção até a sua despedida dos demais, através da morte de seu corpo¹⁴⁷.

Entendo que a partir do momento da fecundação ocorre a concepção da vida de um novo Ser humano, neste mesmo instante estamos diante de uma nova pessoa humana, detentora de personalidade e identidade que de igual forma ao seu corpo genético, material, iniciará a sua escala evolutiva, de uma fase para outra, e ainda nesta etapa de desenvolvimento, será carecedora de todas as formas legais de garantias e de direitos, seja ainda na fase uterina como após o seu nascimento com vida, etapa esta que lhe garantirá novos direitos perante a sociedade, de acordo com a sua capacidade jurídica, postulatória, mesmo que num primeiro momento representado por outrem¹⁴⁸.

3.2 – A filiação e a modernidade

A relação de parentesco estabelecida entre a pessoa e seus genitores se classifica como filiação. Os progenitores após constituir relação sexual viabilizam a sua procriação, que se concretiza através do filho cujo vínculo estabelecido entre eles será o consanguíneo, além da relação maternal e paternal.

A família inicialmente constituída pelo casamento entre um homem e uma mulher, que ao gerarem seus descendentes se atribuía a paternidade e a maternidade, observando que a maternidade era certa, uma vez que a mãe é quem gerava e suportava o parto do filho, enquanto que a paternidade advinha da sua presunção, haja vista que se atribuía ao marido da mãe a paternidade dos seus filhos gerados na constância do matrimônio. Por sua vez os constituídos fora do casamento não compunham o núcleo familiar, logo não eram registrados pelo pai, genitor. Neste período haviam filhos legítimos e ilegítimos¹⁴⁹, a situação legal dos filhos dependida diretamente da relação matrimonial dos pais, progenitores.

¹⁴⁷ XAVIER, Stefano Nehmy – **Nascituro, vida, personalidade e direito**, p. 937.

¹⁴⁸ XAVIER, Stefano Nehmy – **Op. Cit.** p. 940.

¹⁴⁹ MORAES, Daíse Maria Souza de - **O DIREITO AO CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA: O caso das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga como requisito para a efetivação dos direitos da paternidade**, p. 20.

Impugnar a atribuição do vínculo de paternidade e comprovar que a paternidade do filho não era do pai, ocorria somente em casos que existia prova inequívoca que de fato a concepção do filho não teve nenhuma participação do marido, o que se dava em raras as hipóteses, como por exemplo impotência do marido, inexistência de coabitação entre a mãe o pai no período em que o filho foi gerado. Tanto no Direito Romano como no Código de Napoleão, a paternidade se estabelecia pela presunção.

Com o passar dos tempos e com o advento da descoberta da estrutura tridimensional do DNA, que se deu no Reno Unido, pelos pesquisadores Francis Crick, James Watson e Maurice Wilkins, em Cambridge no ano de 1953, a filiação que era estabelecida pela presunção, passou a ser estabelecida pela verdade biológica¹⁵⁰. A evolução científica forçou o Direito a acompanhar tal progresso, tanto que o atual Código Civil Português, em seu art. n.º 1801 admite a prova científica (exame de sangue) para se reconhecer ou desconstituir o estabelecimento de filiação. O mesmo ocorreu com o Brasil, que em seu Código Civil, preceitua no art. n.º 1593 que o parentesco é natural ou civil, resultante da consanguinidade ou outra origem, e da mesma forma ocorreu com a legislação de vários outros países.

Em decorrência do avanço científico e jurídico (este último em proveniente do primeiro), os filhos gerados fora da constância do casamento, tidos como ilegítimos e que ficavam a margem da estrutura familiar, passaram a contar com a admissibilidade da prova consanguínea, para através dela comprovar seu vínculo biológico com seu genitor e obter o reconhecimento de sua filiação. Até então tínhamos a filiação decorrente da presunção e agora proveniente da verdade biológica, estabelecendo tratamento mais igualitário com relação aos direitos dos filhos gerados dentro e fora do casamento. Direito este que não é capaz de proporcionar a constituição de um vínculo afetivo entre filho e genitor, muitas vezes limitando a lhe garantir o vínculo consanguíneo, legal e material.

Há que se observar que a instituição família e seu vínculo de filiação continuou a se transformar, passando a se admitir a constituição de filiação e seus laços em decorrência do desejo, pela disposição de vontade, por opção, sem a existência de sua presunção e nem mesmo

¹⁵⁰ MORAES, Daíse Maria Souza de - **O DIREITO AO CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA: O caso das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga como requisito para a efetivação dos direitos da paternidade**, p. 23.

de vínculo biológico, é o exemplo da adoção, cujo estabelecimento dos laços familiares se constituem por questões de afinidade e legal, uma vez que “pais são aqueles que oferecem o seu amor à criança”¹⁵¹.

Novamente o avanço da ciência, conjuntamente com a transformação do comportamento social, fizeram com que o Direito se renovasse, com o escopo de melhor regular as relações sociais, no núcleo mais íntimo e sagrado, o núcleo familiar, isto porque com as técnicas de Procriação Medicamente Assistida, o vínculo de filiação tomou forma diversificada, mista, isto porque em uma família poderá haver laços de filiação constituído de forma genética, consentida, por afinidade e social, ao mesmo tempo¹⁵².

No que consiste a PMA homóloga, o vínculo filial será genético, tendo em vista que os gametas são dos próprios genitores. Em se tratando de PMA heteróloga, em razão de parte do material genético utilizado derivar de dador ou dadora, um dos progenitores não terá vínculo de filiação consanguíneo com o filho, mas tão somente legal e afetivo, decorrente da sua manifestação de vontade e consentimento, quanto a submissão à técnica de PMA, o que pode ocorrer com o pai (que será o beneficiário), ou com a mãe (que será a beneficiária), sendo certo que ainda poderá ter uma outra participação além dos dadores, a da gestante substitutiva.

Tanto a Lei de PMA como o Código Civil Português, e de igual modo a sua Resolução no Brasil, estabelecem que o dador, dadora e a gestante substitutiva, não serão os pais da criança a ser gerada com sua participação, sua contribuição no projeto de filiação de outro casal, será tão somente com a doação de seu sêmen ou óvulo, ou ainda com a gestação da criança em seu útero. Desta forma um membro do casal manterá com a criança tão somente a filiação legal, decorrente de sua vontade de ter um filho, cuja afeição será afetiva, inexistindo qualquer relação genética entre eles.

Novos tempos, novos núcleos familiares, atualmente a verdade biológica passa a caminhar em paralelo a afetividade que liga os filhos e seus pais, que nem sempre serão os seus progenitores. Se por um lado o vínculo genético faz com que o filho possua parte do progenitor (a), através

¹⁵¹ LANÇA, Hugo Cunha - **Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes**, p. 133.

¹⁵² MORAES, Daíse Maria Souza de - **O DIREITO AO CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA: O caso das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga como requisito para a efetivação dos direitos da paternidade**, p. 24-28.

dos seus traços genéticos hereditários, a convivência e a relação socioafetivo, estabelecido pela relação de pais e filhos, cuja filiação é construída pela afetividade, também será capaz de imprimir nos filhos, traços de personalidade dos seus genitores, traços estes que também contribuem na formação da personalidade e identidade pessoal dos filhos¹⁵³.

Com o advento desta nova modalidade de construção da relação de filiação pelas famílias na atualidade, pautada nos laços afetivos, ao Direito restou estabelecer as condições de garantia e de respeito a intimidade destas famílias, ao desenvolvimento da personalidade e formação da identidade pessoal do filho e o respeito a dignidade humana de todos os envolvidos na concretização do projeto familiar.

3.3 – A origem genética e origem gestacional

A origem genética é proveniente dos traços hereditários, dos genes, que se definem pelo genoma humano, por analogia é o banco de dados da composição genética de cada indivíduo, dados estes que são responsáveis pela formação das características físicas, biológicas de cada ser, bem como para a predisposição e desenvolvimento de doenças. Esta formação genética se dá por meio da união entre os dados genéticos dos seus ascendentes, genitores, no caso da PMA heteróloga, de um destes com os dados genéticos do dador ou dadora.

Entretanto, há que ser observado que as pessoas são muito mais que uma simples combinação de genes, não se pode reduzir toda a sua formação, seja física e de personalidade, a partir da combinação dos seus genes, os quais compõem o seu genoma, o ser humano é muito mais complexo que a sua determinação genética, não se pode, nem se deve reduzi-lo geneticamente¹⁵⁴.

Quanto a sua origem gestacional, está se desenvolve no útero em que foi gerado, seja por meio de concepção natural, por meio da PMA, homóloga ou heteróloga, com o auxílio da gestante substitutiva na fase uterina e a depender com a lactação, tão somente. É no decorrer da gestação que se desenvolverá os anticorpos e a programação de suas emoções, em decorrência da troca

¹⁵³ LANÇA, Hugo Cunha - **Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes**, p. 133.

¹⁵⁴ MELO, Helena Pereira de - **Manual de Biodireito**, p. 198-199.

que existe entre feto e gestante, são os “traços fenotípicos” de suma importância para a formação dos “traços psicológicos e morais”¹⁵⁵ de cada ser humano.

Não podendo se esquecer que tanto pela legislação portuguesa como pela brasileira, a gestante substitutiva não pode contribuir com seu material genético, mas tão somente com a gestação ou gestação e amamentação.

A influência da gestante na formação e desenvolvimento embrionário e fetal é de tamanha relevância, que inclusive vem especificado na legislação competente, que tanto os beneficiários como a gestante substitutiva, devem ser informados por escrito, quanto a mesma, conforme dispostos na alínea “f” do n.º 13, artigo 8.º e no n.º 6, artigo 14.º, ambos da Lei de PMA.

3.3.1 – A influência da gestante no desenvolvimento da vida uterina e vice e versa

Muito embora na gestação substitutiva não participe a gestante, com sua contribuição genética ao nascituro, ela contribuirá na programação do seu epigenoma¹⁵⁶, que ocorrerá na fase uterina, por meio da ativação e desativação dos genes do feto, e também a condicionar não só possíveis patologias, como traços comportamentais. É no ambiente uterino que o feto, esta nova pessoa humana, além de receber os nutrientes e oxigênio necessário para sua formação e desenvolvimento, recebe anticorpos, e a programação de suas emoções¹⁵⁷, fatores que também contribuem para que cada ser humano seja único, esta será a sua “hereditariedade epigenética”¹⁵⁸ que não deriva da combinação nem modificação do seu DNA¹⁵⁹.

A Gestante sofre alterações biológicas, emocionais e psicológicas a cada gestação, ou seja, cada embrião que for gerado em seu útero deixará as suas impressões, isto em decorrência do DNA fetal em circulação ao seu. Não raro, em razão destas ligações, há casos em que a gestante

¹⁵⁵ MELO, Helena Pereira de – **Op. Cit.** p. 202-203.

¹⁵⁶ CORREA, Eufrásia Georgea Neto – **MATER SEMPER CERTA EST? A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**, p. 32-33.

¹⁵⁷ Acórdão 225/2018 TC. p. 51.

¹⁵⁸ REGATEIRO, Fernando J. – **“Eugenia – Passado, Presente e Futuro”**, p. 10.

¹⁵⁹ REGATEIRO, Fernando J. – **Manual de Genética Médica**, p. 464.

substitutiva se nega a entregar a criança aos pais beneficiários, descumprindo o contrato entabulado¹⁶⁰.

Paralelamente a evolução da ciência também se encontra o entendimento quanto a importância da fase gestacional, haja vista que a concepção, desenvolvimento, formação e nascimento de um novo Ser humano, não se limita somente na combinação genética que dará origem ao seu genoma, é na fase do desenvolvimento uterino que se estabelece, entre gestante e o ser em formação, o vínculo afetivo e biológico, que os acompanhará durante toda a existência¹⁶¹.

O próprio CNECV ao elaborar o relatório (63/2012) sobre a gestação substitutiva esclarece que a relação estabelecida na fase gestacional entre a gestante e o feto, além de ser recíproca, é o momento no qual um exerce influência sobre o outro biologicamente e também de forma emocional, afetiva, psíquica, estas influências contribuem na formação de cada pessoa, em específico na sua individualidade¹⁶², no sentido de que cada ser humano venha a ser único, inexistindo duas pessoas literalmente idênticas, em sua totalidade, e aqui não estamos falando em iguais como os gêmeos univitelinos são.

A individualidade de cada pessoa se compõe por meio do seu genoma e das suas características epigenéticas, fazendo com que exista uma vasta diversidade, diferenciando por sua vez a humanidade¹⁶³, é o que torna cada ser único.

Quanto ao conhecimento e a real importância da ligação estabelecida entre a gestante e o feto, somente as mulheres que suportaram uma gestação é quem possuem verdadeira propriedade para descrever, enquanto que a importância desta ligação para os fetos, todos que nasceram com vida possuem condições e capacidade para tal descrição e classificação quanto a sua relevância na formação de sua personalidade e identidade, tanto é assim, que basta observar um

¹⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira – O início da vida. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 24.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Guilherme de - O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza. **Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família**, p.14.

¹⁶² SILVA, Miguel Oliveira da - **Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição**, p 29-30.

¹⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direitos da Personalidade**, p 22.

recém-nascido, sua ligação com a gestante é tamanha, que a identifica pelo cheiro, pela voz antes mesmo de identificá-la através da visão.

No que se refere aos nascidos por meio da gestação substitutiva, acreditamos que somente no futuro, provavelmente não muito distante, por meio de estudos direcionados a estes indivíduos particularmente é que se alcançará uma conclusão, mais próxima da realidade, do quanto o rompimento desde laço (gestante substitutiva e nascituro), influenciará, de forma positiva e negativa, na formação da sua identidade e personalidade, e deste grupo de pessoas, ainda o subdividindo em dois, os que tem conhecimento quanto a sua verdadeira historicidade e os que não a tem, isto porque para este último grupo, provavelmente será identificada alguma percepção de ausência de ligação ente este indivíduo e sua mãe (afetiva, ou ainda, genética e afetiva).

3.4 – Direito ao desenvolvimento da personalidade

A Constituição Portuguesa vem estabelecer como um direito fundamental, em seu art. n.º 24 o Direito a Vida e sua inviolabilidade, e no seu art. n.º 26, o Direito ao Desenvolvimento da Personalidade, que de acordo com o entendimento de José de Oliveira Ascensão, assim se deu para que a sociedade se organize de forma a propiciar aos indivíduos condições para que desenvolvam sua personalidade¹⁶⁴, processo este que também se encontra associado as relações em comunidade.

O ser humano está em constante construção, transformação e adaptação, do seu eu para consigo mesmo, para com a sociedade, para com o meio em que vive, formando assim sua personalidade, qual é moldada, estruturada, por um somatório de fatores, ou seja, pela sua “herança genética”, a “educação recebida”, seja moral e/ou cultural, as “condições sociais e econômicas”, os “laços afetivos”, a sua “ética”, o seu “instinto”, os seus “objetivos”, entre outros. Tais fatores consubstanciam a formação da sua personalidade¹⁶⁵.

O direito de personalidade abrange os direitos dos indivíduos, ligados ao seu estado como pessoa, como por exemplo a sua “integridade física”, a “liberdade”, a “proteção ao corpo

¹⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira – Pessoa, direitos, fundamentais e direito da personalidade. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 68-71.

¹⁶⁵ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 18.

humano e de suas partes descartáveis”, a “sua história pessoal e sua intimidade”, a “identificação, verdade e criação pessoal”¹⁶⁶ e outros direitos ligados à liberdade¹⁶⁷. A personalidade é intrínseca à condição de ser pessoa¹⁶⁸, consequentemente com direitos e deveres¹⁶⁹, cuja tutela se encontra não só na Constituição, como no Código Civil e legislações internacionais, como no caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Declaração Europeia dos Direitos do Homem.

Intrínseco ao direito de personalidade, está o de identidade, aqui incluindo a identidade e o patrimônio genético¹⁷⁰, ambos tutelados pelos direitos fundamentais, com escopo de proteger a dignidade humana dos indivíduos, através da garantia de sua individualização, a considerar que uma das características de pertencer à raça humana, é a de ser um indivíduo com características, personalidade e raciocínio próprio, único, individualizado, o que os distingue uns dos outros e em específico das demais espécies.

Estudos realizados com grupos de indivíduos revelam que a personalidade é formada tanto por influência do meio em que vive (familiar, social, cultural, etc.) como pelos seus genes, em regra a personalidade é desenvolvida numa proporção de 50% em decorrência da genética e os outros 50% fruto da influência do meio, sendo que em alguns casos esta proporção pode alcançar 70% em decorrência das diferenças genéticas¹⁷¹.

3.4.1 – Direito à identidade pessoal

De acordo com o art. 26.º n.º 1 CRP, os indivíduos possuem o direito à historicidade pessoal, que se dá por meio do direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, das circunstâncias pelas quais foi gerado e das pessoas que o determinaram biologicamente, ou seja,

¹⁶⁶ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de – **Op. Cit.** p. 151-152.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 396.

¹⁶⁸ Entendemos que a partir da concepção do ser, da pessoa, indivíduo, como queira classificar, ainda na que em sua etapa inicial, na condição de nascituro, já existe vida, portanto já pertence à espécie humana, e sendo um de nós, mesmo que em sua etapa uterina, já é dotado de personalidade, individualidade, identidade, merecendo, portanto, ser protegido pela legislação existentes.

¹⁶⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**, p. 33-39. “o direito objetivo de personalidade é indisponível, enquanto que o direito subjetivo é disponível estando no âmbito da autonomia privada”.

¹⁷⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade. Reimpressão**, P. 72-74.

¹⁷¹ ALBUQUERQUE, Afonso de – Imagem e Identidade. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 20-22.

é permitir que conheça a sua historicidade, fatores que tornam cada indivíduo único, diferenciando-os uns dos outros¹⁷², tudo que torna a pessoa única, individualizada¹⁷³.

Antigamente a desigualdade enfrentada pelos filhos e seus direitos, se encontrava atrelado a sua procriação, se fora ou sob a constância do matrimônio, posteriormente se legítimo ou adotado e atualmente o impasse está intrínseco a verdade biológica, a sua verdade genética. O parentesco social que determina tais premissas está em constante mudança, que a nosso ver devem privilegiar o direito da criança, do ser humano, em conhecer a sua verdadeira história¹⁷⁴.

O ser humano se diferencia das demais espécies não por possuir individualidade, mas por possuir inteligência, poder de raciocínio, consciência de si mesmo, princípios éticos e morais, tais fatores estão intrinsecamente ligados a sua dignidade como pessoa humana, condições que lhe propicia comandar a sua existência e direcionar o seu próprio comportamento, para tal se faz necessário ser assim reconhecido na sociedade, devendo da mesma forma reconhecer os demais indivíduos, sendo de competência do Estado garantir a proteção da dignidade humana e conferir a todos um tratamento igualitário, cabendo a este Ente também a proteção aos indivíduos que por algum fator, temporário ou definitivo, estejam privados de sua própria autonomia¹⁷⁵.

Faz parte da dignidade humana o direito a identidade, correlacionado ao direito de personalidade. A identidade se encontra na esfera da privacidade, da intimidade, da vida privada e a “alienação identitária”¹⁷⁶ fere o princípio da dignidade humana.

A questão essencial da identidade é a conciliação, ou ao menos a sua tentativa em conciliar, interesse individual e coletivo, a identidade social e a genômica, o interesse da criança e a

¹⁷² BONE, Leandro Castro de - Comentários ao acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional português e ao novo regime previsto na Lei de Procriação Medicamente Assistida (com alterações dadas pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho): uma análise crítica ao problema do anonimato do doado. **Civilista.com. Rev. Eletrônica de Direito Civil**. p. 3-4.

¹⁷³ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 14.

¹⁷⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Investigação da filiação. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 30-31.

¹⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e inconstitucionalidade. Vol. II**, p. 95-100.

¹⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** Vol. II. p. 124.

estabilidade familiar¹⁷⁷ ¹⁷⁸. A identidade pessoal também está elencada dentre os direitos fundamentais¹⁷⁹, derivando do direito de personalidade com o escopo de lhe garantir a sua individualidade, como ser único, e para tal se inclui não só o direito a sua identidade pessoal, ao nome, a vida, a sua imagem, a honra, a privacidade, mas também a genética e ao seu genoma, que na verdade não deixa de ser o patrimônio genético de cada indivíduo¹⁸⁰, cujo direito é ter a proteção contra qualquer ato atentatório que coloque em risco ou viole a sua integridade genética, desde a concepção, como por exemplo, proibindo a prática de manipulação genética, a clonagem, a comercialização de material genético, etc.

3.4.2 – Direito a identidade genética

O direito ao conhecimento da sua ascendência genética encontra previsão no art. 26.º n.º 3 CRP (identidade genética), permitindo que o ser humano tenha conhecimento quanto a sua verdadeira identidade genética, bem como a compreender não só de onde vem o seu genoma, os fatores de risco para determinadas doenças, mas todos os traços que compõem sua identidade e sua personalidade, compreendidos como direito de identidade e personalidade, que por sua vez compõem os direitos fundamentais, previstos constitucionalmente.

Considerando que a instituição familiar vem passando por modificações ao longo dos tempos, em especial após o surgimento e prática das técnicas de PMA, há que se observar que os vínculos estabelecidos já são bem distintos nos tempos atuais, ou seja, a família não está mais adstrita aos laços sanguíneos, mas também e, em número considerável de núcleos familiares, a consolidação destes laços se estabelece pela afinidade, afetividade, muitas vezes concretizado em decorrência de um desejado projeto de filiação alcançado em laboratório e com a colaboração e dádiva de terceiros.

¹⁷⁷ CAMPOS, Diogo Leite de – A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o doador - ou a amnipotência do sujeito. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p.74 “... deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento do direito do próprio à identidade pessoal e biológica.”

¹⁷⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 505.

¹⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, p. 145-149.

¹⁸⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Direito de Personalidade**, p. 66-67.

Nem sempre os pais serão os progenitores da criança, progenitores no sentido de pais biológicos, a realidade do laço parental será apartada do consanguíneo, e esta realidade quanto a sua identidade genética, que difere do estabelecimento de filiação afetiva que se está a abordar.

Em se tratando de PMA heteróloga, a identidade genética da pessoa não será compatível com a realidade do estabelecimento filial, a sua verdade quanto aos seus pais, afetivos, sociais, não será compatível com a verdade genética, dos seus progenitores, ou com um deles, como é a previsão da legislação Portuguesa. É o estabelecimento da verdade sobre a sua identidade genética que deve ser garantida ao indivíduo, para que este não construa sua identidade sobre uma mentira, omissão, ou até mesmo uma farsa¹⁸¹.

O conhecimento quanto a origem genética, é que garantirá o direito a sua identidade genética, cuja relevância é prevista na Constituição e em normas internacionais, como na Resolução Europeia sobre Fecundação Artificial In Vivo e In Vitro, a Declaração Universal sobre o genoma Humano e os Direitos do Homem da UNESCO, e também na Convenção sobre os Direitos da Criança. Não há como se justificar a impossibilidade ou a proibição ao conhecimento de sua origem genética, sob o argumento de preservação da intimidade familiar, e anonimato dos dadores, ainda mais que a Lei de PMA e o Código Civil não estabelecem nenhuma obrigação parental nem patrimonial entre o indivíduo gerado por meio do material genético dos dadores e estes, devendo prevalecer o superior interesse da criança e seus direitos fundamentais ligados a própria pessoa e sua personalidade.

Tanto a filiação social como a genética são importantes para qualquer indivíduo entender a sua própria identidade, e da mesma forma para os gerados por meio da PMA heteróloga, estes devem conhecer sua origem o quanto antes, a fim de se evitar uma descoberta de forma abrupta e inesperada sobre sua verdadeira origem, se evitando, assim, que se desenvolvam prováveis conflitos existenciais, além do fato de que o conhecimento das suas origens genéticas está diretamente ligado a diagnósticos de doenças e anomalias genéticas¹⁸².

¹⁸¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 510-517.

¹⁸² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Investigação da filiação. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 39-41.

3.5 – Dever do Estado em proteger os interesses do nascituro, de forma igualitária

A PMA como toda ciência deve ser neutra, voltada a fazer o bem ao ser humano e de maneira a maximizar seus efeitos positivos, minimizar seus efeitos negativos. Ela não pode ser considerada como um tratamento a infertilidade propriamente dito, porque não a cura¹⁸³, mas um método que ultrapassa as consequências da doença, possibilitando a concepção humana de forma diversa do natural (via relação sexual)¹⁸⁴.

Logo após a penetração do óvulo pelo espermatozoide, antes mesmo da singamia, já há um novo organismo vivo da espécie humana, e por ser um de nossa espécie, da mesma forma deverá ser garantida a sua integridade física e proteção¹⁸⁵.

O projeto de se ter um filho, não se limita tão somente ao desejo de se ter um filho, vai muito mais além, seja por vias naturais ou por meio da PMA, torna os seus beneficiários, que serão os pais biológicos, no caso da PMA homóloga, ou afetivos no caso da PMA heteróloga, ao menos para um deles, os responsáveis pela pessoa humana a ser gerada, devendo os interesses esta última ter prioridade aos daqueles¹⁸⁶.

De igual forma que é incumbência do Estado evitar a instrumentalização da faculdade reprodutiva, a comercialização ou mal uso dos tecidos e órgãos, a manipulação genética, a clonagem, a criação de embriões excedentários com destino a pesquisas¹⁸⁷, por serem inerentes à vida, consequentemente da “ordem das pessoas”¹⁸⁸, é dever do Estado tutelar os interesses deste ser humano em formação ainda no ventre, quando os seus interesses colidirem com os dos beneficiários, dadores e ou gestante substitutiva, por se tratar da parte mais vulnerável, que não teve nenhuma opção de escolha em participar do processo reprodutivo que lhe dará origem.

¹⁸³ TAMININI, Marlene - Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: **bioética e controvérsias**. Rev. Estud. Fem, p. 82.

¹⁸⁴ NEVES, M. Patrão - Mudam-se os tempos, Manda a Vontade In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III, p. 132-134.

¹⁸⁵ MALTA, João Paulo – Procriação medicamente assistida heteróloga. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III, p. 122-124.

¹⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira – O início da vida. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II, p. 10-11.

¹⁸⁷ SILVESTRE, Margarida – Embriões Criopreservados – que destino? In Direito da saúde – **Genética e procriação medicamente assistida**. Volume 4, p. 146-149.

¹⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira – O início da vida. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II, p. 10.

No passar dos tempos a instituição família e sua relação patriarcal sofreu transformações, da mesma forma no que se refere a relação dos pais e as crianças ao longo da história, quando passaram a existir, ou ao menos serem vistos como membros da família, que inicialmente eram consideradas “como propriedade”¹⁸⁹ dos seus progenitores, e posteriormente vindo a adquirirem a devida proteção dentro do núcleo familiar, bem como pela sociedade e também pelo Estado, proteção esta que na verdade é um dever previsto como princípio fundamental, em especial no que se refere ao bem estar psicoemocional .

A Constituição da República Portuguesa, prevê em vários artigos o dever do Estado em proteger o interesse da criança, por ser esta a mais vulnerável, seja impondo deveres aos seus pais de os manter e educar, conforme disposto nos artigos 36.º n.ºs 5, 6 e 7, como também de proteção das crianças contra abusos dos pais e da sociedade, conforme artigos 67.º n.º 2, al. d) e 69.º, n.º 1¹⁹⁰.

Quando nos referimos a PMA heteróloga, em especial com o auxílio da gestação substitutiva, nos deparamos com possível conflito de direitos fundamentais de todos os envolvidos, beneficiários, dadores, gestante substitutiva e o nascituro, o mais vulnerável de todos. Se realizado o procedimento de PMA sem qualquer conflito, ou seja, sem a quebra de contrato, podemos dizer que não haverá problema contratual, contudo, se uma das partes, e neste caso, nos referimos aos beneficiários e a gestante substitutiva não cumprirem o contrato firmado, se estabelecerá uma contenda entorno do nascituro ou do bebê, seja porque todos desejam ficar com ele ou de não mais o desejarem, devendo o Estado intervir e decidir sobre o seu destino, cuja decisão deverá sempre ser tomada de forma a buscar a melhor opção para esta nova pessoa humana, desprotegida, que não possui qualquer capacidade de autoproteção, nem capacidade postulatória.

No que tange ao direito do nascituro em vir a tomar conhecimento das suas origens genéticas e gestacional, ou seja, da sua historicidade pessoal, verificamos que já galgamos alguns passos no que se refere a PMA heteróloga com a dádiva de dadores, mesmo que de forma mitigada,

¹⁸⁹ LANÇA, Hugo Cunha - **Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes**, p. 39.

¹⁹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte – Mãe portadora - A problemática da maternidade de substituição. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 333.

restando ainda uma desigualdade de tratamento no que se refere aos nascidos por meio da gestação substitutiva, cujo anonimato ainda é absoluto.

O primeiro passo já foi alcançado por meio da regulamentação da PMA, bem como da permissão quanto a prática da gestação substitutiva, uma vez que a técnica foi alcançada pela ciência e apresentada a sociedade, dificilmente poderá ser suprimida, não restando outra hipótese que não fosse a sua legalização e normatização.

Por meio da legalização, não só se evita a sua prática de forma clandestina, como principalmente que os Portugueses se utilizem da prática do “turismo reprodutivo”¹⁹¹, qual consiste na contratação de gestantes substitutivas em países que esta prática é permitida, contratação esta que em regra se dá de forma onerosa, geralmente em países economicamente mais deficitário, nos quais a prática de se dispor a gerar uma criança em prol de terceiros, passa a ser uma alternativa de renda, aluga-se o útero, vende-se a capacidade reprodutiva, a transforma, de forma similar a capacidade laboral¹⁹².

A ausência de regulamentação, leva a esta prática, o que em consequência acarreta, a depender da legislação do país de origem dos beneficiários, outro problema, na maioria das vezes resolvido nos Tribunais Superiores e até mesmo junto aos Internacionais, qual seja, o reconhecimento do registro de nascimento desta criança no país de origem dos beneficiários, que acaba sendo obtido por determinação judicial. Os Tribunais assim decidem por ser menos gravoso a criança, tendo em vista que a sua recusa lhe seria extremamente prejudicial, seja quanto a sua filiação, bem como quanto a questões hereditárias¹⁹³.

No caso de Portugal, há o reconhecimento do acento de nascimento de crianças de pais portugueses nascidos, adotados, gerados em outros países, desde que, se tenha respeitado a

¹⁹¹ SILVA, Paula Martinho da - Reflexões em Torno da Procriação Medicamente Assistida. **Boletim: Delegação de Santarém e Conselho Distrital de Évora**, p. 10-11.

¹⁹² LOYOLA, Maria Andréa - **Sexualidade e Medicina: a revolução do século XX**. **Caderno de Saúde Pública**, p. 878-879.

¹⁹³ VICENTE, Dário Moura - Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional. In OTERO, Paulo; PINHO, Eduardo Vera-Cruz; QUADROS, Fausto de; SOUSA Marcelo Rebelo de, Coord. - **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. V**, p. 608-609.

legislação local, e o registro de nascimento tenha sido lavrado pela respectiva autoridade competente¹⁹⁴.

Muito embora a última alteração da Lei de PMA em Portugal, tenha regulado as condições contratuais da prática da gestação substitutiva, permitindo com isso a sua contratação, ainda resta desigual o tratamento dos assim gerados e os por meio tão somente da dativa de dadores, haja vista que regula para os últimos um conhecimento as suas verdadeiras origens, de forma mitigada, mantendo para os primeiros o anonimato absoluto. A nosso ver não podemos ter este tratamento desigualitário, que muito provavelmente ainda renderá muita discussão e futuras alterações na norma reguladora, sendo que até lá, eventuais conflitos deverão ser resolvidos pelo judiciário, cuja função, em caso concreto, será o de suprir as lacunas legais, dando a melhor solução aos conflitos por ventura existentes, e neste caso, visando o superior interesse da criança, problemática abordada no Parecer n.º 122/CNECV/2023¹⁹⁵.

3.6 – A importância do conhecimento da sua origem genética e origem gestacional

De acordo com o entendimento de Rafael Vale Reis, é o direito de saber “quem sou eu”¹⁹⁶, ou seja, qual a minha verdadeira origem, como se deu a concepção, como fui gerado e quais são meus verdadeiros pais e ascendentes, abarcando os afetivos, biológicos e origem gestacional.

Para que o ser humano conheça a si próprio, se faz necessário conhecer a sua verdadeira historicidade, saber como foi concebido, qual a sua descendência genética, em qual útero foi gerado e em quais condições. Em se tratando de uma concepção natural, seus pais serão seus ascendentes genéticos, enquanto que por meio da PMA heteróloga esta máxima não será a mesma, seus pais não serão progenitores, e ainda, na hipótese de gestação substitutiva, o útero no qual foi gerado será outro.

De acordo com Stela Barbas, “não podemos ter duas classes de seres humanos, os que tem conhecimento real de sua origem e os que conhecem parcialmente a sua origem”¹⁹⁷, o que

¹⁹⁴ VICENTE, Dário Moura – **Op. Cit.** p. 620-621.

¹⁹⁵ NEVES, Maria do Céu Patrão - **Parecer N° 122/CNECV/2023 em matéria de gestação de substituição**, p. 3.

¹⁹⁶ REIS, Rafael Vale e – Direito ao conhecimento das origens genéticas. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 195.

¹⁹⁷ Acórdão 225/2018 TC. p. 6.

inclusive vem a muito sendo observado pelo CNECV¹⁹⁸. Diria que após a última alteração da Lei de PMA em Portugal, haverá três classes, as duas anteriores e uma terceira, sendo esta derivada da segunda, ou seja, os que conhecem parcialmente a sua origem genética e historicidade pessoal, de forma mitigada, que serão os concebidos por meio da PMA heteróloga com a dádiva dos dadores, que poderão ter acesso não só a origem genética mas também, se desejarem, por meio de requerimento, a sua identidade civil, e por razões ponderosas, mediante decisão judicial, a identidade do dador, enquanto que a terceira não terá nem mesmo este direito mitigado, grupo composto pelas pessoas concebidas por meio da gestação substitutiva, que não tem previsão legal que lhes confere o direito de conhecimento nem acesso aos dados e identidade, da gestante substitutiva.

Além das questões de saúde e matrimoniais, conhecimento e informações necessárias para se evitar relações incestuosas, anteriormente, expostas, se trata de um direito fundamental, pertinente aos direitos de personalidade e identidade pessoal do próprio indivíduo, ter acesso a sua verdadeira origem.

Percebe-se que a corrente defensora do vínculo afetivo, sustenta que para a formação do indivíduo o que mais importa é saber que os seus pais afetivos, sociais e legais, ou seja, os beneficiários, planejaram e desejaram constituir este vínculo parental, sendo atribuído ao ser desejado a capacidade e dever de superar a “curiosidade” de conhecer os dadores ou gestante substitutiva, o afeto aqui possui maior relevância que o biológico. Entretanto, a corrente oposta, sustenta e defende que os vínculos genéticos e epigenéticos, são fundamentais e não substituem os afetivos, para que o ser humano tenha o real conhecimento de si próprio e compreenda não só as razões quanto a determinadas predisposições ligadas as questões da própria saúde como também do seu desenvolvimento psicológico.

Após realizado este estudo, chegamos ao entendimento de que ambos são importantes, possuindo relevância para a formação da personalidade e da identidade de cada um de nós, sendo que a sua valoração competirá a cada pessoa, isto porque os seres humanos não são iguais, cada um possui o seu próprio entendimento do que é de fato importante, relevante e o que é indispensável para si próprio, sendo de competência do Direito, por meio do ordenamento

¹⁹⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão - **Parecer N° 115/CNECV/2022 em matéria de gestação de substituição. Concelho Nacional de Ética para a Ciência da Vida**, p. 5.

jurídico, garantir o acesso a tais informações a todos, de forma igualitária, e a cada pessoa humana, assim gerada, a faculdade quanto a opção de ter ou não o conhecimento em quais condições foi concebido, gerado e também, qual foi a gestante que lhe proporcionou o desenvolvimento uterino e lhe deu a luz¹⁹⁹.

A construção dos laços familiares, sobretudo entre pais e filhos, se alicerça na confiança e respeito, ao menos assim deveria ser, e não na base da imposição e meias verdades. Todos os fatores que contribuíram para que uma pessoa venha a existir são importantes para o seu desenvolvimento, seja genético ou afetivo, neste ou naquele útero, e a ela deve ser conferido o direito ao seu conhecimento de forma integral.

¹⁹⁹ PEREIRA, Maria Margarida Silva – **Direito de Família**, p. 802.

Conclusão

O estudo realizado em torno da Procriação Medicamente Assistida demonstra que a problemática decorrente da infertilidade e esterilidade, que atinge não só a espécie humana, são antigos e caminham conjuntamente com a história da humanidade, tendo sido inicialmente considerada como uma maldição, condição vergonhosa, discriminatória, em especial em relação às mulheres, a quem na maioria das vezes se atribuía a causa impeditiva para se gerar os descendentes, condição capaz de dar causa a ofensa à honra e à masculinidade dos homens.

Ao passar dos anos tais fatores passaram a ser considerados como doença e objeto de estudo pela Ciência, em especial na área Biomédica, cujo início se deu na área da medicina veterinária e, posteriormente, com a Medicina através das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, tendo como pioneiras a inseminação artificial seguida a fertilização *in vitro*, as quais foram agregadas por outras técnicas e métodos, chegando até a gestação substitutiva. Tais técnicas de reprodução humana, vieram auxiliar os casais e mulheres que não conseguem gerar seus próprios descendentes, inicialmente de forma homóloga e posteriormente heteróloga.

Da mesma forma que o avanço científico apresentou à sociedade as técnicas de PMA, também revelou que os problemas de infertilidade e esterilidade, não são exclusivos das mulheres, mas uma patologia que atinge tanto os homens como as mulheres e que os fatores que causam esta doença podem decorrer tanto de problemas genéticos como por fatores psicológicos, influência do meio em que vivem e até mesmo por questões temporais, haja vista que na atualidade, muitos casais e mulheres solteiras, ao realizarem o seu planejamento familiar, em sua maioria optam por adiar o momento de gerar seus descendentes, seja por questões de maturidade, sociais, financeiras, profissionais, entre outras, fatores estes que em muitos casos, tornam o mais tarde, em tarde demais.

Outra revelação importante decorrente do avanço na área Científica, foi a descoberta da estrutura tridimensional do DNA, fazendo com que os laços familiares que inicialmente se estabeleciam pela presunção de filiação, passassem a ser reconhecidos pela verdade biológica, pela ascendência e descendência biológica, pela genética, avanço este que também foi encampado pelo Direito, estendendo direitos que eram exclusivos dos filhos legítimos aos ilegítimos.

A humanidade vem em escala evolutiva desde o seu surgimento, a ciência, por sua vez, não ficou estagnada, pelo contrário, evoluiu e continua a evoluir a passos largos, na maioria das vezes passa à frente das sociedades e do próprio Direito, que surgiu em razão da necessidade de se regular as relações sociais, cujo papel, no caso em análise, é o de regular as relações sociais e familiares em torno da PMA, que uma vez apresentada aos indivíduos, dificilmente poderá ser suprimida, fazendo com que a ciência do Direito considerasse a necessidade de “correr” para regulamentar a sua prática, tal urgência emergiu em razão dos primeiros conflitos em torno da sua prática provenientes de desentendimentos estabelecidos entre os envolvidos (dadores, gestante substitutiva, beneficiários), e por ausência de Lei regulamentadora, para se obter uma resolução do conflito estabelecido entre as partes contratantes, restou necessário que estes se socorressem perante aos Tribunais, a exemplo do Bebê M, nos EUA.

Conjuntamente com as técnicas de PMA, em especial da heteróloga, que depende de um terceiro dador, seja de sêmen ou de óvulo, surge a necessidade quanto a existência dos bancos de sêmen, de óvulos, consequentemente de terceiros, dadores e dadores, que contribuirão com o planejamento familiar e desejo de realizar o sonho de ter os seus próprios filhos, por parte dos seus beneficiários, filhos estes, que em razão da maioria das Leis que regulam a PMA, terão vínculos de filiação com seus pais (beneficiários) de forma mista, ou seja, com um dele genético, consanguíneo e afetivo e com o outro somente afetivo, isto porque se exige, em regra, que na PMA heteróloga 50% do material genético seja proveniente ou do pai ou da mãe.

De forma semelhante ocorre quando a técnica de PMA heteróloga se dá conjuntamente com a colaboração de uma terceira mulher, a gestante substitutiva, que de forma voluntária, gratuita, esclarecida quanto aos riscos e consequências decorrentes da gestação e do dever de entregar o bebê logo após o parto ao casal beneficiário.

Muito embora a lei, na maioria dos países que regula a prática das técnicas de PMA heteróloga e a permissão da gestação substitutiva, também estabelece que estes não terão nenhuma relação legal decorrente da responsabilidade de filiação nem sucessória com o nascituro, atribuindo estas aos pais beneficiários, sociais e afetivos, surge o primeiro ponto controvertido, a questão do anonimato dos dadores e da gestante substitutiva.

Outros questionamentos, abordados na pesquisa realizada, em relação a regulamentação da PMA heteróloga e gestação substitutiva, se referem aos direitos fundamentais das partes

envolvidas, correspondentes ao direito a constituir família, o direito a inviolabilidade e intimidade familiar, o direito ao anonimato dos dadores e da gestante substitutiva, bem como a inviolabilidade da sua dignidade, de forma a salvaguardar de possível instrumentalização e comercialização da sua capacidade reprodutiva.

No que se refere aos direitos das partes envolvida, abordamos os posicionamentos e correntes existentes, tanto no sentido de defesa aos direitos e interesses dos dadores, gestante substitutiva e pais beneficiários, em detrimento dos interesses do nascituro, bem como o posicionamento oposto, que defende o direito deste último em detrimento dos primeiros. O ponto mais interessante a observar é que ambos os posicionamentos se baseiam na tese de defesa do superior interesse da criança: os primeiros no sentido de que ao resguardar o interesse dos dadores, da gestante substitutiva e dos beneficiários, estaria a proteger os interesses do nascituro e a boa formação e desenvolvimento psicossocial desta criança, que a verdade quanto a sua genética, história de concepção, gestação e vida só o prejudicariam ao causarem dúvidas e instabilidade nos laços familiares construídos pela afetividade. Enquanto que os segundos, pautam sua tese exatamente no estabelecimento da verdade, no direito do nascituro a ter conhecimento da sua verdade tanto genética como gestacional, por serem indispensáveis para resguardar o seu direito de personalidade e identidade pessoal, que se formam e desenvolvem a partir do conhecimento da sua história de vida, considerando importantes tanto o conhecimento no tocante a sua genética como em relação aos laços de filiação afetivos, com o pai ou mãe que lhe criou, educou, proporcionou seu desenvolvimento, conferindo sua proteção e seu amor.

Ao nosso entender, a omissão quanto da verdade sobre a concepção, gestação e nascimento, mesmo que parcial, faz com que a sociedade fique segregada em grupos, os que tem pleno conhecimento, os que detêm parcial conhecimento e os que nenhum conhecimento possuem referente a sua verdadeira historicidade, os dispensando tratamento desigualitário.

Para se estabelecer uma linha condutora quanto ao direito de personalidade e de identidade pessoal, pesquisamos também quais os entendimentos existentes quanto a origem da vida, sobre o momento no qual se pode dizer, aqui já temos um ser humano, uma pessoa, sendo que para isto apresentamos o entendimento Filosófico, do Direito e Científico.

A Filosofia possui várias correntes, as quais separam o momento do início da vida do ser humano do momento de aquisição da condição de pessoa, entendem que a condição de pessoa está condicionada ao estado de consciência de si próprio como indivíduo, para consigo e para com a sociedade, bem como a manutenção desta consciência na linha temporal, e uma vez perdendo tal condição mental, conseqüentemente deixa de deter a condição de pessoa. Para a Filosofia primeiro teremos o ser humano, mas este só irá adquirir a condição de pessoa quando e se desenvolver o seu estado de autoconsciência, dependendo da sua manutenção e permanência da condição de pessoa adquirida.

O Direito apresenta sua norma no sentido de que o ser humano, a pessoa, passa a ter os seus direitos individuais resguardados a partir do seu nascimento com vida, de forma a condicionar a condição de pessoa a sua capacidade postulatória, mesmo que inicialmente representada por terceiros. Contudo, em paralelo estabelece norma reguladora dos direitos do nascituro, isto porque entende que este possui expectativa de vida e ao nascer com vida, os direitos inicialmente resguardados, os são conferidos.

Enquanto que a Ciência nos apresenta diferentes entendimentos que estão, cada um, vinculado de acordo com o desenvolvimento genético deste novo ser humano, para uns dependerá da condição de viabilidade fetal, ou seja, da condição de probabilidade de vida e sobrevivência com o bom desenvolvimento fora do ambiente uterino. Outra corrente entende que a vida se inicia com a organogénese, ou seja, após o 14º dia da fertilização, fase na qual se dá o início da formação do sistema nervoso central. Há outro posicionamento que diferente dos dois anteriores, entende que a vida do ser humano, da pessoa, se inicia com a nidação, que ocorre entre o 7º e 9º dia após a fecundação do embrião e sua implantação no útero, nessa fase corre a primeira divisão celular da célula mãe em duas células idênticas e sucessivamente, momento no qual ocorrerá a determinação de gravidez de uma pessoa, ou de mais de uma, que é o caso dos gêmeos idênticos. Somente após esta fase é que se inicia a vida desta pessoa, ou destas.

Por fim a corrente a qual nos filamos, que entende que o início da vida do ser humana, da pessoa (sem os diferenciar), se dá conjuntamente e a partir da sua concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, neste momento há uma pessoa, mesmo que ainda na fase embrionária, fetal, uterina. É uma pessoa com expectativa de nascimento e em desenvolvimento, que após seu nascimento passará pela condição e bebê, desta para a de

criança, que seguirá a fase juvenil, após para a fase adulta até se chegar a velhice e encerrar seu ciclo natural com o evento da morte física. No curso de todas estas etapas estaremos perante a mesma pessoa humana, por sua vez em desenvolvimento constante, não só corporal, mas mental, psicológico e social.

O salutar desenvolvimento da pessoa humana, em todos os seus aspectos, se inicia com o direito de conhecimento das suas origens, tanto genética como gestacional, para um bom desenvolvimento de sua personalidade, com capacidade de se auto determinar como pessoa, seja no núcleo familiar como no social, bem como compreender sua identidade pessoal e as variantes biológicas, uterinas, sociais, afetivas que o estruturaram no seu núcleo familiar como indivíduo, único.

Muito embora tais técnicas não possam mais virem a ser extirpadas das sociedades, há que se reconhecer que a PMA, em especial a heteróloga e a gestação substitutiva, caminham lado a lado com os limites dos direitos fundamentais das partes envolvidas, questões sensíveis cuja função do Estado é a de impor regras. Regras que se fazem necessárias, para que os limites, sem limites, por parte da Ciência, não gerem danos irreparáveis a sociedade, para que os objetivos a serem alcançados por meio do desenvolvimento científico proporcionem muito mais benefícios do que malefícios.

É possível constatar que através da edição de Leis que regulamentem a PMA, não só em Portugal, Brasil, mas certamente em todos os países que a regulamentaram, o escopo de garantir o respeito necessário aos princípios éticos, com capacidade de proporcionar o devido valor a vida, bem como a maternidade, aos laços de afetividade que serão desenvolvidos no âmbito familiar, a garantia ao acesso a historicidade pessoal verdadeira (genética, gestacional e afetiva) para os concebidos por meio da PMA, com ou sem participação da gestante substitutiva, sendo necessário para tal que a liberdade caminhe conjuntamente com a responsabilidade e respeito mútuo.

Em razão dos argumentos lançados neste estudo, é que entendemos ser extremamente complexo do tema, que não há uma legislação ideal, na verdade sempre nos confrontaremos com posicionamentos divergentes, isto porque depende de qual ótica se aborda os direitos das partes, acrescido do fato de que o progresso da Ciência e da Sociedade é constante, cujo dever do Estado, através do Direito é o de tentar conciliar a evolução aos direitos das partes da melhor

forma, entretanto, com um grau a mais de proteção ao nascituro, que em momento algum pode se manifestar e fazer escolhas em seu processo conceptivo, por esta razão entendemos que lhe deve ser garantido o direito de acesso ao conhecimento das suas verdadeiras origens, não só genética como também quanto a sua história pessoal, desde a concepção, gestação, nascimento, sem meias verdades, cabendo a este a opção de tomar conhecimento ou não de sua história, o que dependerá do grau de relevância que tais fatos possuem para a autoconstrução e conhecimento do seu próprio eu, valoração que deve ficar a cargo do próprio indivíduo, de forma única como ele mesmo é, e não a cargo da sociedade nem mesmo de terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1– FONTES DOCUMENTAIS

1.1 – GERAL

a) Livro

CÓDIGO CIVIL e legislação complementar. 11.^a ed. Porto: Porto editora, 2017. ISBN 978-972-0-00070-5.

CÓDIGO CIVIL e Empresarial: Códigos 4 em 1 Saraiva. 12.^a ed. São Paulo: Porto Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-63516-6.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto. 6.^a ed. Porto: Porto editora, 2017. ISBN 978-972-0-00042-2.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: Códigos 4 em 1 Saraiva. 12.^a ed. São Paulo: Porto Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-63516-6.

b) Internet

2 – ESPECÍFICAS

BUZZI, Marco Relat. – Decisão Monocrática do Superior Tribunal de Justiça, com n.º AREsp 1917596, de 26 de agosto de 2021. [Em linha]. [Consult. 09 jul. 2023]. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=REPRODUCAO+E+ASSISTIDA+E+HETEROLOGA&b=DTXT&p=true&tp=T>

GALLOTTI, Maria Isabel Relat. – Decisão Monocrática do Superior Tribunal de Justiça, com n.º AREsp 2129589, de 25 de novembro de 2022. [Em linha]. [Consult. 08 jul. 2023]. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=REPRODUCAO+E+ASSISTIDA+E+HETEROLOGA&b=DTXT&p=true&tp=T>

LEI n.º 32/2016. **Diário da República, Série I.** N.º 249 (29-12-2016), p. 5126-5130.

LEI n.º 32/2016. **Diário da República, Série I.** [Em Linha] N.º 54 (29-12-2016). Disponível em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo= .

LEI n.º 90/2021. **Diário da República, Série I.** N.º 242 (16-12-2021), p. 13-16.

MACHETE, Pedro Relat.- **Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o n.º 225/2018**, de 24 de abril de 2018. [Em linha]. [Consult. 4 mai. 2018]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

RESOLUÇÃO CFM n.º 2.168/2017. **Diário Oficial da União, Seção I.** (10-11-2017), p. 117.

RESOLUÇÃO CFM n.º 2.230/2022. **Diário Oficial da União, Seção I.** (20-09-2022), p. 107.

TARSO, Paulo de Relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, com n.º REsp 1608005 / SC**, de 14 de maio de 2019. [Em linha]. [Consult. 09 jul. 2023]. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=REPRODUCAO+E+ASSISTIDA+E+HETEROLOGA&b=ACOR&p=true&tp=T>

3 – FONTES BIBLIOGRÁFICAS

3.1 – GERAL

a) Livro e Revista Científica

CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direitos da Personalidade**. 2.^a ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 1992. ISBN 0303-9773.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil. Volume IV Pessoas**. 4.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6804-6.

LANÇA, Hugo Cunha - **Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes**. Lisboa: Edições Silabo, 2018. ISBN 987-972-618-939-8.

NOVAIS, Jorge Reis - **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e inconstitucionalidade. Vol. II.** Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6347-8.

OLIVEIRA, Guilherme de - O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza. **Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família.** ISSN 1645-9660 Ano 5, n.º 10, 2008, p. 5-16.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – **Direito de Família.** 2.ª ed. rev. e atualizada. Lisboa: AAFDL 2018. ISBN 978-972-629-241-8.

PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da família Contemporâneo.** Coimbra: Gestlegal Editora, 2020. ISBN 978-989-89-5144-1.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0677-3.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade.** Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 972-40-2994-8.

3.2 – ESPECÍFICA

a) Livro, Monografia, Dissertação, Tese e Revista Científica

ALBUQUERQUE, Afonso de – Imagem e Identidade. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.** Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 09-24.

ALBUQUERQUE, Camila Costa de - **Maternidade de Substituição: um vazio jurídico.** Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2008. 55 f. Monografia de Bacharelado em Direito.

ALMEIDA, Vasco M. - Acesso às origens - [conhecimentos dos pais biológicos]. *In* **As leis da interrupção involuntária da gravidez (IVG) e da procriação medicamente assistida (PMA).** Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2011. ISBN 978-972-8368-31-9. p. 41-42.

ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.** Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 25-50.

ASCENSÃO, José de Oliveira – O início da vida. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.** Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5. p. 9-28.

ASCENSÃO, José de Oliveira – Pessoa, direitos, fundamentais e direito da personalidade. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.** Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 51-76.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético.** Coimbra: Edições Almedina, 2006. ISBN 972-40-1113-5.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano.** Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-40-3250-4.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Investigação da filiação. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.** Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5. p. 29-72.

BARROS, Alberto – Procriação medicamente assistida. *In* **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida. Volume 4.** Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0. p. 107-128.

CAMPOS, Diogo Leite de – A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o doador - ou a amnipotência do sujeito. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.** Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5. p. 73-86.

CARDOSO, Salvador Massano - PMA, para quê, para quem, com que custos? *In* **As leis da interrupção involuntária da gravidez (IVG) e da procriação medicamente assistida (PMA).** Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2011. ISBN 978-972-8368-31-9. p. 11-18.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de [et al.] - O reconhecimento simultâneo da filiação biológica e adotiva como direito de personalidade de pais e filhos. *In Estudos em Homenagem à Professora STELA BARBAS*. Coimbra: Edições Almedina, 2023. ISSN 978-989-40-1000-5. p. 107-139.

CORREA, Eufrásia Georgea Neto – **MATER SEMPER CERTA EST? A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015. 61 f. Dissertação de Mestrado em Direito.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona – Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). *In ASCENSÃO*, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Edições Almedina, 2005. ISBN 972-40-2189-0. p. 93-112.

COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva - A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusíada Revista de Direito**. Lisboa, s. 2, n.º 10 (2012), p. 237-289.

CRORIE, Benedita Mac [et al.] – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida: Comentários ao Acórdão nº 101/2009 do Tribunal Constitucional. *In*. – **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional Vol. II**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7415-3. p. 235-258.

DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

GONÇALVES, Patrícia - Consentimento (Des)Informado na PMA Heteróloga? **Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1646-0359. Ano 8, n.º 15 (Jan-Jun 2011), p. 129-138.

LOYOLA, Maria Andréa - Sexualidade e Medicina: a revolução do século XX. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Vol. 19, n.º 4. (Jul-Ago. 2003), p. 875-899.

MALTA, João Paulo – Procriação medicamente assistida heteróloga. *In ASCENSÃO*, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 121-130.

MELO, Helena Gomes de - O direito ao conhecimento da origem genética. **Revista do Ministério Público**. Lisboa: ISSN 0870-6107. Ano 36, n.º 142 (Abr-Jun. 2015), p. 35-57.

MELO, Helena Pereira de - **Manual de Biodireito**. Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3495-9.

MORAES, Daíse Maria Souza de - **O DIREITO AO CONHECIMENTO DA VERDADE BIOLÓGICA: O caso das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga como requisito para a efetivação dos direitos da paternidade**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2011. 160 f. Dissertação de Mestrado em Direito

NEVES, M Patrão – Mudam-se os tempos, Manda a Vontade In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 131-149.

OTERO, Paulo – A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição. **Direito & Política**. Loures: Paulo Nogueira, n. 1 (Out.-Dez. 2012), p. 82-91.

OTERO, Paulo – **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Edições Almedina, 1999. ISBN 13:978-972-40-12445-5.

PAIVA, Alcymar Rosa – **O Direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga**. Coimbra: Universidade de Coimbra – FDUC Faculdade de Direito universitário de Coimbra, 2016. 118 f. Dissertação de Bacharelado em Direito.

PINHEIRO, Jorge Duarte – Mãe portadora - A problemática da maternidade de substituição. In ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5. p. 323-344.

RAPOSO, Vera Lúcia - **De Mãe para Mãe - Questões Legais e éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1345-1.

RAPOSO, Vera Lúcia - Direitos Reprodutivos. **Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1646-0359. Ano 2, n.º 3 (Jan-Jun 2005), p. 111-131.

REGATEIRO, Fernando J. – “Eugenia – Passado, Presente e Futuro”. **Brotéria Genética**, Lisboa: Volume XVII (XCII), 1996.

REGATEIRO, Fernando J. – **Manuel de Genética Médica**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2003. ISBN 978-972-87-0412-4.

REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1582-3.

REIS, Rafael Vale e – Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida? *In* **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida. Volume 4**. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 987-972-40-6596-0. p. 159-176.

REIS, Rafael Vale e – Direito ao conhecimento das origens genéticas. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira, Coord. - **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 193-224.

SILVA - Paula Martinho da - Reflexões em Torno da Procriação Medicamente Assistida. **Boletim: Delegação de Santarém e Conselho Distrital de Évora**. Santarém: Ordem dos Advogados - Delegação de Santarém. Ano 4, n.º 1 (Jan-Mar 2005), p. 8-10.

SILVESTRE, Margarida – Embriões Criopreservados – que destino? *In* **Direito da saúde – Genética e procriação medicamente assistida. Volume 4**. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 987-972-40-6596-0. p. 143-157.

SOUZA, Felipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de - A procriação medicamente assistida na União Européia: harmonizar ou reagir? **O Direito**. Lisboa: Edições Almedina. ISBN 978-972-40-3625-0. Ano 140, n.º IV (2008), p. 889-921.

VICENTE, Dário Moura [et al.] - Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional. *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. V*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISSN 0870-3116. p. 607-626.

XAVIER, Stefano Nehmy [et al.] – Nascituro, vida, personalidade e direito. *In Estudos em Homenagem à Professora STELA BARBAS*. Coimbra: Edições Almedina, 2023. ISSN 978-989-40-1000-5. p. 935-953.

3.3 – ESPECÍFICA

a) Internet

BONE, Leandro de Castro de - Comentários ao acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional português e ao novo regime previsto na Lei de Procriação Medicamente Assistida (com alterações dadas pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho): uma análise crítica ao problema do anonimato do doado. **Civilista.com. Rev. Eletrônica de Direito Civil** [Em linha]. Vol. 12. N.º 1. (2023), p. 1-24. [Consult. 21 Jun. 2023]. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/914>.

GOULART, Sofia dos Santos Garcia – **PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – Velhas e novas questões sobre o direito à constituição e família**. Dissertação de Bacharelado em Direito. [Em linha]. (2018), p. 62. [Consult. 14 Jan. 2024] Disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/56687/1/Goulart_2019.pdf.

NEVES, Maria do Céu Patrão - Parecer N.º 115/CNECV/2022 em matéria de gestação de substituição. **Concelho Nacional de Ética para a Ciência da Vida**. [Em linha]. N.º 115 (2022), p. 1-14. [Consult. 8 Jul. 2023]. Disponível em https://www.cnecv.pt/pt/1656935972?download_document=9651&token=b673fe49586343b989a2e901f240d71d

NEVES, Maria do Céu Patrão - Parecer N.º 122/CNECV/2023 em matéria de gestação de substituição. **Concelho Nacional de Ética para a Ciência da Vida**. [Em linha]. N.º 122 (2023), p. 1-9. [Consult. 8 Jul. 2023]. Disponível em https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-no-122-cnecv-2023?download_document=10894&token=a250ad40c83f7d5a644e720e6f4d50dd

OLIVEIRA, Guilherme de - O sangue, os afetos e a imitação da natureza: Lex Familia. **Rev. Portuguesa de Direito da Família**. [Em linha]. N.º 10 (2008), p. 05-16. [Consult. 21 Jun. 2023] Disponível em <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-sangue,-os-afetos-e-a-imitac%C3%A7%C3%A3o-da-natureza.pdf>.

RIBEIRO, Raquel – **Nidação: o que é, sintomas e quando ocorre**. [Em linha]. 2022. [Consult. 21 Jan. 2024]. Disponível em <https://nav.dasa.com.br/blog/nidacao>

SANT'ANNA, Guilherme – **Prematuridade, Sobrevivência e sequelas** [Em linha]. 2022. [Consult. 21 Jan. 2024]. Disponível em <https://www.prematuridade.com/institucional-paginas/interna/sobrevivencia-e-sequelas#:~:text=Sobreviv%C3%Aancia%3A%20beb%C3%AAs%20nascidos%20de%2023,problemas%20de%20sa%C3%BAde%20ou%20defici%C3%Aancias>.

SILVA, Miguel Oliveira da - Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição. **Concelho Nacional de Ética para a Ciência da Vida**. [Em linha]. N.º 63 (2012), p. 1-39. [Consult. 8 Jul. 2023]. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-sobre-procriacao-medicamente-assistida-e-gestacao-de-sub>

TAMANINI, Marlene - Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: bioética e controvérsias. **Rev. Estud. Fem.** [Em linha]. N.º 1 (2004), p. 73-107. [Consult. 4 Mar. 2019] Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2004000100005>.