



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA NA PROCREAÇÃO
MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA E O ANONIMATO DO DADOR.**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Carina Catia Bastos de Senna

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 20151553

Julho de 2018

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus filhos Mariana, Caio e Emanuel, razões da minha vida e da minha realização profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por conceder-me o dom da vida, saúde, capacidade intelectual e, acima de tudo, o dom da fé! Sem Ele nada seria possível. Nada faria sentido. Nada valeria a pena.

Agradeço ao meu esposo Bruno pela parceria nesse projeto.

Agradeço aos meus filhos Mariana e Caio pelo apoio, compreensão e suporte familiar para realização desse sonho. Agradeço ao meu filho Emanuel a inspiração para o tema dessa monografia.

Agradeço ainda aos professores da Universidade Autónoma de Lisboa, na pessoa da minha orientadora, Professora Doutora Stela Barbas, pela orientação, compreensão e partilha de conhecimentos tão relevantes nessa jornada académica.

Agradeço por fim a todos que diretamente contribuíram para a concretização desse trabalho monográfico. Deixo de nominá-los para não incorrer no erro de esquecer alguém.

Muito obrigado!

EPIGRAFE

"Os vossos filhos não são vossos filhos: são filhos e filhas do chamamento da própria Vida. Vêm por vosso meio, mas não de vós; e apesar de estarem convosco, não vos pertencem."¹.

¹ Khalil Gibran

RESUMO

O direito à identidade pessoal e genética e o direito ao anonimato do dador do material genético, na procriação medicamente assistida heteróloga, é objeto de debates e controvérsias, notadamente porque não há consenso na legislação, doutrina e jurisprudência acerca de qual direito deve preponderar quando se está diante do nascimento de uma criança que veio ao mundo a partir técnica de procriação medicamente assistida heteróloga. Objetivando opinar acerca da questão, mister se faz o estudo dos direitos de personalidade e do ato médico consistente na procriação medicamente assistida, sem olvidar do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais de personalidade diretamente envolvidos. Considerando que há nítido conflito entre dois direitos fundamentais de personalidade, é de suma relevância demonstrar as correntes doutrinárias atualmente existentes acerca do tema, bem como a doutrina resolve conflitos envolvendo direitos de personalidade, através da utilização da técnica da ponderação. Assim, diante da importância do tema, essencialmente, investigou-se qual direito fundamental de personalidade deve preponderar na procriação medicamente assistida heteróloga: o direito à identidade pessoal e genética da criança que nascerá ou o direito ao anonimato do dador do material genético.

Palavras-Chave: Direitos humanos e fundamentais, bioética, procriação medicamente assistida heteróloga, direito à identidade pessoal e genética, direito à intimidade do dador.

ABSTRACT

The right to personal and genetic identity and the right to anonymity of the genetic material donor, in heterologous medically assisted procreation, is the subject of debates and controversies, notably because there is no consensus in legislation, doctrine and jurisprudence as to which right should prevail when comes to the birth of a child who came to the world from heterologous medically assisted procreation technique. In order to give an opinion on the question, it is necessary to study the rights of personality and the medical act consisting in medically assisted procreation, without forgetting the fundamental principle of the dignity of the human person and the fundamental rights of personality directly involved. Considering that there is a clear conflict between two fundamental personality rights, it is extremely important to demonstrate the existing doctrinal currents on the subject, as well as the doctrine resolves conflicts involving personality rights through the use of the weighting factor. Thus, in the face of the importance of the subject, essentially, we investigated which fundamental right of personality must prevail in the heterologous medically assisted procreation: the right to the personal and genetic identity of the child to be born or the right to anonymity of the genetic material donor.

Key words: Fundamental human rights, bioethics, heterologous medically assisted procreation, right to personal identity and genetics, right to the intimacy of the donor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 DIREITOS DE PERSONALIDADE JURÍDICA	12
1.1 Conceituação e fundamento para sua proteção.....	12
1.2 Direito à identidade pessoal e genética.....	26
1.3 Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.....	34
2 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	40
2.1 Conceituação.....	40
2.2 Técnicas de procriação medicamente assistida.....	43
2.3 Procriação medicamente assistida homóloga e heteróloga.....	48
2.4 Princípios Fundamentais aplicáveis a Procriação Medicamente Assistida	57
3.1 Distinção entre normas, regras e princípios.....	70
3.2 Concorrência e colisão entre princípios fundamentais.....	78
3.3 Técnica da Ponderação.....	84
4 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA E O ANONIMATO DO DADOR. .	94
4.1 Defensores da prevalência do anonimato do dador sobre o direito a identidade pessoal e genética.....	101
4.2 Defensores da prevalência do direito à identidade pessoal e genética sobre o direito ao anonimato do dador.....	103
4.3 Defensores de uma posição intermediária:	109
4.4 Aplicação do princípio da ponderação para resolução do conflito existente entre os direitos à identidade pessoal e genética e o direito ao anonimato do dador na procriação medicamente assistida heteróloga.....	110
BIBLIOGRAFIA	123

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AcTe	Acórdão do Tribunal Constitucional
ART.	Artigo
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CRP	Constituição da República de Portugal
CNEVC	Conselho Nacional de ética para as Ciências da Vida
DGPI	Diagnóstico genético pré-implantação
ex.	exemplo
FIV	Fertilização in vitro
GIFT	Transferência intratubária de gametas
IA	Inseminação artificial
ICSI	Injeção intracitoplasmática de espermatozoide
II	Inseminação intra-uterina
IVG	Interrupção voluntária de gravidez
LPMA	Lei de procriação medicamente assistida
n.º	número
ONU	Organização das Nações Unidas
PMA	Procriação Medicamente Assistida
p.	página
p. ex.	por exemplo
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TET	Transferência intratubária de embriões
v.g.	verbi gratia
ZIFT	Transferência intratubária de zigotos

INTRODUÇÃO

Com o surgimento e evolução da medicina reprodutiva, debate-se se o direito fundamental à identidade pessoal e genética deve ser relativizado em razão do direito fundamental ao conhecimento da origem pessoal e genética, em razão da possibilidade da procriação a partir de técnica de procriação medicamente assistida, em especial com material genético de pessoas diversas do casal que possui o projeto parental, chamado de dadores.

Tal debate decorre do fato de que o avanço da biomedicina permitiu ao indivíduo/casal tido por infértil ou detentor de alguma dificuldade em procriar de forma natural, seja porque não possuía material genético ou possuía em pouca quantidade ou em pouca qualidade, sonhar e conseguir procriar através de um processo reprodutivo artificial, utilizando-se de alguma(s) técnica(s) de procriação medicamente assistida, em especial, com o fornecimento de espermatozóide e/ou ovócitos por terceiros, trazendo para o direito uma problemática relacionada a revelação da identidade do(s) dador(es) do(s) gameta(s), na medida em que, a princípio, os beneficiários e o próprio dador não têm interesse na revelação da sua identidade, pois apenas pretende colaborar para o projeto parental de um indivíduo/casal. Por outro lado, a criança nascida a partir da procriação artificial, teria, em tese, interesse em saber como se deu sua concepção e de quem origina-se o material genético que compõe a estrutura do seu DNA.

O presente trabalho teve por objetivo geral analisar qual direito fundamental de personalidade deve preponderar na procriação medicamente assistida heteróloga: o direito à identidade pessoal e genética da criança que nascerá ou o direito ao anonimato do dador do material genético.

A partir do objetivo geral, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: a) conceituar o direito de personalidade, perquirindo qual o fundamento para sua proteção e diferenciando o direito à identidade pessoal e genética do direito ao anonimato do dador; b) discorrer sobre a procriação medicamente assistida, suas técnicas e limites à sua utilização; c) demonstrar como a doutrina resolve conflitos envolvendo direitos de personalidade, através da utilização da técnica da ponderação e d) investigar as correntes doutrinárias existentes acerca do conflito envolvendo o direito à identidade pessoal e genética e o direito à intimidade (anonimato do dador) na procriação medicamente assistida heteróloga para, ao final, após realizar a ponderação dos direitos envolvidos,

filiarmos a uma corrente doutrinária, defendendo qual direito de personalidade deve preponderar.

A hodiernidade do tema torna o estudo do objeto do presente trabalho interessantíssimo não só para quem atua no direito, considerando a necessidade de se buscar conhecimento de diversas áreas da Ciência Jurídica, em especial do Direito Constitucional, Direito Civil e suas evoluções, além de conhecimentos na área da medicina reprodutiva, mais também para a sociedade na medida em que o conhecimento da procriação constitui elo inaugural da família e do reconhecimento da pessoa enquanto ser dotado de uma história.

O método de abordagem utilizado no presente trabalho monográfico foi o dedutivo. Os métodos de procedimentos para coleta da informação, por sua vez, foram o histórico e o comparativo. A técnica utilizada foi a pesquisa documental e bibliográfica de obras literárias especializadas em Direito, Biomedicina, monografias, teses, dissertações, artigos, leis, jurisprudências e atos normativos dentre outros.

A presente pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, partindo do princípio da existência de direitos de personalidade, conceituaremos personalidade jurídica e direito de personalidade jurídica, trazendo o fundamento para sua proteção a partir da relação estabelecida com o princípio da dignidade da pessoa humana e diferenciando-os dos direitos fundamentais e direitos humanos.

Ainda no primeiro capítulo abordaremos dois direitos de personalidade que também são direitos fundamentais e que estão diretamente relacionados com procriação medicamente assistida heteróloga, quais sejam: direito à identidade pessoal e genética e direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

No segundo capítulo discorreremos sobre a procriação medicamente assistida, conceituações, suas técnicas e classificação em função do uso do gameta próprio do casal ou de terceiros, bem como os princípios fundamentais aplicáveis à procriação medicamente assistida.

Já no terceiro capítulo trataremos da técnica jurídica a ser aplicada para resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais trazendo, inicialmente, a distinção entre normas, regras e princípios; após, pontuaremos as hipóteses de conflitos entre princípios, concorrência e colisão para, em seguida, explanarmos acerca da técnica da ponderação a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

Por fim, no quarto capítulo investigaremos o objeto deste trabalho, qual sejam direito à identidade pessoal e genética na procriação assistida heteróloga e o anonimato do dador, pontuando as correntes doutrinárias existentes para, ao final, a partir de um juízo de ponderação, concluir acerca da possibilidade de harmonização ou não, dos direitos fundamentais de personalidade em questão e na hipótese de não ser possível à compatibilização dos direitos fundamentais, em razão de colisão, propor a preponderância de um.

1 DIREITOS DE PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 Conceituação e fundamento para sua proteção.

O direito, enquanto fenômeno histórico e cultural é uma criação humana no mais largo sentido dessa ideia: surge como obra humana, é utilizado por pessoas, serve os seus interesses e os seus fins e sofre as vicissitudes que a humanidade lhe queira imprimir. Nesse sentido, a pessoa humana não constitui qualquer instituto jurídico. Ela está presente em cada solução ou em cada norma, mas não integra modelos de decisão específicos quem de modo particular, a tenham em conta.²

Para José de Oliveira Ascensão aparentemente as nossas sociedades particularmente as sociedades ocidentais repousam sobre uma base substancial unívoca e forte: a pessoa humana³. A pessoa, portanto, constitui o fundamento ético-ontológico do direito.

Sem pessoas não existiria Direito. O Direito existe pelas pessoas e para as pessoas. Tem como fim reger a sua interação no Mundo de um modo justo. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito⁴.

Em síntese, a pessoa pode ser analisada por várias facetas, como bem pontuadas por José de Oliveira Ascensão. Como sujeito de direito o homem tem necessariamente de ser reconhecido como sujeito, ator na vida jurídica, podendo haver outras entidades que sejam também acolhidas como sujeitos; afinal, o homem não pode deixar de o ser, porque só assim se exprime na vida social a sua autonomia. Como fundamento do Direito, porque o Direito é constituído por causa do homem. A justificação profunda do Direito encontra-se sempre na realidade da pessoa. Como fim do Direito, na medida em que o homem não só funda o Direito, como este se destina todo a servir o homem. É para realização do homem que a ordem jurídica existe.⁵

A noção jurídica de pessoa tem implícita a ideia de certo atributo ou qualidade inerente a quem é sujeito de direito⁶.

Na base dos institutos relacionados à pessoa encontram-se, portanto, as situações jurídicas de personalidade, a entender como as que, de modo direto, se prendam a bens

²CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil. Parte Geral**. Tomo I. p. 201.

³ASCENSÃO, José de Oliveira – **Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade**. p. 51.

⁴VASCONCELOS, Pedro Pais - **Direito de Personalidade**. p. 6.

⁵ASCENSÃO, José de Oliveira – **Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade**. p. 67-68.

⁶FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil. I. Introdução, Pressupostos da relação jurídica**. p. 123.

de personalidade, quer impondo condutas que lhe digam respeito (deveres de personalidade) quer permitindo o seu aproveitamento (direitos de personalidade).⁷

Segundo Pedro Pais de Vasconcelos a personalidade é a qualidade de ser pessoa limitando-se o Direito a constatar e respeitar e que não pode ser ignorada ou recusada. Seria um dado extrajurídico que se oporia ao Direito.⁸

No mesmo sentido é o magistério de Cabral de Moncada, para quem a personalidade é uma qualidade.⁹

Orlando Gomes afirma que todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico como sujeito de direitos e obrigações, ou seja, possui personalidade jurídica.¹⁰

Luís A. Carvalho Fernandes define, sinteticamente, a personalidade jurídica como a susceptibilidade de ser titular de direitos e de estar adstrito a vinculações.¹¹

A personalidade jurídica nada mais é conforme lição de José de Oliveira Ascensão, que o reconhecimento de um estado prioritário de coisas em que o ser humano figura como alicerce de todos os conceitos jurídicos - inclusive o de personalidade. Por isso, todo o estudo da pessoa deve assim partir da análise desta realidade fundamental. Será ela que iluminará a noção de personalidade jurídica e não vice-versa.¹²

A personalidade jurídica envolve a tutela de pessoa *qua tale*, aspecto que se traduz, desde logo, no reconhecimento e proteção de um conjunto de bens essenciais da pessoa, inerentes à sua natureza – no Homem, a sua inerente dignidade - objetos dos direitos da personalidade.¹³

Nesse sentido Silvio Rodrigues¹⁴ afirma que o homem é titular de duas espécies diferentes de direito, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são porque são inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpetua e permanente, estando dentre estes os direitos da personalidade.¹⁵

⁷CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil. I. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das Leis no tempo.** p. 931-932.

⁸VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil.** Vol. I, p. 31

⁹MONCADA, Cabral de – **Lições de Direito Civil,** p. 250.

¹⁰GOMES, Orlando – **Introdução ao direito civil.** p. 141

¹¹FERNANDES, Luís A. Carvalho –**Op. Cit.** 123.

¹²ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito civil: teoria geral.** p. 44.

¹³FERNANDES, Luís A. Carvalho –**Op. Cit.** p. 124.

¹⁴RODRIGUES, Silvio – **Direito civil. Parte geral.** p. 61.

¹⁵O ilustre jurista brasileiro faz a seguinte exemplificação: “Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, não se podendo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física e intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra.” (*Idem - Ibidem*).

Nesse sentido Luís A. Carvalho Fernandes afirma que, numa perspectiva ética e ontológica o desenvolvimento da análise da própria noção de pessoa jurídica impõe uma referência particular a uma categoria fundamental de direitos inerentes à pessoa, enquanto manifestações da sua imanente dignidade.¹⁶

Leciona Diogo Costa Gonçalves que a categoria jurídica dos direitos de personalidade, formulada no direito alemão no início do século XX por Windscheid, introduziu a noção de direito sobre a própria pessoa, sobre a própria existência pessoal; um direito à exteriorização e desenvolvimento das faculdades de pensar e sentir sem que tal implicasse uma ação sobre outras pessoas ou coisas.¹⁷

Explica Fátima Galante que a adoção da concepção alemã da teoria do direito geral de personalidade implica no reconhecimento da existência de direito subjetivo e que tem por objeto, como bem jurídico, a personalidade humana.¹⁸

Rabindranath Capelo de Sousa adota a concepção alemã do direito geral de personalidade afirmando que os direitos de personalidade atribuem ao titular o poder de exigir de todos os não titulares o respeito pela sua personalidade física e moral, nomeadamente o poder de gerir a sua esfera de interesses sob a tutela do ordenamento jurídico em vigor.¹⁹

Luis A. Carvalho Fernandes conceitua os direitos de personalidade como sendo os direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objeto bens da sua personalidade física, moral e jurídica, enquanto emanções ou manifestações da personalidade, em geral.²⁰

Por ser assim, os direitos da personalidade não têm por objeto a própria pessoa, mas manifestações da sua personalidade, como explica Oliveira Ascensão.²¹

Francisco Amaral ensina que os direitos da personalidade são uma construção teórica recente, não sendo uniforme a doutrina no que diz respeito à sua existência, conceituação, natureza jurídica e âmbito de incidência. Seu objeto é o bem jurídico da personalidade, aqui entendida como a titularidade de direitos e deveres que se consideram

¹⁶FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 214-215.

¹⁷GONÇALVES, Diogo Costa – **Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação ontológica da tutela.** p. 77-78.

¹⁸GALANTE, Fátima – **Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial.** p. 20.

¹⁹SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade.** p. 104.

²⁰FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 216.

²¹ASCENSÃO, Oliveira – **Teoria Geral. Vol. I,** pag. 81.

ínsitos em qualquer ser humano em razão do que este se torna sujeito de relação jurídicas dotado, portanto, de capacidade de direito.²²

Jorge Miranda conceitua direito da personalidade como sendo “posições jurídicas fundamentais do homem, que ele tem pelo simples facto de nascer e viver, sendo aspectos imediatos da exigência de integração do homem”, constituindo exigência do ser e revelam o conteúdo indispensável da personalidade.²³

Em suma, como afirma Otto Von Gierke, “chamamos direitos de personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera de personalidade”.²⁴

António Menezes Cordeiro adverte, todavia, que os direitos de personalidade apenas traduzem em termos explicativos um núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecidos, constituindo a pessoa humana bem mais rica, pois gera novos e variados meios dogmáticos para a sua defesa, procurando círculos alargados de influência para a sua concretização.²⁵

Silvio Rodrigues leciona que, uma solução engenhosa a respeito da proteção aos direitos da personalidade foi sugerida pelo grande civilista espanhol Diego Espín Canovas, em seu precioso tratado.

“Esse jurista tenta ligar a proteção legislativa à Constituição espanhola de 1978, e particularmente ao capítulo da proteção aos direitos do homem que, como se sabe, se encontra, em termos mais ou menos parecidos, na maioria das cartas constitucionais modernas. A regra constitucional invocada por aquele sábio jurista (art. 10, I) é a que proclama que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis a ela inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros constituem o fundamento da ordem política e da paz social”.²⁶

²²AMARAL, Francisco – **Direito civil. Introdução**. p. 302.

²³MIRANDA, Jorge - **Manual de direito constitucional. Direitos Fundamentais. Tomo IV**. p. 55.

²⁴GIERKE, Otto Von *apud* CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil. Parte Geral**. p. 312.

²⁵CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil. I. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das Leis no tempo**. p. 933.

²⁶CANOVAS, Diego Espín *apud* RODRIGUES, Silvio – **Op. Cit.** p. 63-64.

Desde então, passou-se a relacionar a proteção dos direitos da personalidade aos princípios constitucionais que proclamam os direitos do homem.

Nesse sentido, esclarece ainda Marta Costa e Catarina Lima que dada a sua imprescindibilidade, muitos destes direitos de personalidade estão consagrados na Constituição, assumindo, nesses casos, o estatuto de Direito Fundamental e beneficiando, assim, de um regime de proteção especialmente reforçado; outros, além de protegidos como direitos de personalidade e direitos fundamentais ainda são protegidos internacionalmente enquanto direitos do homem em declarações ou tratados internacionais, tais como Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Europeia de Direitos Humanos e Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷.

Adverte, contudo, Jorge Miranda que esta larga coincidência entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais não significa, todavia, assimilação ou perda de autonomia conceitual recíproca, pois tais categorias jurídicas mesmo quando tenham por objeto idênticos bens de personalidade revestem um sentido, uma função e um âmbito distinto em cada um dos planos em que se inserem.²⁸

José de Melo Alexandrino faz a seguinte distinção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais:

“Os direitos previstos na Constituição, ainda que possam incidir sobre o mesmo objeto (imagem, bom nome, intimidade da vida privada) são direitos fundamentais e não direitos de personalidade, devendo a distinção entre ambos passar pelas seguintes ideias: i) os direitos de personalidade estão previstos no Código Civil, ao passo que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição – daí que os direitos de personalidade pertençam ao domínio do Direito Civil e os direitos fundamentais ao do Direito Constitucional (sendo regulados, estudados e protegidos pelos institutos, categorias e mecanismos do Direito Constitucional); ii) os direitos de personalidade (por pressuporem relações de iguais) não têm protecção especial face ao Estado, ao passo que os direitos

²⁷COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – *Op. Cit.* p. 250.

²⁸MIRANDA, Jorge – *Op. Cit.* p. 58.

fundamentais pressupõem sempre um relacionamento directo e uma especial vinculação ao Estado (,,).²⁹

Luís A. Carvalho Fernandes propõe a diferenciação de Direitos Fundamentais, Direitos de personalidade e Direitos do Homem, a partir da delimitação construída por Castro Mendes, da seguinte forma:

“Direitos fundamentais, em sentido formal, são os atribuídos pela Constituição. O critério é o da fonte de atribuição. Direitos da personalidade são os que incidem sobre elementos desta e realidades afins. O critério é o objeto. Já Direitos do Homem são os que resultam da própria natureza do Homem, e que a lei natural e internacional reconhece. O critério é o da extensão da sua titularidade natural ou internacional”.³⁰

Ressalva, contudo, José de Oliveira Ascensão, que não há identificação de categorias na medida em que os direitos fundamentais atribuem direitos a organizações que não são pessoas, espraiando-se por direitos sociais, económicos e culturais, que não são direitos de personalidade. Abrangem as garantias, que em si não são direitos de personalidade. No centro do direito de personalidade deve estar a defesa da pessoa humana como tal. Sem isto, a categoria seria supérflua. Já semelhante objetivo só lateralmente pode ser prosseguido pelos direitos fundamentais. Afirmar ainda o ilustre doutrinador que, nem sequer se pode dizer que todo o direito de personalidade, materialmente assim considerando por representar imposição da personalidade ôntica, deva por isso ser acolhido como direito fundamental.³¹

Não se confundindo estas figuras jurídicas – direitos de personalidade, direitos fundamentais e direitos do Homem -, podem, no entanto, sobrepor-se relativamente ao bem protegido, caso em que a sua protecção é reforçadíssima, aplicando-se os respectivos regimes, institutos e mecanismos de garantia, dependendo da situação, sujeitos e reivindicação em causa.³²

²⁹ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. p. 34-35.

³⁰MENDES, Castro *apud* FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.* p. 221.

³¹ASCENSÃO, José de Oliveira – **Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade**. p. 54.

³²COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva - *Op. Cit.* p. 251.

Adriano Marteleto Godinho defende que um dos mais profundos reflexos provocados pela constitucionalização do Direito Civil consiste na proclamação do primado da dignidade da pessoa humana, pois, o reconhecimento desta dignidade coloca a pessoa humana no centro do ordenamento mudando o enfoque do Direito Civil, por consequência, passando do "ter" para o "ser".³³

Não é diferente a doutrina de Judith Martins-Costa, para quem,

“a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana que nos mais diferentes países tem sido visto como um princípio estruturante da ordem constitucional – apontando-se inclusive a um valor “refundante” da inteira disciplina privada – significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial. Ao contrário, possui dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”.³⁴

Com a constitucionalização do direito privado a Constituição da República Portuguesa de 1976 passou a proteger determinados direitos da personalidade, especialmente após as Revisões Constitucionais de 1982 e 1989 nos seus artigos 24º *usque* 26º, tendo por base a dignidade da pessoa humana.³⁵

Esse é o magistério de Capelo de Souza, para quem a Constituição da República de 1976 mormente com as Revisões Constitucionais de 1982 e 1989 tutela os direitos de personalidade, reordenando todo o sistema jurídico ao respeito e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, explicitando e constitucionalizando diversos direitos de personalidade e reforçando a tutela jurídica dos mesmos direitos, na medida em que se garantem na Constituição de 1976 diversos direitos fundamentais de personalidade, com

³³GODINHO, Adriano Marteleto - **O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o direito**. p. 5.

³⁴MARTINS-COSTA, Judith – **Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito**. p. 97-98.

³⁵Art. 1º da **Constituição da República Portuguesa**.

a aplicação direta tanto a entidades públicas como privadas e impossibilitando a revogação ou limitação genérica pela lei ordinária.³⁶

Nesse sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que o art. 26.º da Constituição da República Portuguesa apresenta-se, concretamente, como a sede fundamental do direito geral de personalidade e que constitui expressão direta do postulado básico da dignidade humana, sendo ‘pedra angular’ na demarcação dos limites ao exercício dos outros direitos fundamentais³⁷.

Para J.J.Canotilho e Vital Moreira,

"Ao reunir num único artigo nada menos do que nove direitos distintos, a Constituição sublinha aquilo que, para além da sua diversidade, lhes confere carácter comum, e que consiste em todos eles estarem directamente ao serviço da protecção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abarcando fundamentalmente aquilo que a literatura juscivilista designa por direitos de personalidade."³⁸

Observa-se, portanto, que o legislador constitucional português sentiu necessidade de reenquadrar a tutela constitucional da categoria dos direitos que o direito civil acolhe como direitos de personalidade, por estarem em causa direitos fundamentais.³⁹

Afora a previsão constitucional, no ordenamento jurídico português o preceito fundamental da lei ordinária no que toca aos direitos de personalidade, é o Artigo 70º do Código Civil.

Segundo Diogo Costa Gonçalves, esse artigo traz em si uma tutela geral da personalidade, revelando-se uma porta aberta por onde toda a densidade ôntica da pessoa humana irrompe pelo sistema e pela realidade normativa.⁴⁰

A tutela juscivilista da identidade humana incide primordialmente sobre a imagem física, os gestos, a voz, a escrita, o retrato de cada um e também sobre a sua reputação, a sua identidade familiar, linguística, religiosa, política ou cultural e pode

³⁶SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 96-97.

³⁷ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui - **Constituição portuguesa anotada.Tomo I.** p. 607

³⁸CANOTILHO, J.J.Gomes. MOREIRA, Vital - **Constituição da república portuguesa anotada.** Volume I. p. 461.

³⁹PINTO, Paulo Mota – **O Direito ao livre Desenvolvimento da personalidade**, p. 156-157.

⁴⁰GONÇALVES, Diogo Costa – *Op. Cit.* p. 14.

englobar também os sinais sociais de identificação humana, como o nome, o pseudônimo e o domicílio.

Em Portugal, no âmbito interno, portanto, a tutela jurídica dos direitos da personalidade realiza-se em dois níveis. Um, de natureza constitucional, que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade; e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e normativiza esses princípios, conforme doutrina de Francisco Amaral.⁴¹

A doutrina majoritária portuguesa entende que a tipificação de direitos da personalidade não é exaustiva. Nesse sentido, Pedro Pais de Vasconcelos, *in verbis*:

“Não obstante a tipificação de certo número de direitos de personalidade individualmente especificados na lei – na lei civil e na lei constitucional – deve entender-se que a tipificação de direitos de personalidade na lei não é exaustiva nem limitativa, mas antes meramente exemplificativa. A consagração na Constituição da República a dignidade e igualdade das pessoas, de todas as pessoas, como fundamento da própria República, e a generalidade com que o artigo 70º do Código Civil defende a personalidade física e moral contra qualquer ofensa ou ameaça de ofensa, não permite que seja deixada de fora, formalmente, a protecção de qualquer direito de personalidade.”⁴²

Nesse sentido, também Capelo de Sousa que defende a vigência de um Direito Geral da Personalidade assente principalmente na fórmula muito ampla do art. 70 do Código Civil⁴³

Já Oliveira Ascensão sustenta que o conceito de direito geral da personalidade foi uma criação “penosa” da doutrina alemã e tornou necessária em consequência de nesse ordenamento não existir um preceito como o do art. 70º do Código Civil português. O referido artigo, mais do que um direito subjetivo, conteria um princípio preciso: o da tutela geral da personalidade, do qual decorre que há direitos de personalidade que são exigências inelutáveis da personalidade humana e que devem ser reconhecidos ainda que

⁴¹ AMARAL, Francisco – *Op. Cit.* p. 310.

⁴² VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 35.

⁴³ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 611.

nãose encontrem previstos em lei porque se situam no que se poderia chamar o cerne da tutela da personalidade.⁴⁴

Os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, vitalícios e necessários, conforme classificação de Orlando Gomes, para quem:

“por sua própria natureza, opõem-se *erga omnes*, implicando o dever geral de abstenção. Os bens jurídicos nos quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária. Dizem-se inalienáveis no sentido de que o titular não pode transmiti-los a outrem, privando-se de seu gozo, por isso que nascem e se extinguem *ope legis* coma pessoa. Do seu teor extrapatrimonial decorre a impossibilidade de cumprimento e execução coativa. Impenhoráveis e imprescritíveis, não se extinguem, quer pelo não uso, quer pela inércia na sua defesa. A vitaliciedade e a necessidade são caracteres que denotam seus traços distintivos. São necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos”⁴⁵

No dizer de Marta Costa e Catarina Lima⁴⁶, são absolutos na medida em que são oponíveis a todos e não requerem uma relação jurídica, mas antes se consubstanciam na pessoa, simultaneamente seu objeto e titular. São não patrimoniais, na medida em que não têm correspondência monetária, ainda que alguns destes bens possam ser comercializáveis, como a imagem. E irrenunciáveis, na medida em que são inatos à própria pessoa e não se lhes podem ser dissociados ou definitivamente alienados.

Fátima Galante sustenta a vitaliciedade dos direitos da personalidade porque são direitos que perduram por toda a vida, estando integrados na vida do titular e enquanto esta existir.⁴⁷

No sentido da perpetuidade dos direitos da personalidade, Rabindranath Capelo de Sousa sustenta que os poderes emergentes da tutela geral da personalidade não são apenas vitalícios, na medida em que permaneçam *ad vitam* na esfera do próprio titular,

⁴⁴ASCENSÃO, Jose de Oliveira – **Teoria Geral do Direito Civil**, I. p. 121.

⁴⁵GOMES, Orlando – *Op. Cit.* p. 152-153.

⁴⁶COSTA, Marta. LIMA, Catarina – *Op. Cit.* p. 250

⁴⁷GALANTE, Fátima – **Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial**. p. 82-83.

mas também por força do artigo 71º do Código Civil, tendencialmente perpétuos, dado gozarem de proteção depois da morte do respectivo titular sem restrições temporais, transcendendo a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento⁴⁸.

A caracterização dos direitos de personalidade como não patrimoniais (extrapatrimoniais), implica na afirmação de que são direitos não susceptíveis de avaliação em dinheiro, enquanto sua intransmissibilidade, consequência da sua inerência à pessoa, impede sua transmissão, quer em vida, quer após a morte, extinguindo-se, assim, como o seu titular, conforme leciona Luís A. Carvalho Fernandes⁴⁹.

Com relação à possibilidade de renúncia de um direito fundamental de personalidade, pontua Marta Costa e Catarina Saraiva Lima ser possível, todavia, não no plano do direito fundamental, o qual será inseparável do indivíduo em si mesmo e perante o Estado, mas na expressão máxima da liberdade de exercício de um direito, no plano individual das relações civis, fundada no princípio geral da liberdade (autonomia da vontade), que é a liberdade negativa desse direito, isto é, sua autolimitação.⁵⁰

No mesmo sentido é lição de José de Melo Alexandrino para quem o princípio da liberdade – “primeiro dos elementos estruturantes do sistema - é o fundamento do poder de renúncia”, porque os direitos, liberdades e garantias são expressões de liberdade, têm por fim a liberdade e se realizam na liberdade, sendo antes de mais ao beneficiário da liberdade (à pessoa humana concreta) que deve ser reconhecido o poder de definir o conteúdo e o uso concretos de sua liberdade, do mesmo modo que lhe foi reconhecida a primazia do conteúdo de sua dignidade, cabendo-lhe, na condução de sua vida, densificá-la e concretizá-la.⁵¹

Por outro lado, doutrina Capelo de Sousa que face à multiplicidade e complexidade das situações da vida real, particularmente face às necessidades de defesa e de expansão das personalidades humanas em convivência social, pode subsistir uma materialidade fático-jurídica em que as modalidades possíveis de atividade material através das quais se realiza o exercício do direito geral de personalidade ou dos direitos especiais de personalidade de certa pessoa sejam inconciliáveis ou incompatíveis com as modalidades igualmente da atividade material correspondentes ao exercício do direito

⁴⁸SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 608-609.

⁴⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil**. I. Introdução, pressuposto da relação jurídica. p. 218.

⁵⁰COSTA, Marta. LIMA, Catarina - *Op. Cit.* p.257

⁵¹ ALEXANDRINO, José de Melo – *Op. Cit.* p. 150.

geral de personalidade, dos direitos especiais de personalidade ou de outro direito subjetivo por parte de outra pessoa.⁵²

Em outras palavras, é possível a ocorrência de colisão entre direitos de personalidade, pelo fato da coexistência de direitos de personalidades inconciliáveis, entre duas ou mais pessoas, quando se está numa convivência social.

Diante da ocorrência de colisão de direitos de personalidade, defende o renomado jurista, impõem-se que a própria ordem jurídica, para a unidade e coerência do seu sistema, resolva tão perturbadora contradição interna, procedendo a uma criteriosa identificação e ponderação quer dos bens jurídicos tutelados pelas normas jurídicas estruturantes dos direitos colidentes, quer dos conteúdos dos poderes jurídicos resultantes destes direitos, quer ainda dos fatos reais constitutivos ou modificativos de cada um dos direitos subjetivados em colisão, das modalidades de atividades materiais concretamente exercitadas ou exercitandas pelas partes e dos interesses efetivamente perseguidos pelas partes.⁵³

Todavia essa ponderação, adverte Capelo de Sousa, citando Hubmann⁵⁴, “não pode ser exclusivamente feita mediante uma abstrata comparação de bens e valores jurídicos tutelados pois depende também largamente da situação concreta”.

Ramón Ruiz Ruiz⁵⁵ doutrina que na Espanha não é diferente o entendimento do Tribunal Constitucional que reconhece que em certas ocasiões deva prevalecer um direito e em outras ocasiões outro, em função das circunstâncias concretas do conflito a ser resolvido.

Registre-se que a questão envolvendo conflitos de direitos e o critério de ponderação será aprofundado no capítulo terceiro desse trabalho monográfico.

Dentre os direitos da personalidade previstos da Constituição da República Portuguesa – CRP como direito fundamental podemos citar o direito à identidade pessoal e genética (art.26. caput e n.º 3, da CRP) e o direito a reserva da intimidade da vida privada e familiar, que serão analisados no próximo capítulo.

Embora não seja objeto deste trabalho discorrer sobre o início da vida⁵⁶ e a partir de quando o direito deve tutelar os direitos de personalidade do ser humano que ainda não

⁵² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Op. Cit.* p. 533.

⁵³*Idem* – *Op. Cit.* p. 533-534.

⁵⁴*Idem* - *Op. Cit.* p. 534.

⁵⁵RUIZ RUIZ, Ramón – **La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales especial referencia a la jurisprudência constitucional española.** p. 64. (Tradução nossa).

⁵⁶Algumas correntes científicas sobre o início da vida, segundo a Revista Superinteressante (2005, p. 59): Para os adeptos da visão genética, a vida humana começa na fertilização, quando espermatozoide e óvulo

nasceu (ou até mesmo que ainda não foi sequer concebido), não se pode olvidar que a cada dia a ciência jurídica, na medida em que o nascituro vai sendo mais profundamente analisado à luz da ciência contemporânea, avança e reconhece a necessidade da tutela dos direitos de personalidade do ser humano que ainda encontra-se em um estágio pré-nascituro, *in vivo* ou *in vitro* até mesmo como forma de preservação da espécie humana.⁵⁷

Em sentido contrário, defendendo que o estatuto moral do embrião não possa ser o mesmo *in vivo* e *in vitro*, por entender que a diferença é imensa, Miguel Oliveira da Silva, Presidente do Conselho Nacional de ética para as Ciências da Vida.⁵⁸

Assim, se na Modernidade, ao se construir os conceitos gerais-abstratos, assentou-se duas máximas, qual seja, “todo o homem é pessoa” e “só o homem é pessoa”, qualificando, porém, como “homem” (ou como “pessoa”) o ser humano nascido com vida e, portanto, condicionando a qualificação de “pessoa” a um determinado momento (o do nascimento com vida), então tido como o início da vida, a partir do desenvolvimento da Biociência esses axiomas são colocados em dúvida, a partir da diferenciação da vida biológica do ser humano e vida da pessoa.⁵⁹

Por isso é que Judith Martins-Costa, citando Laura Palazzani, afirma que:

“a originária e intuitiva coincidência entre “pessoa” e “ser humano”
está posta em dúvida no debate bioético e biojurídico, com a

se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião da Igreja Católica. Para a visão embriológica, a vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. Os adeptos da visão neurológica entendem que o mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª. Já os adeptos da visão ecológica sustentam que a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz o feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito ao aborto. Por fim, para a visão metabólica a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança e um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural. (ROSA, Márcia Monteiro. PAIVA, Michele Cristina Del Caro. SENNA, Patrícia. **Doação de embriões**. p. 185).

⁵⁷ Por exemplo, a Resolução do Parlamento Europeu sobre a fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, de 16 de Março de 1989. 1. Entende que os direitos humanos e o respeito pela dignidade humana desde o momento da concepção devem ser um objectivo constante da actividade política e legislativa.

⁵⁸ SILVA, Miguel Oliveira de - **Procriação Medicamente Assistida**. p.12.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith – **Op. Cit.** p. 106-107.

consequente exclusão de alguns seres humanos do reconhecimento do estatuto de pessoa”.⁶⁰

Por outro lado, Diogo Leite de Campos⁶¹ constata que “à medida que o nascituro vai sendo mais profundamente analisado à luz da ciência contemporânea, mais as suas inegáveis vidas/personalidades recuam – até o momento da concepção”.⁶²

“Não me reconheceria na aparência externa do meu primeiro eu, pequeno aglomerado de células. É certo que, recém-nato, também não me reconheceria no que sou hoje. Mas a minha - tua história inicia-se com o encontro de duas células. A partir desse momento, começa a tua - minha história de ser vivo da espécie humana (ser humano).”⁶³

Não é outro o magistério de José de Oliveira Ascensão, para quem o início da vida vai “desde o encontro dos gametas masculino e feminino com a fusão dos núcleos (a singamia, consequente à penetração do espermatozoide no ovócito) até o nascimento”, não havendo nova vida humana na fase antecedente à singamia, pois somente com a fusão dos núcleos das células masculinas e femininas que surge um novo genoma, distinto dos progenitores, diferenciado de todos os existentes e que previsivelmente jamais terá uma réplica no futuro, ainda que se vá conformando no interior do corpo da mãe.⁶⁴

⁶⁰PALAZZANI, Laura *apud* MARTINS-COSTA, Judith – *Op. Cit.* p.107.

⁶¹CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós. Estudo sobre o Direito das pessoas.** p. 73.

⁶²Afirma ainda o festejado doutrinador português, citando David Chamberlain, *in* A mente do seu recém-nascido, Lisboa, Hugin, 2003, p. 11, 199 e 201 que “Até há pouco anos, os Pré-natos e os recém-natos eram deliberadamente ignorados pela “ciência” e pelos práticos. Os bebês eram descritos, no século XX, até há poucos anos, como sub-humanos ou pré-humanos: “a ciência do século XX sustentou que os seus choros eram apenas sons “aleatórios, os seus sorrisos “gases” e as suas expressões de olhos meros “reflexos”. Seres sub-humanos ou Pré-humanos considerados incapazes de sentir são facilmente transformados em objectos, sem direitos e sem serem objeto de deveres de respeito. Depois da descoberta da anestesia por éter, em 1846, os cirurgiões continuaram a operar bebês sem qualquer alívio para a dor. Os médicos acreditavam – e acreditaram até os anos 80 do século XX – que os bebês tinham cérebros tão pouco desenvolvidos que não sabiam que sofriam. E hoje continua a dar-se a morte a crianças Pré-natais de maneiras particularmente brutais e dolorosas, sem qualquer alívio da dor. Em 1994, neonatologistas mediram as reacções de quarenta e seis Pré-natos durante transfusões sanguíneas intra-uterinas: verificaram um aumento de 5905 de beta-endorfinas e de 1385 de cortisol reflectindo a sensação da dor. Os pré-natos e os recém-natos têm sido vítimas do horror à diferença (*Idem* – *Op. Cit.* p. 73-74).

⁶³*Idem* – *Op. cit.* p. 58

⁶⁴ASCENSÃO, José de Oliveira – **O início da vida.** p. 09.

No mesmo sentido, M. Patrão Neves⁶⁵ afirma que é indiscutível “que existe uma nova forma de vida, desde a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, que é de tipo diferente da dos gametas de que proveio e cuja identidade genética a define como sendo da espécie humana”.⁶⁶

Destarte, a *décalage* entre o Direito e a Biociência, fundando-se na separação entre a vida biológica do ser humano e a vida da pessoa é, por consequência, a questão fundamental, o horizonte problemático da Bioética e do Biodireito, tendendo o direito a ampliar o conceito de pessoa para além do nascimento com vida.

1.2 Direito à identidade pessoal e genética.

A identidade pessoal, para Jorge Miranda e Rui Medeiros,

“seria aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada exteriormente em determinadas opções de vida. O direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal, ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é.”⁶⁷

Para os ilustres doutrinadores a identidade pessoal inclui os vínculos de filiação, o que implica na afirmação de que existe um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e maternidade e o direito ao conhecimento das origens genéticas.⁶⁸

Assim, “a identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito a identidade pessoal”.⁶⁹

⁶⁵ NEVES, M. Patrão - **O começo da vida humana**. p. 6

⁶⁶Explica a doutrinadora que hodiernamente substitui-se então a interrogação inicial por outras, tais como: quando é que a vida humana se torna moral e legalmente importante ou, quando é que o ser humano se torna pessoa.

⁶⁷ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui – *Op. Cit.* p. 609.

⁶⁸*Idem* - *Op. Cit.* p. 610.

⁶⁹*Idem* - *Ibidem*.

Nesse mesmo sentido lecionam Gomes Canotilho e Vital Moreira, para quem o “direito à identidade abrange, seguramente, além do direito ao nome, um direito à historicidade pessoal”.⁷⁰

Stela Barbas esclarece o significado das expressões “direito ao nome” e o “direito à historicidade pessoal”, a partir da ideia de que direito ao nome é o direito que todo indivíduo tem a ter um nome, a defendê-lo e a impedir que seja utilizado por outra pessoa e o direito à historicidade pessoal como sendo o direito que todo o indivíduo tem ao conhecimento da identidade dos progenitores, “não podendo existir dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer as suas raízes genômicas”.⁷¹

Essa também é a doutrina de Paulo Otero, para quem

“o direito à identidade pessoal, previsto no artigo 26º, nº 1 da CRP, destinado a garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível. {...} «compreende duas diferentes dimensões: a) a identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais; b) a identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num direito à historicidade pessoal”.⁷²

Ainda na opinião de Paulo Otero, no que tange à dimensão absoluta ou individual da identidade pessoal, deve ter-se em consideração que é aqui que se integra o direito à identidade genética, pois não obstante a natureza humana ser sempre a mesma, a verdade

⁷⁰ GOMES, Canotilho; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 179.

⁷¹ BARBAS, Stela - **Direito ao patrimônio genético**. p. 173.

⁷² OTERO, Paulo - **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. p. 63 e 64.

é que ela se realiza de forma exclusiva em cada ser humano, integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo carácter único e diverso dos seus elementos genéticos.⁷³

A discussão acerca do direito ao conhecimento das origens genéticas, segundo Rafael Vale e Reis, citando Quesada González, nasceu no século XX, na Alemanha, através da questão sobre se um “*Recht, seine Herkunft zu kennen*” (direito ao conhecimento das próprias origens) não deveria sobrepor-se à velha máxima *pater semper incertus est*. Todavia, o interesse do nazismo na descoberta das origens enquanto meio de distinguir os indivíduos de raça ariana dos indivíduos de sangue espúrio (“*Blutsfremde*”), lançou um anátema sobre a discussão no período do pós-guerra.⁷⁴

Explica Rafael Vale, citando Quesada González,

“que somente a partir da construção jurídica subjacente em torno da proteção da dignidade da pessoa humana passou-se a tutelar este importante aspecto da personalidade, pelo que, de modo quase natural em 1976, Kleineke procurava as raízes do direito ao conhecimento das origens genéticas na Constituição Alemã, concluindo que ele não só era suportado pela dignidade da pessoa humana, como também devia considerar-se uma subespécie do direito geral de personalidade”.⁷⁵

Em Portugal, coube a Guilherme de Oliveira, a primeira referência a um “direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira” no âmbito da Constituição de 1976.⁷⁶

“Numa época de enfraquecimento do poder marital, de promoção do sentimento da infância e do chamado “interesse do filho”, e de um certo encantamento pelas ciências biológicas, o regime da legitimidade activa não podia ter deixado de evoluir no sentido da

⁷³*Idem - Ibidem.*

⁷⁴GONZÁLEZ, Quesada *apud* REIS, por Rafael Vale e - **Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. p. 197-198.

⁷⁵KLEINEKE, Wilhelm *apud* REIS, Rafael Vale e - **Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. p. 198.

⁷⁶AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida**. p. 667.

concessão de um direito ao filho, igual àquele que o presumido aí tradicionalmente detinha. Pode mesmo dizer-se que o direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira ganhou uma relevância tal que nos permite considerá-lo como um aspecto dos direitos fundamentais da pessoa – designadamente, como uma faceta do direito à integridade pessoal e à identidade (arts. 25.º e 26.º da Constituição da República) que tutelam a “localização social” do indivíduo”.⁷⁷

O direito ao conhecimento das origens genéticas é definido por Rafael Vale e Reis como sendo “a faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente”, pois parece incontroverso que a tutela jurídica das condições ótimas para o desenvolvimento da personalidade humana tem que guardar espaço para a descoberta das referências próprias, ou seja, “a plena realização do indivíduo enquanto pessoa pressupõe, pelo menos, a possibilidade de satisfação da curiosidade acerca do quem sou eu?”.⁷⁸

Pires de Lima e Antunes Varela defendem que deve ser o filho, ente verdadeiramente necessitado da proteção da sociedade familiar e da tutela do Direito, o centro de gravidade da relação de filiação, tendo especialmente em vista o conjunto de poderes que constitui, por assim dizer, a auréola da sua identidade pessoal.⁷⁹

O direito à identidade genética é reconhecido na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem de 1997, no seu artigo 2.º

M.Patrão-Neves diferencia identidade biológica da identidade pessoal, consubstanciando aquela à definição do que em cada um dos homens é natural e comum a todos, ou seja, à universalidade da espécie. Já a identidade pessoal refere-se à enunciação do que é único, ou singular, em cada ser humano, o que justifica a singularidade espiritual da pessoa.⁸⁰

Esse também é o sentido atribuído por Stela Barbas ao direito à identidade pessoal: “garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular e irreduzível.”⁸¹

⁷⁷ OLIVEIRA, Guilherme – **Crítério Jurídico da Paternidade**. p. 244.

⁷⁸ REIS, Rafael Vale e – **Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. p. 195.

⁷⁹ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes - **Código civil anotado**. Volume V. p. 2.

⁸⁰ PATRÃO-NEVES, M – **O Genoma e a Identidade da Pessoa**. p. 32-33.

⁸¹ BARBAS, Stela – **Direito ao património genético**. p. 173.

O direito à identidade pessoal é um direito de personalidade, no dizer de Pedro Pais de Vasconcelos, porque “orientado funcionalmente à tutela da dignidade humana, através da defesa daquilo que garante a infungibilidade, a indivisibilidade e a irrepetibilidade de cada uma das pessoas humanas” e abrange a identidade genética e o patrimônio genético.⁸²

Afirma ainda o ilustre doutrinador que “toda a pessoa tem o direito à sua individualização, como pessoa única com dignidade própria, não susceptível de ser amalgamada na massa nem hipostasiada numa transpessoa.”⁸³

No mesmo sentido, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz afirma que não se pode negar a natureza jurídica de direito de personalidade ao direito ao reconhecimento da origem genética. Defende que “não se pode impedir, via de regra, que o filho gerado possa investigar e ter acesso a sua origem genética, tendo em vista ser esse um direito personalíssimo, indisponível e intransferível”.⁸⁴

A Constituição da República Portuguesa assegura tanto o direito fundamental à identidade pessoal, quanto o direito fundamental à identidade genética, como se observa do art.26, caput e n.º 3, da CRP.

Fátima Galante explica que no fundo a norma contida no artigo 26º n.º 3 da CRP veio explicitar a proteção de uma das concretizações do direito à identidade pessoal na medida em que o direito à identidade genética é um direito integrante do direito à identidade pessoal e como dessa forma protegido. Ou seja, o n.º 3 do artigo 26º da Constituição visa tutelar o direito à identidade genética e a imposição legislante para garanti-lo. Imposição esta destinada a garantir por via legislativa que as novas tecnologias e a experimentação científica não põem em causa a identidade genética dos seres humanos⁸⁵

Fátima Galante conclui ainda que o direito ao conhecimento das origens genéticas ou biológicas encontra o seu suporte e enquadramento na Constituição, não apenas no direito ao desenvolvimento da personalidade, mas ainda no direito à identidade pessoal, e no princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁶

Segundo Vera Lúcia Raposo a identidade genética possui três vertentes.

⁸²VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. p. 73

⁸³*Idem – Ibidem.*

⁸⁴FERRAZ, Ana Cláudia de Barros Correia - **Reprodução Humana Assistida. E suas Consequências nas Relações de Família. A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. p. 134

⁸⁵GALANTE, Fátima – **A adoção: a identidade pessoal e genética**. p. 14

⁸⁶*Idem – Ibidem.*

“o direito de que ninguém altere a identidade genética (manipulação genética); que ninguém copie a identidade genética (clonagem) e o direito a conhecer a ascendência genética. O direito à historicidade pessoal também está abarcado no direito à identidade genética, pois expressaria o conhecimento das nossas raízes genéticas, mesmo que estas não façam parte da nossa história pessoal/social.”⁸⁷

Como bem colocado por Stela Barbas, o direito a conhecer a própria identidade, ou seja, poder responder a perguntas como: quem sou eu e quem são os meus progenitores “é uma interrogação que inquieta não só personagens de obras famosas da literatura como, também, mulheres e homens comuns, podendo a dúvida chegar a atingir foros perfeitamente dramáticos em razão de circunstâncias peculiares da existência pessoal”.⁸⁸

O reconhecimento da origem genética, segundo José Roberto Moreira Filho, também tem importância “em casos de doenças somente solucionáveis através de compatibilidade consanguínea, tal é o caso de certos transplantes de órgãos e certas doenças como a leucemia”.⁸⁹

Igualmente, diante da globalização e evolução tecnológica que minimizou o óbice da distância aos relacionamentos pessoais e ampliou a informação, através da internet, não se pode olvidar a importância de se conhecer os dados genéticos a fim de evitar a ocorrência dos impedimentos matrimoniais, tal como, o casamento ou uniões entre ascendentes e descendentes ou entre irmão.⁹⁰

O acesso à origem genética também está relacionado com questões de ordem psicológicas, pela necessidade de se conhecer, de saber quem sou, do ponto de vista biológico, sob pena de comprometer a integração psíquica da pessoa.

Nesse sentido, Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz, citando José Roberto Moreira Filho, explica a situação:

“{... }Ao legar ao filho o seu direito de conhecer sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de

⁸⁷RAPOSO, Vera Lúcia – **Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro.** p.112.

⁸⁸BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Investigação da filiação.** p. 40.

⁸⁹MOREIRA FILHO, José Roberto – **Direito à identidade genética.** 28º parág.

⁹⁰FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia - **Op. Cit.** p. 135.

seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social, das propensões ou resistências a certas doenças etc.”⁹¹

Albertino Daniel Melo também defende que o filho não perde a identidade por não conhecer os pais genéticos, porque, com a afirmação dos direitos da personalidade, é certo que a identidade se altera com o esforço pessoal próprio, ganhando nova imagem, foros de honra, de intimidade, tudo isso faz com que a sociedade se engrandeça.⁹²

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e os seus Protocolos Adicionais embora não acolha expressamente nenhum direito ao conhecimento da ascendência genética ou, em geral, o direito à historicidade pessoal, tem sido utilizado, no seu art. 8º⁹³, pelos Tribunais, com esse desiderato.

Pronunciaram-se, entre outros, os Acórdãos do TEDH «Gaskin c Royaume-Uni», de 7 de Julho de 1989 e «Odièvre c. France», de 13 de Fevereiro de 2003, em que se reconhece o direito ao conhecimento da ascendência genética, sem que as autoridades pudessem impedir de obter tais informações, pelo que a interdição de acesso a ficheiros contendo os dados pessoais que permitiam compreender a infância e os anos de formação da personalidade dos referidos cidadãos, contraria o disposto no nº 1 do artigo 8º da CEDH.

Portanto, o artigo 8º que visa essencialmente defender o indivíduo das ingerências arbitrárias dos poderes públicos na sua vida privada, não se limita a impor aos Estados o dever de se absterem de semelhantes ingerências, dela decorrendo, a par dessa obrigação negativa (ou de “*non facere*”), determinadas obrigações positivas destinadas a efetivar o respeito pela vida privada, que podem implicar, quando necessário,

⁹¹MOREIRA FILHO, José Roberto *apud* FERRAZ, Ana Claudia de Barros Correia – *Op. Cit.* p. 134.

⁹²MELO, Albertino Daniel de – **Filiação biológica: tentando diálogo direito-ciências.** p. 2.

⁹³Artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, *in verbis*:

“Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

a adoção de determinadas medidas que assegurem a proteção da vida privada mesmo nas relações dos indivíduos entre si.

Sustentou-se, portanto, que o referido artigo inauguraria um direito ao conhecimento da ascendência, que teria de ser ponderado com o direito à confidencialidade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê no seu “artigo 24º., nº 3, que todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses” e a Resolução do Parlamento Europeu sobre a fecundação artificial *in vivo e in vitro*, de 16 de Março de 1989, determinou que os Estados respeitassem o direito ao conhecimento das origens genéticas do ser humano nascido a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida, a fim de que fosse garantido o direito ao conhecimento das origens genéticas.

Já a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas determina:

“Art. 8º - Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal e no caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e proteção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rápido possível”.⁹⁴

Registre-se, todavia, que não se confunde o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética com o direito à filiação.

Nesse sentido, Paulo Lobo explica que o direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade, pois a certeza da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas.”⁹⁵

⁹⁴Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, art. 8º.

⁹⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto – **Direito Civil. Famílias.** p.204.

Isso porque, sustenta o doutrinador supramencionado, a função de pai não se confunde com a de mero ascendente biológico. Na busca pela identidade genética, há apenas a procura pelo procriador ou genitor, que em nada altera o vínculo de parentesco antes estabelecido.⁹⁶

A partir dessa diferenciação, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, distinguem ação de investigação de paternidade de ação de investigação de origem genética, embora se utilize o termo investigação de paternidade, indistintamente.

“A diferenciação em terminologia seria adequada, em termos processuais, já que nas ações de investigação de paternidade, com a sentença de procedência do pedido, já se terá o comando de alterar o registro civil, efeito este que não existe quando apenas se declara a origem biológica de alguém, não tendo o escopo de gerar direitos ou obrigações, sejam eles pessoais (como direito ao sobrenome e ao registro civil) ou patrimoniais (direito a herança, alimentos, etc.) na investigação da origem genética, pretende-se apenas ver declara a ascendência genética, com fundamento no exercício de um direito de personalidade, totalmente desatrelado de uma relação de família, sendo a pretensão igualmente imprescritível e o direito em disputa inalienável.”⁹⁷

Para Maria Berenice Dias, trata-se de ação de investigação de paternidade cujo conteúdo será meramente declaratório, sem efeitos jurídicos outros.⁹⁸

Nesse mesmo sentido, Leila Donizete sustenta que o objeto da tutela de conhecimento da origem genética é assegurar o direito de personalidade enquanto o objeto da tutela da paternidade é o estado de filiação.⁹⁹

1.3 Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A privacidade foi, tal qual a informação, um valor descoberto apenas na Modernidade quando distinguem-se, pela primeira vez na história, entre duas “esferas da

⁹⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto – **O exame de DNA e o princípio da dignidade humana**. p. 68-78.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson – **Direito das famílias**. p. 535.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice – **Manual de direito das famílias**. p.358

⁹⁹ DONIZETE, Leila - **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. p. 124

vida humana e das instituições sociais”, a esfera pública e a privada, correlatas às duas dimensões (vida pública e vida privada), partindo-se, para tanto, da compreensão da pessoa humana como “valor-fonte” e ponto nuclear do ordenamento.¹⁰⁰

Pode afirmar-se que proteção do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é algo relativamente recente, sendo fruto do desenvolvimento das tecnologias e do intercâmbio de informação.

Para Pedro Pais de Vasconcelos a dignidade da pessoa “exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possam estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros”, sejam eles simplesmente os vizinhos, as autoridades públicas ou os meios de comunicação social, ou quaisquer outras pessoas, obstando a devassa da vida privada.¹⁰¹

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, segundo Fátima Galante, tem em vista a proteção da privacidade do indivíduo no seu sentido mais amplo, incluindo-se todas as atividades da vida privada e íntima do cidadão, tratando-se de um conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições.¹⁰²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu artigo 12º, reconheceu o direito à intimidade.¹⁰³

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem proclama que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.¹⁰⁴

Alguns doutrinadores, dentre eles Rita Cabral, distinguem o direito à privacidade a partir de três esferas concêntricas: a esfera da vida íntima, a esfera da vida privada e a esfera da vida pública.

Segundo a doutrinadora, na esfera da vida íntima compreender-se-ia o que de mais secreto existe na vida pessoal, que a pessoa nunca ou quase nunca partilha com outros, ou que comunga apenas com pessoas muitíssimos próximas, como a sexualidade,

¹⁰⁰MARTINS-COSTA, Judith. FERNANDES, Márcia Santana – **Os biobancos e a doação de material biológico humano: em ensaio de qualificação jurídica. Bioética e direitos fundamentais.** p. 240-241.

¹⁰¹VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil.** p. 48.

¹⁰²GALANTE, Fátima – **Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial.** p. 66.

¹⁰³ Art. 12, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, *in verbis*: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.”

¹⁰⁴ Art. 8º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

a afetividade, a saúde, a nudez; na esfera da privacidade, que é já mais ampla, incluir-se-iam aspectos da vida pessoal, fora da intimidade, cujo acesso a pessoa permite a pessoas das suas relações, mas não a desconhecidos ou ao público; a esfera pública abrangeria tudo o mais, aquilo a que, na vida de relação e na inserção na sociedade, todos têm acesso.¹⁰⁵

Para Pedro Pais de Vasconcelos a teoria dos três círculos é uma tentativa falhada que tem, todavia, o mérito de sugerir a polaridade entre o público e o privado. Entende o doutrinador que a polaridade entre o público e o privado corresponde a uma escala progressiva e gradual, sem quebras de continuidade nem saltos bruscos entre o que é totalmente privado e vedado ao conhecimento e ao contato dos outros e o que é completamente aberto que se partilha com toda a gente, não sendo possível estabelecer padrões previamente definidos e precisamente delimitados de níveis de privacidade.¹⁰⁶

A doutrina destaca ainda três círculos distintos: respeito dos comportamentos; respeito do anonimato e o respeito da vida em relação e, por outro lado, a jurisprudência recebe o princípio constitucional diferenciando a informação da vida privada da vida pública.

Nesse sentido, Canotilho e Vital Moreira lecionam que:

"Não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade (sendo diversas as teorias que pretendem fornecer o critério distintivo). Alguma doutrina e jurisprudência (cfr. AcTc nº 454/93) distinguem entre esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) e esfera privada simples (apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público); mas à face deste preceito da CRP parece que tal distinção não é relevante. O critério constitucional deve talvez arrancados conceitos de 'privacidade' (n.º 1, in fine) e 'dignidade humana' (n.º 2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá limitar-se,

¹⁰⁵CABRAL, Rita - **O Direito à intimidade da Vida Privada**. p. 373-406

¹⁰⁶VASCONCELOS, Pedro Pais - **Direito de Personalidade**. p. 80-81

assim, como base num conceito de 'vida privada' que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: 1) o respeito dos comportamentos; 2) o respeito do anonimato; 3) o respeito da vida em relação. estas dimensões devem ser convocadas para eventuais 'renúncias' à proteção da intimidade da vida privada."¹⁰⁷

Judith Martins-Costa e Márcia Santana Fernandes, a partir da diferenciação da vida pública e privada, sustentam que a esfera pública é dominada pelos princípios da igualdade e da publicidade, enquanto a esfera privada pelo princípio da exclusividade.

“Por este princípio protege-se o direito do indivíduo de estar só, bem como e a possibilidade de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só se refere, e, ainda, o que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada. A proteção é conferida nas relações entre os particulares e o Estado e nas relações dos particulares entre si.”¹⁰⁸

Para Dirley da Cunha Júnior, a intimidade é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, com nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho. É, em suma, o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções.¹⁰⁹

Segundo Paulo José da Costa Jr., o direito à intimidade consiste no direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido em sua intimidade. *Diritto alla riservatezza*, portanto, não é direito de ser reservado ou de comportar-se com reserva, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera”.¹¹⁰

Verifica-se, portanto, que apesar de muito utilizado, o conceito de “vida privada” é de difícil definição.

¹⁰⁷ CANOTILHO, J.J.Gomes - **Constituição da república portuguesa anotada**. Tomo I. p. 468.

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. FERNANDES, Márcia Santana – *Op. Cit.* p. 242.

¹⁰⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley - **Curso de Direito Constitucional**. p. 667.

¹¹⁰ COSTA JR., Paulo José da – **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade**. p. 39.

A primeira formulação existente sobre o conteúdo do direito à reserva da intimidade da vida privada é o acórdão 128/92 do Tribunal Constitucional que versa “o direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias”. Assim, entendido, o direito abrangia dois elementos fundamentais: a autonomia, o exercício livre no âmbito da sua esfera pessoal e, ainda, a não difusão do conteúdo do dito direito, exceção feita caso haja consentimento.¹¹¹

Em maio de 1967 celebrou-se em Estocolmo a “Conferência Nórdica sobre o Direito à intimidade”, quando o tema foi enfocado em sua plenitude.

Explica Dirley Cunha Júnior que o documento de Estocolmo alinha cinco ofensas ao direito à intimidade: 1) penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; 2) gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; 3) audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente; 4) exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; e 5) utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas subrepticiamente nas formas precedentes.¹¹²

Pedro Pais de Vasconcelos defende que a reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a exceção, pelo fato de se tratar de um direito da personalidade e, por outro, da sua consagração constitucional como direito fundamental, somente sendo lícitamente agredido quando e só quando um interesse público superior o exija em termos tais que o contrário possa ser causa de danos gravíssimos para a comunidade.¹¹³

Porém, o referido doutrinador sustenta a possibilidade de uma menor tutela da honra e da privacidade, fundada no caráter voluntário da sua exposição pública.

“O direito à honra e à privacidade podem ter de ser, em concreto, compatibilizados com o interesse público da revelação de certos fatos ou situações. Quando o interesse público o imponha, o direito á honra e à privacidade, não podem impedir a revelação daquilo que

¹¹¹BENTO, Messias relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 92-128-2.

¹¹²CUNHA JÚNIOR, Dirley da – *Op. Cit.* p. 688.

¹¹³VASCONCELOS, Pedro de Pais – **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. I. p. 49.

for estritamente necessário e apenas do que for estritamente necessário.”¹¹⁴

¹¹⁴VASCONCELOS, Pedro Pais – **Direito de Personalidade**. p. 77-78.

2 PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

2.1 Conceituação.

Há centenas de anos que a humanidade vem procurando formas de intervenção sobre o processo biológico que assegura a sua própria continuidade.

Leciona João Malta que o início da sistematização do saber anatômico permitiu a percepção da complexidade inerente ao processo e a descoberta das vertentes imunológicas, bioquímica e genética envolvidas; já no vigésimo século, permitiu um aprofundamento da intervenção técnica sobre os processos de procriação.¹¹⁵

“Se durante séculos, a infertilidade foi considerada como um destino que se teria de aceitar com resignação, atualmente parece mais uma simples contingência, perfeitamente superável, em virtude das vitórias obtidas pela ciência com a procriação medicamente assistida.”¹¹⁶

A Medicina da reprodução criou situações absolutamente novas e anteriormente impensáveis. Lembra-nos Miguel Oliveira da Silva que até finais dos anos 1960 era impossível conceber embriões humanos fora do organismo materno e qualquer especulação sobre o respectivo uso, investigação, abandono, congelamento era, por isso mesmo, uma mera especulação.¹¹⁷

A expressão “procriação assistida”, teoricamente, designa todos os recursos médicos que permitem proporcionar aos casais assolados pela infertilidade, a possibilidade de procriarem. Afirma Fernando David de Melo Gonçalves que isso inclui métodos cirúrgicos, hormonais e também biológicos.¹¹⁸

No dizer de João Malta, definem-se “os processos de procriação medicamente assistida como todos os procedimentos técnicos que procuram obter uma concepção humana de forma diversa da união sexual de um homem e uma mulher”.¹¹⁹

¹¹⁵ MALTA, João – **Procriação Medicamente Assistida Heteróloga**. p. 121.

¹¹⁶ FALCÃO, Marta. FALCÃO, David – **Breve Estudio de las Técnicas de Procreación Medicamente Asistida**. p. 239. (tradução nossa)

¹¹⁷ SILVA, Miguel Oliveira da - **CIÊNCIA, RELIGIÃO E BIOÉTICA no início da vida**. p. 55.

¹¹⁸ GONÇALVES, Fernando David de Melo – **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. p. 16.

¹¹⁹ MALTA, João – *Op. Cit.* p. 122.

Jorge Duarte Pinheiro conceitua a procriação medicamente assistida – PMA como sendo o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual.¹²⁰

Ângela Mara Piekarski Ribas sustenta que a Reprodução Humana Assistida “é a intervenção do homem no processo de procriação natural, possibilitando que as pessoas com problemas de infertilidade alcancem a maternidade ou a paternidade”.¹²¹

De acordo com Álvaro Villaça Azevedo, reprodução humana assistida é a fecundação, com artificialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou de saúde para a paciente e para seu futuro filho.¹²²

O Ato Uniforme de Filiação norte americano define a PMA como “o método de causar gravidez sem ser através do coito”¹²³.

No âmbito das técnicas de reprodução independentes da prática de cópula, explica Jorge Duarte Pinheiro¹²⁴, devem separar-se os processos de procriação sexuada dos processos de procriação assexuada. Os primeiros pressupõem o recurso a dois componentes genéticos, um de uma pessoa do sexo masculino e outro componente de uma pessoa do sexo feminino. Mais precisamente, recorre-se a gametas ou células reprodutoras, ao espermatozoide e ao óvulo ou ovócito. Os segundos são aqueles que podem ser efetuados com o recurso apenas a um componente genético, que tanto pode ser proveniente de uma pessoa do sexo feminino como do sexo masculino.¹²⁵

Não há consenso na doutrina acerca da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

¹²⁰ BARBAS, Stela - **Direito do genoma humano**. p. 515-516.

¹²¹ RIBAS, Ângela Mara Piekarski – **Aspectos contemporâneos da reprodução assistida**. 7º parag.

¹²² AZEVEDO, Álvaro Villaça – **Ética, direito e reprodução humana assistida**. p.145.

¹²³ Art. 1, secção 104, n.º 2. O *Uniform Parentage Act* foi elaborado pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, que também o aprovou em 2000, com o objetivo de levar a uma aproximação das legislações dos vários Estados Federados norte-americanos relativas ao estabelecimento da filiação. O documento, que sofreu a sua última alteração em 2002 e foi aprovado pela American Bar Association em 2003, pode ser consultado em [HTTP://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm).

¹²⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação Medicamente Assistida**. p. 01.

¹²⁵ Destaca-se na reprodução assexuada a clonagem reprodutiva humana, na qual um óvulo previamente desnucleado (provado da sua informação genética) é “fertilizado” com uma célula não genital que possua todos os cromossomos necessários para dar origem a um ser humano (p.e., uma célula mamária, intestinal ou estomacal). O embrião resultante da introdução da célula somática no óvulo desnucleado é transferido para o útero de uma pessoa, culminando o processo com o nascimento de uma criança que reproduzirá, quase fielmente, aquela pessoa que forneceu a célula somática. Relatório anexo ao Parecer 44/CNECV/04, de Julho de 2004, n.º 13, elaborado pelo Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida (CNECV).

João Malta defende que as técnicas de reprodução assistida têm um óbice de vista ético, pois interferem com o direito natural de todo o ser humano ser concebido de forma plenamente humana, mediante um ato sexual consciente e voluntário de outros dois seres humanos, sustentando que esta concepção da sexualidade compreendendo um ato volitivo, unitivo e aberto à procriação é a base mais sólida para a condenação por parte das sociedades da violação ou de formas de vivência sexual dissociadas do afeto, por um lado ou apenas entendidas como pro criativas, por outro.¹²⁶

Luísa Neto defende que a procriação medicamente assistida deva ser primacialmente garantida aos sujeitos para quem é a única forma de reprodução possível, concretizando o princípio da igualdade quanto ao escopo da constituição da família, já que a igualdade material implica em tratar de forma desigual as situações que na sua base se apresentem como desiguais, e não àqueles, que podendo constituir família de outro modo, pretendam o recurso às técnicas de procriação com objetivos mais problemáticos, quer do ponto de vista médico quer do ponto de vista ético.¹²⁷

M. Patrão Neves também perfilha entendimento de que a prática de procriação medicamente assistida é eticamente legítima enquanto concretiza a expressão biológica de uma relação afetiva, sendo meio para “contornar” ou “superar” a infertilidade do casal que, consciente e responsavelmente assumiu o valor incondicionado de um filho como expressão da realização pessoal de cada um e da relação que os une. Assim sendo, a PMA é colocada ao serviço do casal, visando, do ponto de vista biológico, restaurar, ou melhor, substituir uma função ausente que, naturalmente e normalmente seria desempenhada pelas pessoas em causa e contribuindo, do ponto de vista humano, para dar uma expressão única a uma relação de amor já existente.¹²⁸

Noutro giro, Maria do Carmo Demasi Wanssa também defende que a intervenção na reprodução humana através da tecnologia é ética e moralmente admissível, porém, deve respeitar os valores fundamentais do ser humano como a dignidade, a autonomia de decisão, o direito à confidencialidade, dentre outros como a família, os valores da reprodução, a licitude dos meios e dos fins, além da garantia de utilização da técnica em benefício da humanidade.¹²⁹

¹²⁶ MALTA, João – *Op Cit.* p. 124.

¹²⁷ NETO, Luísa – **A procriação medicamente assistida como forma de disposição sobre o próprio corpo.** p. 224.

¹²⁸ PATRÃO-NEVES, M. – **Mudam-se os tempos, Manda a vontade, o desejo e o direito a ter um filho.** p. 132.

¹²⁹ WANSSA, Maria do Carmo Demasi – **Inseminação artificial e anonimato do doador.** p. 07.

No presente trabalho discorreremos apenas sobre os processos de procriação medicamente assistida sexuada, inclusive porque a procriação assexuada com o fito de gerar seres humanos é vedada pelas legislações que regem a matéria.¹³⁰

2.2 Técnicas de procriação medicamente assistida.

As técnicas de procriação medicamente assistida hodiernamente mais utilizadas são: inseminação intrauterina (IIU); da transferência intratubária de gametas (GIFT); zigotos (ZIFT) e embriões (TEF); fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões para o útero (FIV) e da injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozoide (ICSI)¹³¹.

A inseminação intrauterina (IIU), anteriormente chamada de inseminação artificial, segundo Ângela Ribas, consiste na introdução de esperma nos órgãos genitais femininos sem ser por intermédio de cópula. Os espermatozoides, previamente recolhidos e congelados, são reaquecidos a 37°C e transferidos, por meio de uma cânula, para o interior do aparelho genital feminino (fundo do útero), onde se dá a fecundação.¹³²

Sobre o procedimento, explica Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz que na realização da inseminação artificial, primeiramente recolhem-se os espermatozoides do marido ou do companheiro ou de um dador, através da masturbação. Os espermatozoides, então, são analisados quanto à quantidade e mobilidade, separando-se os normais dos anormais. O esperma, então, é diluído em uma solução crio protetora composta por um glicerol misturado a frutose, antibióticos e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos de plásticos numerados, os quais estão prontos para

¹³⁰ O ordenamento jurídico português proíbe a clonagem reprodutiva humana, prevendo pena de prisão de um a cinco anos para quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA sexuada, e para quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões, como se verifica no art. 7º, nº1 e 36º, I, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho - Lei de Procriação Medicamente Assistida – LPMA.

¹³¹ A Lei portuguesa n.º 32/2006, no seu art. 2.º, elenca as seguintes técnicas para procriação medicamente assistida: inseminação artificial (IA), fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões para o útero (FIVETE), da transferência intratubária de gametas (GIFT), zigotos (ZIFT) ou embriões (TET); injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozóide (ICSI); Diagnóstico genético pré-implantação, além de outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. Observa-se que o rol legal é meramente exemplificativo. Nesse sentido, é o magistério de Jorge Duarte Pinheiro, *in verbis*: “Todavia, as alusões do art. 2.º da LPMA carecem de ser actualizadas, como decorre da Portaria n.º 273/2012, de 5 de Setembro. O diploma aprova uma tabela actualizada de preços para os tratamentos de PMA, no âmbito da ‘aplicação de um regime de financiamento por preço compreensivo, abrangendo todos os atos médicos associados aos vários tipos de tratamento de procriação medicamente assistida identificados pela Direção-Geral de Saúde e pela Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., com a colaboração de peritos da especialidade’, consequentemente, é ilustrativo do panorama português recente em matéria de técnicas de PMA. (PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação medicamente assistida**. p. 03).

¹³² RIBAS, Ângela Mara Piekarski – *Op. Cit.* 45º parág.

serem conservados em azoto líquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero; os capilares são colocados em botijões de estocagem cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente fixado em 20 anos.¹³³

Esclarece Helena Pereira de Melo¹³⁴ que o congelamento de ovócitos é, atualmente, tecnicamente insatisfatório, uma vez que só uma pequena percentagem de óvulos tratados se revela capaz de resistir aos procedimentos de congelação-descongelação atualmente disponível, pelo que a generalidade das equipas que realizam reprodução medicamente assistida optam por crio-conservar apenas espermatozoide e/ou embriões gerados *in vitro*.

A crio-conservação de espermatozoide, por sua vez, pode ser feita tendo em vista uma inseminação intrauterino casal, ou homóloga, quando os espermatozoides provêm do marido e inseminação intrauterina com recurso a dador, ou heteróloga, quando os gametas masculinos do casal não são viáveis e se recolhe a um dador de espermatozoide.¹³⁵

Explica ainda Helena Pereira de Melo que, na realidade, podem ter interesse nesta criopreservação os homens que estejam em risco de perder ou de ver muito reduzida a sua fertilidade, por força de doença (que, por exemplo, obrigue a tratamento de radioterapia ou a quimioterapia), ou por se submeterem a uma esterilização definitiva (realizarem uma vasectomia).¹³⁶

A transferência intratubária de gametas (GIFT), segundo José Emílio Medauar Ommati, consiste na captação dos óvulos da mulher, através de laparoscopia, e do esperma do homem, colocando-se ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparados, introduzindo-os em cada uma das trompas de Falópio, lugar onde se produz naturalmente a fertilização. Caso tudo transcorra normalmente, os espermatozoides penetram em um ou mais óvulos, formando-se o embrião que descerá dentro das trompas até o útero, de forma que a concepção se produzirá integralmente no corpo da mulher¹³⁷.

Segundo Fernando David de Melo Gonçalves, a aplicação desse procedimento possui dois grandes inconvenientes. A primeira desvantagem residiria na necessidade de

¹³³ CORREIA, Ana Cláudia Brandão de Barros – *Op. Cit.* p. 44.

¹³⁴ MELO, Helena Pereira de – *Op. Cit.* p. 167.

¹³⁵ *Idem – Ibidem.*

¹³⁶ *Idem – Op. Cit.* p. 168.

¹³⁷ OMMATI, José Emilio Medauar – *As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais.* 40º parag.

laparoscopia ou laparotomia, a qual exige a aplicação de anestesia geral na paciente. Além disso, não é possível precisar *ab initio* se houve ou não fertilização. Esse método seria, portanto, um procedimento de facilitação da fecundação¹³⁸

Por outro lado, ministra Marta Falcão e David Falcão¹³⁹ que a transferência intratubária de zigotos (ZIFT) ou inseminação extrauterina consiste na colocação dos gametas do casal em contato *in vitro* (em um tubo de laboratório) em condições apropriadas para a sua fusão, implantando-se os zigotos resultantes no útero da mulher. A TET (Transferência intratubária de embriões) diferencia-se da ZIFT apenas com relação ao que será implantado no útero da mulher: ao invés do(s) zigoto(s) decorrentes da fusão ocorrida dos gametas do casal *in vitro*, implanta-se o embrião.¹⁴⁰

A fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção citoplasmática de espermatozoide intra-ovocitária (ICSI) são hoje técnicas de rotina em medicina de reprodução, necessitando da disposição prévia de óvulos que serão obtidos mediante estimulação hormonal dos ovários e colhidos por punção ovárica (com uma pequena anestesia), tratando-se, como bem esclarece Miguel Oliveira da Silva, de um processo dispendioso, moroso e não isento de riscos para a mulher.¹⁴¹

A fertilização *in vitro* (FIV), anteriormente denominada FIVETE, consiste em colher óvulos de uma mulher fertilizando-os em uma placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora. Um óvulo maduro é extraído do ovário feminino e misturado, na proveta, ao sêmen do marido, companheiro ou doador, a fim de que se processe a fecundação. Uma vez fecundado, o óvulo é transferido novamente para o interior da mulher para que possa se desenvolver, sendo, por isso, conhecido como “bebe de proveta”¹⁴².

Explica Fernando David de Melo Gonçalves que para que seja feita a colheita dos óvulos, previamente há estímulo dos ovários da mulher, via injeções hormonais, a fim de desenvolver vários folículos (e, portanto, vários óvulos), ao invés de um só, o que faz aumentar, gradativamente, as chances de obtenção de, ao menos, um ovo fecundado externamente. Esclarece ainda o doutrinador que durante muito tempo a técnica de

¹³⁸GONÇALVES, Fernando David de Melo – **Novos Métodos de Reprodução Assistida e Consequências Jurídicas**. p. 21.

¹³⁹FALCÃO, Marta. FALCÃO, David – *Op. Cit.* p. 241.

¹⁴⁰Tradução nossa.

¹⁴¹SILVA, Miguel Oliveira da Silva – *Op. Cit.* p. 57.

¹⁴²CORREIA, Ana Cláudia Brandão de Barros – *Op. Cit.* p. 45.

aspiração dos óvulos em seus folículos era realizada com a ajuda de uma longa agulha e era necessária a intervenção cirúrgica (laparoscopia), sob anestesia geral. Entretanto, o procedimento cirúrgico atualmente não é mais necessário, bastando à mulher o comparecimento em ambulatório e, sob leve anestesia, com controle feito por ecografia, submeter-se à aspiração dos óvulos.¹⁴³

Por fim, explica Fernando David de Melo Gonçalves¹⁴⁴ que a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) consiste na imobilização mecânica do espermatozoide, via golpe com pipeta de injeção, o qual é, cuidadosamente, inserido no citoplasma do óvulo, sendo uma técnica auxiliar recomendada, muitas vezes, para o sucesso da FIV, constituindo método ideal quando a quantidade de espermatozoide na ejaculação do marido é nula ou reduzida.

Observa-se, portanto, que a ZIFT e a TET comportam uma etapa de inseminação *in vitro* de ovócitos semelhantes à da FIV, no entanto, a transferência dos produtos de concepção, realizada após um determinado período de permanência laboratorial, é feita para a trompa de Falópio e não para o útero. Por fim, o que separa a ZIFT da TET é aquilo que é objeto de transferência para o organismo materno: na ZIFT, zigotos, isto é, óvulos que já foram fertilizados mas que ainda não deram origem a embriões; na TET, embriões, o que aproxima, neste aspecto, tal técnica da FIV e da ICSI.

As técnicas de IIU e a GIFT são técnicas de procriação assistida *in vivo*, ou seja, a fecundação opera dentro do organismo materno; enquanto as demais técnicas são de fecundação *in vitro*, porque ocorridas fora do organismo materno.¹⁴⁵

Jorge Duarte Pinheiro esclarece, todavia, que “já não se fala de GIFT, ZIFT e TET. As técnicas de PMA presentemente utilizadas em Portugal resumem-se à IIU, à FIV e à ICSI”.¹⁴⁶

Registre-se ainda a existência do método denominado diagnóstico genético pré-implantação, pelo qual o genoma de um novo ser é submetido a análise após a realização da fecundação *in vitro*, antes da implantação do embrião que, geralmente, ocorre a partir do sétimo dia, após a fecundação.¹⁴⁷

¹⁴³ GONÇALVES, Fernando David de Melo – *Op. Cit.* p. 19.

¹⁴⁴ *Idem* – *Op. Cit.* p. 22.

¹⁴⁵ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação.** p. 658.

¹⁴⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito de família contemporâneo.** p. 212.

¹⁴⁷ WIDER, Roberto. **Reprodução assistida** – Aspectos do biodireito e da bioética. p. 14.

O diagnóstico genético pré-implantação - DGPI não tem por finalidade permitir a um casal infértil a possibilidade de procriar. Explica Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz que tal técnica tem por objetivo detectar nos embriões doenças genéticas ou cromossômicas severas, resultando daí a opção de descartar, isto é, não transferir para o útero aqueles tidos como “defeituosos”.¹⁴⁸

Sustenta Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz, a irrefutável importância do conhecimento de tais dados, a fim de resguardar o direito à vida e à saúde do filho e dos pais biológicos, no tocante a ter Ciência das doenças e males que acometem seus descendentes e poder tratá-las eficazmente.¹⁴⁹

Contrário a utilização de tal técnica, José de Oliveira Ascensão por sua vez, defende que está implícito que a finalidade do DGPI é a rejeição de embrião, na medida em que o objetivo do DGPI é indicado como sendo “a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da transferência para o útero da mulher, ou a detecção do sexo”, havendo risco elevado de transmissão de doença genética em razão de determinado sexo, destinando-os à “investigação científica”, se portadores de anomalia genética grave.¹⁵⁰

Igualmente, como as pesquisas na área da biomedicina não param de evoluir, Silvia da Cunha Fernandes¹⁵¹ pontua que outras técnicas de reprodução humana assistida já estão sendo testadas, dentre elas, a troca de citoplasma, a criação artificial de óvulos, o transplante de núcleo e o congelamento do tecido ovariano.

Explica Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz que através da troca citoplasmática retira-se parte do citoplasma do óvulo da mãe e substitui-se por citoplasma de um óvulo jovem de uma doadora para obter um óvulo rejuvenescido, pronto para ser fecundado. Com a criação artificial de óvulos, fabrica-se em laboratório um óvulo saudável através da transformação de uma célula qualquer do corpo em célula reprodutiva, substituindo-se o material genético do núcleo do óvulo natural doente pelos cromossomos de uma célula comum. O transplante de núcleo, por sua vez, é realizado através da retirada do núcleo do óvulo defeituoso, substituindo-o por um núcleo saudável proveniente do óvulo de uma doadora.¹⁵²

¹⁴⁸FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia – *Op. Cit.* p. 51

¹⁴⁹*Idem* – *Op. Cit.* p. 135.

¹⁵⁰ ASCENSÃO – José de Oliveira. **A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida.** p. 44.

¹⁵¹ FERNANDES, Silva da Cunha – **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica.** p. 49-50.

¹⁵² CORREIA, Ana Cláudia Brandão de Barros – *Op. Cit.* p. 53.

2.3 Procriação medicamente assistida homóloga e heteróloga.

Como já adiantado alhures, explica Jorge Duarte Pinheiro que a procriação medicamente assistida pode se dar de duas formas, conforme *in verbis*:

“a procriação medicamente assistida poderá se dar de forma homóloga ou heteróloga, em função do uso dos gametas. No primeiro caso a fecundação é realizada com espermatozoide de marido ou companheiro e com o ovócito da própria mulher, sem intervenção de terceira pessoa e; no segundo caso o espermatozoide ou ovócito, ou ambos, é fornecido por dador(a) estranho ao casal, seja por inexistência, insuficiência ou má qualidade do material genético”.¹⁵³

Esclarece Maria do Carmo Demasi Wanssa que

“a necessidade de um óvulo e de um espermatozoide viáveis é fator fundamental para que ocorra a fecundação. Portanto, neste processo, diante de distúrbios em que há ausência ou insuficiência de qualquer um ou de ambos os componentes necessários, a ciência, através do emprego da tecnologia de reprodução medicamente assistida, se propõe a resolver utilizando a chamada reprodução heteróloga. nestas são utilizados óvulos ou espermatozoides doados, provenientes de outros indivíduos.”¹⁵⁴

Esclarece Jorge Duarte Pinheiro que a procriação heteróloga classifica-se ainda em total ou parcial; “na primeira nenhum material genético é proveniente do casal, enquanto na segunda o material genético de pelo menos um dos membros do casal é utilizado”¹⁵⁵.

Jorge Duarte Pinheiro acresce ainda que a Doutora Silva da Cunha Fernandes¹⁵⁶ faz referência a uma terceira possibilidade dentro da procriação heteróloga, a procriação

¹⁵³ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação medicamente assistida**. p. 23.

¹⁵⁴ WANSSA, Maria do Carmo Demasi – **Inseminação artificial e anonimato do doador**. p. 03.

¹⁵⁵ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁵⁶ FERNANDES, Silva da Cunha *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte – **Ibidem**.

medicamento heteróloga bisseminal. “Nesse caso se empregaria material genético masculino de duas pessoas distintas, o marido ou companheiro e o dador ou dos parceiros homoafetivos masculinos, por exemplo”.

Como na procriação homóloga utiliza-se o próprio material genético do casal que pretende procriar, há boa aceitação por parte da sociedade, havendo atualmente pouca controvérsia. Lembra, porém, Luísa Neto¹⁵⁷ que não se deve deixar de recordar que a inseminação medicamente assistida, mesmo com espermatozoides do marido foi, durante muito tempo considerada como injúria grave, causa de divórcio.

O mesmo não ocorre com a procriação heteróloga, com relação à aceitação pela sociedade, que, por necessitar de material genético de terceiro diverso do casal que pretende procriar, causa maior perplexidade, encontrando resistência na área de direito de família e da bioética, além dos evidentes obstáculos sociais, morais e religiosos.

Nesse sentido, Luísa Neto afirma¹⁵⁸ que, segundo certos autores, a inseminação medicamente assistida com espermatozoides de dador de terceiro, deveria ser equiparada a um autêntico adultério – ginecológico -, cuja ilicitude não seria mesmo excluída pelo consentimento do marido.

Jorge Duarte Pinheiro pontua problemáticas específicas para cada tipo de reprodução assistida.

“no âmbito da reprodução homóloga, destacam-se problemáticas em torno da inseminação ou transferência de embriões após a morte do marido {...} e o destino dos embriões excedentários {...}. Já a reprodução heteróloga, além dessas dificuldades que também ocorrem na inseminação homóloga, desencadearia outras problemáticas, destacadamente, quanto à questão da filiação, da gratuidade da dádiva de gametas, do anonimato do dador e do uso da maternidade de substituição.”¹⁵⁹

Explica Maria do Carmo Demasi Wanssa, que hodiernamente as indicações médicas para utilização de espermatozoides doados em reprodução medicamente

¹⁵⁷NETO, Luísa – **A procriação medicamente assistida como forma de disposição sobre o próprio corpo**. p. 225.

¹⁵⁸NETO, Luísa – *Op. Cit.* p. 224.

¹⁵⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação Medicamente Assistida**. p. 25.

assistida, depois do advento da técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoide, na qual a coleta é feita no próprio interessado através de punção epididimal ou biópsia testicular, ficaram restritas aos casos em que estes procedimentos não são possíveis. Por sua vez, a doação de ovócitos é indicada na ausência ou disgenesias de ovários ou quando estes não respondem a estímulos hormonais, na incapacidade de fertilização dos ovócitos ou na contraindicação de coleta destas células.¹⁶⁰

A procriação heteróloga é proibida em alguns países como a Itália¹⁶¹, todavia, admitida como legal na Espanha¹⁶², França¹⁶³ e em Portugal¹⁶⁴.

No campo doutrinário ainda há doutrinadores que criticam a utilização da procriação heteróloga, sendo os seguintes os principais argumentos, segundo Jorge Duarte Pinheiro, citando Francisco Aguilar: 1) o princípio da dignidade da pessoa humana imporia o biologismo como elemento exclusivo de determinação de toda a filiação natural, impedindo a dação de gametas destinados à inseminação ou fertilização *in vitro* heteróloga¹⁶⁵; 2) a participação de terceiro estranho a relação conjugal quebraria a intimidade do casal, podendo atingir a harmonia daquela unidade familiar, bem como quebraria o vínculo genético que liga o filho a um ou ambos os genitores, gerando maiores dificuldades de aceitação por aqueles atrelados à filiação como uma condição biológica¹⁶⁶; e 3) a reprodução medicamente assistida heteróloga seria desnecessária, na medida em que a opção pela adoção além de solucionar o desejo da maternidade/paternidade do adotante, possibilitaria a resolução de um grave problema social, consistente na existência de crianças abandonadas em creches ou orfanatos.¹⁶⁷

Paula Martinho da Silva Marta Costa¹⁶⁸ comenta ainda que apesar de ser hoje uma prática comum nos países, ainda há dúvidas quanto à sua admissibilidade, pontuando mais dois argumentos encontrados na doutrina contrários a utilização da técnica de procriação medicamente assistida heteróloga. Primeiramente porque o recurso a dador não pode ser considerado um tratamento de infertilidade, pois o cônjuge infértil assim permanece após o nascimento da criança. Ademais, o recurso a dador contraria a unidade

¹⁶⁰WANSSA, Maria do Carmo Demasi– *Op. Cit.* p.03.

¹⁶¹ Como se observa no art. 4º, n.3, da Lei nº 40 de 19 de Fevereiro de 2004.

¹⁶² Cf. artigo 5.º da Ley 14/2006.

¹⁶³ Cf. artigo L1244-1 do Coded la Santé Publique.

¹⁶⁴ Como se nota na Lei 32 de 26 de Julho de 2006.

¹⁶⁵ AGUILAR, Francisco *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação medicamente assistida**. p. 42.

¹⁶⁶CAMPOS, Diogo Leite de - **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito**. p. 84.

¹⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Procriação assistida e direito**. p. 649.

¹⁶⁸ MARTA COSTA, Paula Martinho da – **A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)**. p. 77.

procriativa do casal, propondo-se, em alternativa, o recurso à adoção de uma criança já nascida.

No mesmo norte, Francisco Manuel Fonseca de Aguiar afirma que o direito de procriar deverá ser entendido como direito a ter filhos próprios (direito à descendência biológica direta) até porque a PMA com recurso a dador não constitui forma de suprimento da insuficiência fisiológica reprodutiva, logo, não se afirma como modalidade do direito a procriar, resultando a inexistência de um direito fundamental a PMA com recurso a dador e sua admissão legal será materialmente inconstitucional por violação do direito fundamental da família à proteção da sociedade e do Estado.¹⁶⁹

Salvador Massano Cardoso,¹⁷⁰ a partir de uma fundamentação religiosa, entende “ser as técnicas de procriação medicamente assistidas heterólogas moralmente inaceitáveis, porque dissociam o ato sexual do ato procriador”.¹⁷¹

¹⁶⁹ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de – *Op. Cit.* p. 672-673.

¹⁷⁰ CARDOSO, Salvador Massano - **PMA – PARA QUÊ, PARA QUEM, COM QUE CUSTOS?** As Leis da Interrupção Involuntária da Gravidez (IVG) e da Procriação Medicamente Assistida (PMA) – uma apreciação bioética. p. 13.

¹⁷¹ Helena Pereira de Melo esclarece que, no que concerne à Igreja Católica, na Instrução sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação, de 22 de Fevereiro de 1987, a Congregação para a Doutrina da Fé pronunciou-se “acerca da conformidade com os princípios da moral católica das técnicas biomédicas que consentem intervir na fase inicial da vida do ser humano e nos próprios processos de procriação. O princípio fundamental que coloca no centro da reflexão é o de que “o dom da vida que Deus Criador e Pai confiou ao homem, exige que este tome consciência do seu valor inestimável e assuma a responsabilidade do mesmo”. Considera igualmente que “nenhum biólogo ou médico pode razoavelmente pretender, por força da sua competência científica, decidir sobre a origem e o destino dos homens”. Recorda, ainda, que a tradição da Igreja reconhece “no matrimônio e na sua unidade indissolúvel o único lugar digno de uma procriação verdadeiramente responsável.” Em consequência do afirmado, a Congregação para a Doutrina da Fé apenas considera justificada do ponto de vista moral a inseminação intra uterina homologa quando “o meio técnico resulte não substitutivo do ato conjugal, mas se configure como uma facilitação e um auxílio para que aquele atinja a sua finalidade natural”. Se, pelo contrário, “a intervenção se substituir ao ato conjugal, ela é moralmente ilícita”. Com relação a Igreja Islâmica, esta baseia-se na doutrina teológica das leis naturais, segundo a qual o universo foi criado por Deus para o cumprimento de fins específicos e o princípio básico por que norteia os juízos de valor a emitir é o seguinte: se o Corão, Livro Sagrado das Leis que regulam toda a atividade do homem muçulmano, “não proíbe um ato como violação de uma lei divina, então tal ato deve ser permitido ou, no mínimo, não deve ser condenado”. A noção de tolerância é uma das noções fundamentais para o Islã, considerando que “Deus quer para o homem o que é fácil e não o sacrifício. Desse modo, a posição assumida pelos teólogos islâmicos é a do apoio, como regra geral, do progresso do conhecimento científico, defendendo que as técnicas de reprodução medicamente assistida devem “ser consideradas lícitas, a menos que violem um mandamento divino específico. Nesse ponto, a inseminação intra uterina heteróloga viola um mandamento divino específico, o que determina “tende um conhecimento da vossa genealogia que vos permita ser atentos aos laços de parentesco por sangue”. Já a Tradição Judaica defende que a Bíblia constitui “uma árvore da vida para quem nela se apóia” e que Criação não é perfeita – “o Todo Poderoso deixou coisas, talvez de propósito, para serem completadas pelo homem”, o qual “tem de trabalhar em sociedade com o Todo Poderoso a fim de aperfeiçoar a sua criação, evitando causar-lhe dano. Do mesmo modo que o homem é o centro da criação, também o é a sua vida, a sua saúde, o seu bem-estar e a sua dignidade. Assim, A inseminação intra-uterina heteróloga e a inseminação intra-uterinapost mortem são consideradas como sendo contrárias à dignidade do homem, contrárias à ordem que Deus deu ao homem quando o criou, lhe mostrou todas as árvores do Jardim do Éden e lhe disse: “Observa a sua beleza e como são maravilhosas. Sê cuidadoso, não estragues nem destruas o meu Mundo,

Jorge Pinheiro Duarte refuta todos os argumentos supramencionados, como se verifica, *in verbis*:

“Acontece que o argumento de que o dador pode destruir a relação do casal não pode ser considerado absoluto, pois nem em todos os casos o terceiro prejudica a relação familiar, sendo a interferência, por vezes positiva, visto que o próprio direito à procriação ao ser negado, àquele que não pode fazê-lo com gametas próprios, pode degradar uma união. Ter um filho é uma das mais antigas pretensões do ser humano, uma das que se manifestam de forma mais forte, e mesmo dolorosa quando frustrada, capaz até mesmo de pôr fim a um relacionamento entre um casal quando não alcançada. A interferência na vida familiar não é totalmente estranha ao direito, tanto que o ordenamento jurídico atual prevê diversos dispositivos em que o terceiro a interfere, para ilustrar, o art. 1839º, nº 3, do CC, que regulamenta a adoção singular do filho do cônjuge; o art. 1833º, do CC, que possibilita o filho de apenas um dos cônjuges viver no lar conjugal. O que se observa, de forma geral, é apenas a imposição do consentimento ‘como condição da biointerferência {...} E por último, (...) atualmente, não mais predomina o entendimento de que a filiação é decorrente do vínculo genético, sendo totalmente arbitrário o posicionamento daqueles que advogam em favor de uma relação filial apenas voltada para a identidade genética.”¹⁷²

Guilherme de Oliveira recorda que no início da discussão pública ninguém se aventurava-se a defender que a PMA podia ser um método alternativo para a procriação, facultado a todos, em qualquer caso, dependendo apenas da escolha dos interessados. “O estabelecimento claro do carácter subsidiário da PMA foi pacífico e foi pacificador na

porque se o estragares, não existirá ninguém depois de ti para o olhar”. (MELO, Helena Pereira de – *Op. Cit.* p. 174-178).

¹⁷¹ MELO, Helena Pereira de – *Op. Cit.* p. 174.

¹⁷² PINHEIRO, Jorge Duarte – *Procriação medicamente assistida*. p. 24-25.

medida em que acomodou as correntes mais contrárias à entrada da medicina na esfera íntima dos casais”¹⁷³.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, do ponto de vista ético, firmou posição no sentido de que seria mais adequado, em princípio, a utilização exclusiva de gametas do casal no âmbito das técnicas de PMA, e “excepcionalmente e por ponderadas razões estritamente médicas, quando esteja em causa a saúde reprodutiva do casal, poderá ser considerado o recurso a doação singular de gametas”.¹⁷⁴

Diogo Leite de Campos, parafraseando o Parecer n. 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (44/CNECV/04, de Julho de 2004, sobre a procriação medicamente assistida), apresenta com pressupostos para realização da procriação medicamente assistida heteróloga.

“As técnicas PMA não constituem procedimentos alternativos à reprodução natural, mas métodos terapêuticos subsidiários; devem ser utilizadas como auxiliares da concretização de um projecto parental, o que implica a consideração não só do desejo dos candidatos a pais, mas, sobretudo dos interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido através da PMA na assunção do princípio da vulnerabilidade que obriga ao cuidado e protecção do outro, frágil e perecível; deverão utilizar, em regra, exclusivamente os gametas do casal, respeitando-se assim a regra da não instrumentalização da vida humana decorrente do princípio da dignidade humana(...)”.¹⁷⁵

Ângela Ribas sustenta que em razão de aspectos éticos e para que a reprodução assistida continue a representar uma decisão de amor, deve existir necessidade de sua utilização, ou seja, a esterilidade, a fim de que tal procedimento não seja banalizado a ponto de ser o meio mais conveniente para escolher as características genéticas dos filhos¹⁷⁶.

¹⁷³ OLIVEIRA, Guilherme – **Restrições de Acesso à Parentalidade**. p. 13.

¹⁷⁴ Relatório sobre procriação medicamente assistida, do CNECV, de Julho de 2004, pags.36-37, e o Parecer 44/CNECV/04, da mesma data.

¹⁷⁵CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação assistida heteróloga e o anonimato do dador – ou a onnipotência do sujeito**. p. 61-62.

¹⁷⁶ RIBAS, Ângela Mara Piekarski – *Op. Cit.* 16º parag.

O Tribunal Constitucional Português entendeu constitucional a procriação heteróloga como delineada na lei, ou seja, de forma subsidiária, como se verifica em trecho do acórdão n.º 101/2009¹⁷⁷, abaixo transcrito:

“Deve todavia desde já adiantar-se que a lei consagra, como decorre de diversas das suas disposições, um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva de espermatozóides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médicos-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários (artigo 10º, n.º 1). E do mesmo modo, a inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar (art. 19º, n.º 1). O que é também aplicável na fertilização *in vitro* com recurso a sémen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como seja a injeção intracitoplasmática de espermatozoide ou a transferência de embriões, gametas ou zigotos (artigos 27º e 47º). Nesta perspectiva, o legislador acaba por privilegiar a correspondência entre a progenitura social e progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador.”¹⁷⁸

Disse ainda o Tribunal Constitucional Português, no mesmo julgamento que

“Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família.

¹⁷⁷CADILHA, Carlos Fernandes relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 101.

¹⁷⁸ *Idem - Ibidem.*

{...}

E sendo assim, não serão as técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização *in vitro* com gametas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos disposto no artigo 7º da Lei nº 32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo nº3 do artigo 26º da Constituição. Desse modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga.”¹⁷⁹

Ensina também Jorge Duarte Pinheiro que a admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita dois problemas: “o da contrapartida econômica da dação de esperma, ovócitos ou embriões, e o anonimato do dador”¹⁸⁰.

Registre-se, apesar de não ser tema a ser discorrido nesse estudo, que a lei que regula a procriação medicamente assistida, vedou expressamente a compra e venda de material genético, seja feminino ou masculino, proibindo, portanto, a existência de contrapartida econômica da dação de esperma, ovócitos ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA¹⁸¹

Com relação ao anonimato do dador estabeleceu a LPMA a regra do anonimato, porém de forma mitigada, pois previu duas exceções a regra geral, consistentes na possibilidade de quebra do anonimato por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial e para que seja possível obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projeto de casamento, mantendo-se, todavia, na segunda possibilidade, a confidencialidade acerca do conhecimento do dador, exceto se este expressamente o permitir¹⁸².

Noutro giro, observa-se que esta matéria (anonimato dos dadores) sofreu uma nítida evolução ao longo dos anos em Portugal.

¹⁷⁹ *Idem - Ibidem.*

¹⁸⁰ PINHEIRO, Jorge Pinheiro - **O direito de família contemporâneo**. p. 228.

¹⁸¹ Como se observa no art. 18º da LPMA.

¹⁸² Como se verifica do art. 15.º da LPMA.

Luís Archer relata que o Projeto 87¹⁸³ preconizava a concepção tradicional do anonimato, nos seguintes termos:

“Em nenhum caso se permitia a revelação da identidade dos dadores e dos beneficiários. Apenas se reconhecia ao filho, depois da maioridade, o direito a saber o modo da sua concepção e até, havendo sérias razões de natureza médica, as características genéticas dos dadores (art. 24.º). Mas nunca a sua identidade. Uma das razões a favor do anonimato do dador era a de que ele minimiza a intervenção do terceiro na relação conjugal. (...). Outra razão a favor do anonimato era a de que ‘em termos práticos, a inseminação artificial heteróloga não seria viável, por falta de dadores, se a lei permitisse que fosse revelada a identidade destes. (...). Quanto ao direito do filho ao conhecimento da sua ascendência biológica, que constitui uma das manifestações do direito à identidade pessoal (art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República, entendeu a Comissão que este direito, como outros, não é absoluto, admitindo, portanto, restrições. Não se mencionou, no entanto, quais os direitos em conflito com o direito à identidade que justificariam a limitação deste último”¹⁸⁴

Já o Projeto 95¹⁸⁵, segundo Luís Archer, teria adotado uma linha mais moderna e prescrito que

“as pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gametas ou embriões poderiam, por razões médicas devidamente comprovadas, obter do centro as informações que lhes digam respeito, incluindo a

¹⁸³Projecto de Utilização de Técnicas de Procriação Assistida, elaborado pela “Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias”. Este Projecto não teve seguimento, mas foi publicado no Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Publicação n.º 1, 1990.

¹⁸⁴ARCHER, Luís – **Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999**, p. 28-29.

¹⁸⁵Projecto de Proposta de Lei que visa regular as técnicas de procriação medicamente assistida. Este projeto também não teve seguimento.

identidade do dador e, ao alcançar a maioridade, independentemente de razões médicas, poderiam obter as mesmas informações”.¹⁸⁶

Registre-se ainda que, de uma forma geral, as legislações permissivas da utilização da técnica de procriação assistida heteróloga, afastam do dador de gametas a progenitura da criança a nascer, reconhecendo o vínculo de filiação com àquele(s) que tinha(m) o projeto parental.¹⁸⁷

Defende Paula Matinho da Silva Marta Costa¹⁸⁸ que o afastamento do dador de gametas como progenitor da criança a nascer é um pressuposto importantíssimo em prol da estabilidade não só dos beneficiários da técnica como da criança assim nascida, assumindo o casal beneficiário perante a lei a condição de progenitores da criança bem como todos os direitos e deveres decorrentes do estabelecimento da filiação, que decorre do projeto parental como o objetivo primordial do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida.

2.4 Princípios Fundamentais aplicáveis a Procriação Medicamente Assistida

No campo da procriação medicamente assistida, o primeiro princípio fundamental a ser aplicável é o princípio da dignidade humana, por constituir o princípio dos princípios.

A dignidade da pessoa humana não surge constitucionalmente consagrada como um de entre vários outros princípios constitucionais, mas como base em que se assenta a República, o que, mesmo sem ter um significado preciso e imediatamente apreensível, há de ter, para a afirmação constituinte ser levada a sério, consequências normativas relevantes e correspondentes ao lugar especial que lhe foi reservado na Constituição constituindo, portanto, base ou alicerce em que assenta todo o edifício constitucional e, portanto, é de algum modo constitucionalmente reconhecido como princípio dos princípios.¹⁸⁹

¹⁸⁶ ARCHER, Luís – *Ibidem*.

¹⁸⁷ Nesse sentido a legislação portuguesa que rege a procriação medicamente assistida, como se verifica do art.10, item 2, da Lei 32/2006, *in verbis*: “Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer” e no art. 20, item 1, da referida lei: “Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa (...)”

¹⁸⁸ MARTA COSTA, Paula Matinho da – *Op. Cit.* p. 74.

¹⁸⁹NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol. I. p. 19-20.

Nas lições de Jorge Reis Novais¹⁹⁰, o princípio da dignidade da pessoa humana, só pela sua qualidade de princípio constitucional estruturante, portanto, só pela sua qualidade de princípio que vincula diretamente toda a atuação dos poderes públicos já deveria ser considerado como princípio absoluto, ou seja, princípio que vincula sempre, que não cede perante a pretensa maior força de outros princípios, valores ou interesses, nada diferindo de outros princípios constitucionais estruturantes como, entre outros, os princípios da igualdade ou da proporcionalidade.

O conceito de dignidade herdado dos estoicos e também alvo de uma evolução sociológica e antropológica tem sua definição filosófica em Kant, como sendo “aquilo que não tem preço, não tem equivalente nem substituto”.¹⁹¹

No dizer de Miguel de Oliveira da Silva,

“Somos dignos quando nada há em troca do nosso comportamento. As coisas são venais, terão preço, as pessoas (dignas) não. Pelo contrário, o que está acima de qualquer preço e que, por consequência, não admite qualquer equivalente nem valor relativo, mas sim valor íntimo, é aquilo que tem dignidade.”¹⁹²

Por dignidade da pessoa humana, Débora Gozzo, citando Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que

“é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar sua participação ativa e corresponsável nos

¹⁹⁰NOVAIS, Jorge – **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. II. p. 159.

¹⁹¹ KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 77.

¹⁹² SILVA, Miguel Oliveira da – **Op. Cit.** p. 71.

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹⁹³

Pontifica Paulo Lobo que a dignidade é tudo que não tem preço, segundo conhecida e sempre atual formulação de Immanuel Kant que procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca.

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.”¹⁹⁴

O princípio da dignidade humana impõe limites à atuação do Estado de modo que o poder público não pode praticar atos que a violem e deve ter como meta a promoção de uma vida digna para todas as pessoas. Por outro lado, impõe também limites nas relações entre os particulares, coibindo comportamentos inter-relacionais que violem a dignidade.¹⁹⁵

Leciona Ingo Sarlet que o princípio da dignidade humana vincula também o âmbito das relações entre os particulares. Tal constatação decorre de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.¹⁹⁶

Esclareça-se, a partir das lições de Jorge Reis Novais, que a sua atual configuração de princípio jurídico-constitucional em que se assenta o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana só viria a ser verdadeiramente acolhida no segundo pós-guerra, através do impulso dado pelas Nações Unidas em 1945 e 1948, através da Carta

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang *apud* GOZZO, Débora – **Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade**. p. 219-220.

¹⁹⁴ KANT *apud* LOBO, Paulo Luiz Netto – **Danos Morais e direitos de personalidade**. p. 354.

¹⁹⁵ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – *Op. Cit.* p.37.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. p. 119-120.

das Nações Unidas¹⁹⁷ e na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁹⁸, como resultado da tomada de consciência humanitária que se seguiu às experiências autocráticas anteriores e às tragédias que elas provocaram.

“A dignidade da pessoa humana adquiriu, a partir daí, uma vocação de referência e princípio universal da comunidade internacional e das sociedades democráticas, posteriormente bem patente na sucessiva reprodução nos vários textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e particularmente nas convenções internacionais nos domínios da bioética e da biomedicina.”¹⁹⁹

A base de toda a bioética, portanto, é a garantia constitucional da dignidade humana e, por conseguinte, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador de qualquer legislação que venha a surgir sobre reprodução humana assistida e como limite à atuação do profissional que atua no processo.²⁰⁰

A dignidade da pessoa humana, portanto, é critério e limite da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.²⁰¹

A dignidade humana pode ser analisada, segundo Daniel Serrão, sob três níveis: filosófico, biológico e psicológico.

“No aspecto filosófico, a dignidade humana seria o reconhecimento de um valor, constituindo um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio, estando, portanto, baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações da racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio,

¹⁹⁷ Veja-se, assim o preâmbulo da Carta das Nações Unidas: “Nós, os povos das Nações Unidas, decididos a: (...) reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, (...)”.

¹⁹⁸ Observe o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo (...)”.

¹⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol. I. p. 50.51.

²⁰⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – *Op. Cit.* p. 38.

²⁰¹ NETO, Luísa – *Op. Cit.* p. 224.

exigindo-se, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa. Sob a perspectiva biológica, a dignidade humana, conceito abstrato, seria expressa através do corpo humano como suporte de cada existência individual concreta. Mas a dignidade é-lhe anterior e não é o corpo biológico que constitui a sua justificação causal e determinante. A reflexão psicológica olha a dignidade humana como uma descoberta que acontece na autoconsciência individual. A revelação a cada um, do eu - próprio, do eu oposto aos outros e ao mundo, seria o suporte psicológico essencial ao reconhecimento da dignidade humana no plano subjetivo”²⁰²

Explica o renomado jurista que a moderna ciência assegura que, uma vez constituído um novo patrimônio genético, resultante da conjugação do espermatozoide humano com o ovócito humano, está constituído um novo ser vivo da espécie humana, único, irrepetível e insubstituível²⁰³

Afirma ainda o renomado jurista que a dignidade é atribuída a esse ser humano unicelular não pelo que ele é no momento em que foi biologicamente constituído, mas pelo programa de desenvolvimento que nele está inscrito e lhe pertence. Por isso se afirma que o zigoto humano tem direito absoluto à vida e ao desenvolvimento no respeito pela sua dignidade intrínseca: dignidade que é intrínseca porque está no seu programa genético e não porque os outros seres humanos, nomeadamente os legisladores, lhes atribuem.²⁰⁴

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana na procriação medicamente assistida, Jorge Duarte Pinheiro assim se manifesta

“O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que

²⁰² SERRÃO, Daniel - **A dignidade humana no mundo pós-moderno**. p. 194-195.

²⁰³ Idem – *Op. Cit.* p. 195

²⁰⁴ No mesmo sentido, M. Padrão Neves entende o ser humano como todo indivíduo, substância única e indivisível, da espécie humana e adotando a posição da biologia, afirma que há uma nova vida humana desde a junção das duas células, masculina e feminina, e que a passagem da vida humana para a vida individualizada é um dever contínuo e que o embrião, como mais tarde o adulto, são um único e mesmos ser que se constitui, como ser singular, no processo de individualização. (NEVES, M. Patrão. **O começo da vida humana**. p. 178).

o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada ‘em termos de salvaguarda a dignidade da pessoa humana. {...} O princípio da dignidade da pessoa humana, que é, aliás, o princípio fundador da nossa ordem jurídica, como decorre do art. 1.º da CRP, volta a ser invocado no art. 26.º, n.º 3, da CRP, no qual se estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal do ser humano, notadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. Deste princípio, referido também na LPMA, decorre que a pessoa deve ser tratada como pessoa, como um fim em si mesmo; que à pessoa deve ser reconhecida autonomia, autodeterminação; que o ser humano não deve ser coisificado, instrumentalizado nem comercializado.”²⁰⁵

O Tribunal Constitucional Português, no acórdão nº 101/2009, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida, se manifestou nos seguintes termos:

“A única referência expressa da Constituição da República Portuguesa à procriação medicamente assistida consta no artigo 67º, nº 2, alínea e), que determina incumbe ao Estado {...} regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada ‘em termos de salvaguarda a dignidade da pessoa humana. {...}Ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67º, nº2, alínea e), da Constituição da República pretende, por conseguinte, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais directamente poderão estar em causa por efeito à integridade física e moral (artigo 25º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade

²⁰⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito de família contemporâneo**. p. 216.

e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º), o direito a constituir família (artigo 36º), e, ainda, o direito à saúde (artigo 64º). Sem ignorar, nesse plano, que no universo subjectivo de proteção da norma estão não apenas os beneficiários e as pessoas envolvidas como participantes no processo, mas também as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.”²⁰⁶

Outros princípios fundamentais do sistema jurídico aplicáveis a procriação medicamente assistida são, sobretudo, os princípios fundamentais relacionados ao direito de personalidade e ao direito de família.

Este é o magistério de Jorge Duarte Pinheiro²⁰⁷, para quem os princípios fundamentais do sistema jurídico aplicáveis à procriação medicamente assistida são, sobretudo, princípios do Direito da Personalidade e do Direito da Família, expressamente constitucionalizados ou não.

Com relação aos princípios fundamentais relacionados ao direito de personalidade, já foi objeto de estudo no primeiro capítulo desse trabalho, cabendo nesse tópico ressaltar apenas o princípio da autonomia privada.

Carlos Alberto Mota Pinto leciona que a autonomia privada é um princípio transversal e basilar de todo o direito civil, o qual “se encontra directamente ao serviço da pessoa na sua vida com as outras pessoas, visando precisamente assegurar a autonomia e a realização da personalidade”.²⁰⁸

A autonomia privada significa, assim, a regra geral de liberdade de ação que é reconhecida ao ser humano; liberdade de decisão e condução da sua vida pelo exercício da sua própria vontade em todos os aspectos, podendo regulá-los livremente e estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.²⁰⁹

Por outro lado, ponderam Marta Costa e Catarina Saraiva Lima²¹⁰ que esta autonomia não existe “todo-poderosa” e sem limites, mas é temperada com limites determinados – “as excepções que sempre confirmam a regra”. Nesse sentido, lecionam que:

²⁰⁶ CADILHA, Carlos Fernandes relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 101.

²⁰⁷ PINHEIRO – Jorge Duarte – **O direito de família contemporâneo**. p. 212.

²⁰⁸ PINTO, Carlos Alberto Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. p. 42.

²⁰⁹ COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – **Op. Cit.** p. 252.

²¹⁰ *Idem* – **Ibidem**.

“O Código Civil reconhece isto mesmo, ao estabelecer que os indivíduos têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, criar e celebrar contratos diferentes daqueles legalmente previstos ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver, desde que dentro dos limites da lei (artigos 398º e 405º). Um limite fundamental ao princípio da liberdade contratual, corolário da autonomia privada, encontra-se consagrado no número 2 do artigo 280º do Código Civil, nos termos do qual os negócios contrários à ordem pública ou aos bons costumes são nulos.”²¹¹

Quanto ao princípio fundamental relacionado ao direito de família, Diogo Leite de Campos afirma que o Direito da família, aqui compreendido o direito de filiação e da procriação “sofreu uma evolução muito profunda a partir dos anos sessenta, sobretudo pela recepção dos direitos da personalidade, no entendimento que lhes foi dado e ainda hoje é mantido”.²¹²

Guilherme Nogueira Gama também reconhece que o direito de família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área de reprodução humana, mormente envolvendo as fontes de paternidade, maternidade e filiação, e defende que todas essas transformações permitiram a ocorrência de um importante fenômeno denominado desbiologização, ou seja, a substituição do elemento carnal pelo elemento sociológico ou psicológico²¹³.

Por outro lado, como bem colocado por Jorge Duarte Pinheiro,

“o Direito de Família é especialmente permeável à realidade social e às posições ideológicas *lato sensu*, incluindo visões políticas, religiosas ou concepções de vida laicas e apolíticas, o que nos obriga a enxergar a família a partir de uma visão pluralista, admitindo a relevância de diferentes ordens de dever-ser social, dentro de certos

²¹¹COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – **A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade**. p. 252

²¹²CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós. Estudo sobre os direitos da pessoa**. p. 76.

²¹³GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Gama – **Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. p. 124.

limites que são normalmente definidos pelo pensamento da maioria”.²¹⁴

O direito de constituir família, previsto no art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, segundo Guilherme Oliveira, assegura que a família possa ser constituída em condições de plena igualdade, abarcando o direito de procriar e o direito de constituir um vínculo de filiação.²¹⁵

Ressalte-se, todavia, que o direito a procriação não é absoluto.

Jorge Duarte Pinheiro advoga que o princípio do superior interesse da criança domina o Direito de Filiação e, conseqüentemente, se o direito de procriar confere ao seu titular liberdade de procriar e não procriar, a liberdade de procriar está limitada pelo interesse da futura criança.²¹⁶

Sustenta ainda o ilustre jurista que o direito de procriar em sentido estrito está sujeito a limites intrínsecos e a limites extrínsecos, sendo que os limites intrínsecos correspondentes ao fim do direito, que não é meramente egoísta nem imediatista.

“O direito de procriar seria concedido para a constituição de um grupo familiar, composto por filho e progenitor; neste grupo, o interesse mais ponderoso é o da criança, como decorre da Constituição da República Portuguesa e da legislação ordinária de Direito de Família.”²¹⁷

Conclui, portanto, que o direito de procriar não implica o “direito de ter uma criança”.²¹⁸

Neste sentido decidiu o Tribunal Constitucional Português:

“Se é certo que a realização dos projetos a ter filhos cabe nas faculdades inseridas no direito ao desenvolvimento da personalidade, não pode desconhecer-se que esse direito se realiza mediante a geração de uma pessoa e que é intolerável que a proteção

²¹⁴PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito de Família Contemporâneo**. p. 53.

²¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme – **Aspectos jurídicos da procriação assistida**. p.768.

²¹⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação medicamente assistida**. p. 23.

²¹⁷ *Idem – Ibidem.*

²¹⁸ *Idem – Ibidem.*

dos direitos da pessoa nascida esteja avassalada aos direitos de quem decidiu que ela havia de nascer.”²¹⁹

Diogo Leite de Campos adverte-nos de que devemos ter cuidado com “o atomismo individualista ou coletivista, que nada mais são do que justificações particularmente eficazes do desejo de onipotência, permitindo que um ser humano não veja limites à sua vontade de onipotência sobre si mesmo e os outros” (“o home que queria ser rei”). Em seguida, rejeita que alguém possa ter poder sobre outrem. Ou antes: o único “poder” que se pode ter “sobre” os outros é o de os rejeitos que possa haver poder sobre um ser humano. Para o Ilustre doutrinador português, “a onipotência da vontade pode ser entendida como um poder absoluto, ilimitado, não necessitado de justificação e de impossível justificação”.²²⁰

Noutro giro, não se pode perder de vista que o princípio do superior interesse da criança impele o Estado a tutela da criança. Nesse sentido, Diogo Leite de Campos afirma que

“A proteção a infância e a salvaguarda do princípio do superior interesse da criança constituem valores elevados a nível internacional e da União Europeia, sendo diversos os instrumentos que consagram direitos das crianças e obrigações estatais para garantir a sua proteção e a proteção do seu superior interesse.”²²¹

Com efeito, com relação à questão do anonimato do dador na procriação medicamente assistida heteróloga, não se pode deixar de conferir especial atenção ao princípio do superior interesse da criança, também consagrado na Constituição da República Portuguesa que estatui que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vistas ao seu desenvolvimento integral”.²²² Outrossim, não se pode olvidar que a criança, enquanto pessoa, tem direito individual ao livre desenvolvimento da sua personalidade, que integra o direito, liberdades e garantias esculpidos no art. 26º da CRP.

²¹⁹ CADILHA, Carlos Fernandes relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 101.

²²⁰ CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós. Estudo sobre o Direito das pessoas**. p. 90-91.

²²¹ *Idem – Ibidem.*

²²² Art. 69º, da CRP.

Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que a partir das dimensões fundantes da dignidade da pessoa da criança e do desenvolvimento da personalidade, colocarão os interesses da criança como parâmetro material básico de qualquer política de proteção de crianças e jovens. Acrescentam ainda, a este propósito:

“A noção de desenvolvimento integral (da criança) – que deve ser aproximada da noção de desenvolvimento da personalidade – assenta em dois pressupostos: por um lado, a garantia da dignidade da pessoa humana (crf. Art. 1º), elemento estático, mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento; por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formação, elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades.”²²³

Esclarece Marta Costa e Catarina Saraiva Lima que o princípio do superior interesse da criança é perfilhado como princípio geral na maior parte dos Estados europeus, representando outro dos eventos que mais notoriamente contribuiu para fortalecer a discussão da harmonização no seio do direito de família, trazendo para a ribalta outro ponto de convergência jurídica.²²⁴

Apesar de ter conceito indeterminado e sem definição legal, o princípio do interesse superior da criança pode ser encontrado em diversos instrumentos e diplomas que o elevam a princípio importantíssimo, cabendo a doutrina e jurisprudência conceituá-lo.²²⁵

Para as doutrinadoras Marta Costa e Catarina Saraiva Lima²²⁶, o princípio do superior interesse da criança significa que, todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse, o qual deve ser especialmente considerado em relação aos demais e devendo o Estado garantir à criança cuidados

²²³ CANOTILHO, J.J.Gomes. MOREIRA, Vital – *Op. Cit.* p.

²²⁴ COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – *Op. Cit.* p. 276.

²²⁵ A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1959, dispõe: “A criança gozará de proteção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através de lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Princípio 2º: Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental. Também a Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, o prevê, literalmente e expressamente, na maioria dos seus artigos.

²²⁶ COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – *Op. Cit.* p. 276

adequados quando os pais, ou outras pessoas responsáveis por ela não tenham capacidade para o fazer.²²⁷

José de Melo Alexandrino, por sua vez, informa que

“o superior interesse da criança é, assim, um princípio jurídico-formal que atua como critério orientador, um standard hermenêutico, ou seja, um parâmetro auxiliar na concretização; uma pauta para conformação do ordenamento jurídico pelo legislador. Uma pauta obrigatória na resolução de casos concretos.”²²⁸

Há ainda na doutrina autores que citam como princípios fundamentais atinentes à PMA o princípio à igualdade, bem como ao direito à identidade pessoal e à garantia da identidade genética do ser humano.

Nesse sentido é doutrina de Jorge Duarte Pinheiro, para quem o princípio geral da igualdade (art. 13.º, n.º 1, da CRP) obsta à discriminação com base no fato de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA, enquanto o direito à identidade pessoal é reconhecido pelo art. 26.º, n.º 1, da CRP. Já a garantia da identidade genética dos ser humano, especialmente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica, viria assegurada no n.º 3 do mesmo artigo.²²⁹

Há, portanto, para o ilustre doutrinador um direito à identidade pessoal e à identidade genética, de que necessariamente beneficia aquele que nasce na sequência do uso de uma técnica de PMA.

²²⁷ Nesse mesmo sentido é o V. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08.07.2008 (proc. N.º 5895/2008-1), *in verbis*: “Não existe uma definição legal de superior interesse do menor, mas o mesmo tem de ser entendido em termos suficientes amplos de modo a abranger tudo o que envolva os legítimos anseios, realizações e necessidades daquele e nos mais variados aspectos: físico, intelectual, moral, religioso e social”. (GONÇALVES, Rosário relat. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com o número 58952008-1).

²²⁸ ALEXANDRINO, José de Melo – **Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária**. p. 278.

²²⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito de família contemporâneo**. p. 218.

3 TÉCNICA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE

Como discurrido alhures, os bens de personalidade pela sua especial natureza e dignidade são muitas vezes consagrados também na Constituição, sendo-lhes atribuído status de direito fundamental, e gozando, portanto, de proteção especial, constituindo direitos de personalidade fundamentais, erigindo-se a verdadeiros princípios fundamentais.²³⁰

É o caso dos direitos de personalidade envolvidos na procriação medicamente assistida heteróloga: direito fundamental a identidade pessoal e genética e direito à intimidade.

Hoje em dia, portanto, a prevalência está dada aos direitos fundamentais e a questão põe-se entre o Estado e os direitos individuais dos cidadãos, no sentido de se saber até que ponto as leis e os tribunais podem limitar os direitos fundamentais dos cidadãos,²³¹ na medida em que toda norma jurídica criada pelo legislador deve estar em conformidade com sistema jurídico, o que significa dizer que deve estar fundada nos princípios fundamentais delineados na Constituição.

Os direitos fundamentais são assim considerados por serem considerados como inerentes à condição humana²³².

Conforme ministério de Vidal Serrano Nunes Júnior, direitos fundamentais podem ser compreendidos como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece. Eles têm por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).²³³

A relevância dos princípios fundamentais do direito, que é patente, não se esgota nos domínios da validade constitucional, da interpretação e da integração da lei e até que ponto o Estado pode limitar os direitos fundamentais dos cidadãos. Esses princípios

²³⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de - *Op. Cit.* p. 582.

²³¹ OLIVEIRA, Guilherme – **Restrições de Acesso à Parentalidade.** p. 6.

²³² CARDOSO, Diego Brito – **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy.** p. 139.

²³³ NUNES JUNIOR, Vital Serrado – **A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais.** p. 15.

condicionam também a validade, a interpretação e integração dos atos, negócios e contratos, eis que o exercício da autonomia privada está balizado pelos princípios fundamentais de direito.²³⁴

3.1 Distinção entre normas, regras e princípios.

Inicialmente se faz necessário distinguir essas categorias jurídicas: norma, regra e princípio.

Leciona Canotilho que a teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios.²³⁵ Todavia, hodiernamente, abandonou-se essa distinção para, em sua substituição, compreender que “as regras e princípios são duas espécies de normas e que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.²³⁶

Esse fenômeno se deu, segundo Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz, principalmente porque os princípios saíram da seara exclusivamente privatistas e ingressaram nos domínios das Constituições, onde constituem a base dos sistemas normativos.²³⁷

Para Joana Carvalho é de fundamental importância essa distinção, constituindo o início da fundamentação jus fundamental e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, que pode ser realizada sob duas concepções, quais sejam: a concepção de que há uma distinção lógica e qualitativa entre princípios e regras, como normas jurídicas que apresentam uma distinção estrutural denominada concepção forte dos princípios e uma outra, denominada de concepção débil dos princípios, que considera não existir uma distinção clara entre princípios e regras.²³⁸

²³⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação medicamente assistida**. p. 24-25

²³⁵ Na fase jusnaturalista, os princípios eram situados numa esfera de normatividade praticamente nula, apesar do reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa inspiradora dos postulados de justiça. Já na fase positivista, os princípios, apesar de ingressarem nos novos códigos, ainda eram concebidos apenas como informadores do direito positivo. Apesar de serem extraídos da lei, eram vistos como pautas programáticas supraleais. (BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. p. 232 - 235). Com o advento do pós-positivismo os princípios passam a ter normatividade reconhecida, apesar de ainda serem contrapostos às normas, como se fossem espécies distintas. Por outro lado, muitos ainda insistem em negar aos princípios o caráter normativo. (FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia – *Op. Cit.* p. 142). Karl Larenz, por exemplo, afirma que os princípios, mesmo servindo de base para o nascimento das regras, carecem de positividade, constituindo apenas pensamentos diretores que possibilitam a interpretação e o desenvolvimento de uma regulação determinada por eles (função positiva) e que excluem normas cujos valores lhes sejam contrários (função negativa). (LARENZ, Karl - **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. p. 54).

²³⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1160.

²³⁷FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia – *Op. Cit.* p. 143.

²³⁸CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – **Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. p. 38-39.

Tradicionalmente as normas jurídicas são, a partir do conceito desenvolvido por Kelsen, mandamentos imperativos, mas também, permissões e atribuições de poder ou competência, possuindo uma estrutura lógica que se caracteriza pela conexão entre situações hipotéticas (fatos tipos) e determinadas consequências juridicamente prescritas, ou seja, pressuposto de fato e consequência (estatuição).²³⁹

Os princípios também possuem um pressuposto de fato, hábil a caracterizá-lo como norma jurídica, porém possuem uma série indeterminada e homogênea de hipóteses, diferentemente do que ocorrer com as regras. No que tange ao elemento consequência, (estatuição), também pode o mesmo ser vislumbrado nos princípios.

São identificadas por Joana Carvalho duas teorias que explicam os princípios: a primeira delas, defendida por Del Vecchio e Bobbio, identifica-os como normas gerais ou generalíssimas de um sistema, compreendendo os princípios jurídicos como frutos de processos de generalização operada pela Ciência do Direito, tendo o primeiro doutrinador citado, acentuado que os princípios gerais são descobertos por meio da generalização crescente de outras normas do ordenamento jurídico. Já Bobbio assegurou que os princípios gerais do Direito são tão-somente “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema”.²⁴⁰ A segunda teoria que tenta explicar os princípios jurídicos, atualmente mais aceita, é a defendida por Alexy,²⁴¹ que ensina que os princípios jurídicos não se aplicam integral e plenamente em qualquer situação, isto porque, antes de tudo, são “mandados de otimização”.²⁴²

Quando se pretende diferenciar regras de princípios, não se pode olvidar a contribuição de Dworkin acerca do assunto. Para o ilustre jusfilósofo, dois são os critérios que permitem apartar os princípios das regras. O primeiro deles é de ordem lógica: as regras são aplicadas de forma disjuntiva, ou seja: ocorrendo a hipótese de incidência e sendo a norma válida, a consequência jurídica deve necessariamente ocorrer. Os

²³⁹KELSEN, Hans – **Teoria Geral das Normas**. p. 201.

²⁴⁰Ainda segundo Joana Carvalho, essa primeira tese dificilmente é sustentada, pois, conforme Kelsen, o sistema jurídico é dinâmico, não sendo possível deduzir de conteúdos mais gerais outros teores normativos particulares. (CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – *Op. Cit.* p. 39).

²⁴¹ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 69.

²⁴²Crítico à teoria dos princípios de Alexy, Lênio Streck assevera que a distinção entre regras e princípios ignora o que ele chama de dupla estrutura da linguagem, isto é, a existência de uma estrutura na qual nos movemos logicamente e a outra (sempre difícil de explicar) na qual habita o universo da pré-compreensão. Ao proceder “como se as regras estivessem ligadas à subsunção () e os princípios () às teorias argumentativas, entende que Alexy está produzindo uma distinção metafísica que ignora as limitações do processo de atribuição de sentido decorrente das pré-compreensões e da antecipação de sentido que todos estão submetidos. (STRECK, Lênio – **Verdade e consenso**. p.197).

princípios, por seu turno, não são automaticamente aplicados, comportando inúmeras exceções não previstas pela própria norma.²⁴³

Para explicar sua teoria, Dworkin cita um caso (*Riggs v. Palmer*) julgado pela Suprema Corte americana em que o neto havia assassinado o avô para receber parte da herança que lhe foi deixada por testamento. A Suprema Corte decidiu que o neto não teria direito à herança justificando sua decisão pelo princípio de que ninguém pode se beneficiar do próprio delito.²⁴⁴

Assim, para Ronald Dworkin, “a primeira diferença entre regras e princípios é em relação ao tipo de orientação que elas oferecem” (dimensão de validade). As regras seriam aplicadas à maneira do tudo ou nada, isto é, ou as regras são válidas para o caso concreto e, por isso, aplicadas na sua integralidade, ou não são válidas, não sendo, portanto, aplicadas. Sendo assim, no caso de conflitos entre duas regras uma delas nunca poderá ser válida. Já os princípios não teriam essa dimensão de validade e sim uma dimensão que as regras não possuem: a de peso ou importância. Desta forma, no caso de colisão entre princípios prevaleceria aquele com maior importância para aquele determinado caso concreto, sem que isso implicasse na invalidade do outro princípio, uma vez que em outros casos é possível que o princípio de mais importância seja outro.²⁴⁵

Com base em tal diferenciação, Dworkin afirma que princípio é

“um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.”²⁴⁶

Ramón Ruiz Ruiz²⁴⁷ esclarece que Dworkin construiu sua teoria sobre a distinção entre regras e princípios como um ataque ao positivismo jurídico e, especialmente, à versão de Hart, a quem acusa de conceber o Direito como um sistema normativo composto exclusivamente por regras, as quais são identificadas como tais pelo modo como são criadas ou desenvolvidas (o que Dworkin denomina de *pedigree*), esquecendo-se de que quando os juristas fundamentam, não apenas usam regras, mas

²⁴³DWORKIN, Ronald – *Levando os direitos a sério*. p. 37-39.

²⁴⁴*Idem - Ibidem*.

²⁴⁵DWORKIN, Ronald – *Op. Cit.* p. 39-46.

²⁴⁶*Idem – Ibidem*.

²⁴⁷RUIZ RUIZ, Ramón – *Op. Cit.* p. 54. (Tradução nossa).

também outro tipo distinto de normas que são os princípios, algo que o positivismo parece ter esquecido.

Sustenta ainda o doutrinador supramencionado, que a crítica de Dworkin é de grande relevância, porque ataca as duas teses básicas do positivismo, quais sejam, a tese da separação conceitual entre Direito e moral e a tese da discricionariedade judicial.²⁴⁸

Alexy, por sua vez, estabelece a distinção entre regras e princípios a partir da seguinte ideia:

“tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas de mandato, a permissão e a proibição. Os princípios, da mesma maneira que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, inclusive quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.”²⁴⁹

Destarte, para Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios é de ordem qualitativa, sendo tais categorias diferentes em relação à estrutura e à forma de aplicação. Em suas palavras:

“o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.²⁵⁰

Alexy, portanto, sustenta que regras são normas que expressam deveres definitivos, ou seja, definem exatamente o que se deve fazer, devendo ser aplicadas sempre por subsunção. Regras só podem ser cumpridas ou não, sendo, portanto, mandamentos definitivos. Importante esclarecer que uma norma pode ser estruturada como uma regra, apesar de ser chamada de princípio. Os princípios, por sua vez, seriam

²⁴⁸ *Idem - Ibidem.*

²⁴⁹ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 83.

²⁵⁰ ALEXY, Robert – **Op. Cit.** p. 90.

mandamentos de otimização, ou seja, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Em outras palavras, princípios são normas que expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fincado após a análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.²⁵¹

Canotilho afirma que a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa, tendo em vista que não são esclarecidas duas questões fundamentais a saber: 1) qual a função dos princípios e 2) se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma “família” e havendo apenas uma diferença de grau, quanto à generalidade, conteúdo, informativo, hierárquica das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo, ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.²⁵²

Com relação a primeira questão, Canotilho esclarece que se faz necessário distinguir entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos, pois para o estudo em questão não é relevante os princípios hermenêuticos, apenas os princípios jurídicos, quer por possuir a qualidade de verdadeiras normas qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas.²⁵³

A distinção entre regras e princípios como espécies de normas jurídicas se dá, segundo a doutrina, a partir de diversos critérios ou classificações dentre eles: grau de abstração, grau de determinabilidade, carácter de fundamentabilidade, proximidade de ideia de direito e natureza normogenética dos princípios.

Com relação ao grau de abstração, os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem um abstração relativamente reduzida.

Quanto ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados carecem de mediações concretizadoras, seja do legislador ou do juiz, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

Já o carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito diferencia os princípios das regras, pois aqueles são normas de natureza estruturante ou com um papel

²⁵¹ BRITO, Diego – *Op. Cit.* p. 142.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim – *Direito Constitucional*. p. 1161.

²⁵³ Segundo o ilustre doutrinador, os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação de direito. (*Idem - Ibidem*)

fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes, como no caso dos princípios constitucionais ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico, como o princípio do Estado de Direito.²⁵⁴

Por fim, ensina ainda Canotilho²⁵⁵ que o critério da natureza normogenética dos princípios nos leva a concluir que os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas desempenhando, por isso, uma “função normogenética fundamentante”.

Destarte, Canotilho leciona que as diferenças qualitativas entre princípios jurídicos e regras jurídicas podem ser traduzidas a partir dos seguintes aspectos:

“os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais, nem menos. Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standarts” que, *prima facie*, devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação,

²⁵⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 1160.

²⁵⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 1161.

valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas”.²⁵⁶

Em síntese, para Canotilho as regras são normas que, verificados determinados pressupostos exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. Já princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática e jurídica.²⁵⁷

Humberto Ávila, por sua vez, defende que “regras e princípios diferenciam-se entre si em relação ao grau de abstração correspondente, sendo os princípios mais abstratos do que as regras”. De acordo com seu entendimento,

“pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação de ordem e maior generalidade os destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”²⁵⁸

Observa-se que existem diversas classificações e diferenças entre conceitos de regras e princípios. Não obstante, Virgílio Afonso da Silva não enxerga problema em tais distinções. Segundo entendimento do doutrinador,

“o que precisa ficar claro, como já salientei acima, é que não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias,

²⁵⁶*Idem* – *Op. Cit.* p. 1161-1162.

²⁵⁷*Idem* – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1255.

²⁵⁸ÁVILA, Humberto – *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. p. 21.

quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintos – e, por isso, pouco ou nada úteis”.²⁵⁹

A teoria dos princípios tem íntima ligação com a “máxima da proporcionalidade”, sendo que esta se origina do caráter lógico daqueles. Os princípios, como mandados de otimização implicam a “máxima da proporcionalidade” com os seus três subprincípios: conformidade ou adequação dos meios; exigibilidade ou necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.²⁶⁰

Explica Joana Carvalho, a partir da distinção de Alexy acerca de regras e princípios, que a aplicação de um princípio a um caso não quer dizer que seja em sentido definitivo, isto porque eles apresentam razões que podem ser ultrapassadas por motivos opostos. Já as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, pois contêm uma determinação no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.²⁶¹

Alexy doutrina que a existência de regras e princípios permite a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios, o que ele denomina de “constitucionalismo adequado”.²⁶²

Nessa linha de pensamento, Canotilho afirma que a existência de regras e princípios permite a descodificação, em termos de um “constitucionalismo adequado”, porque

“um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, exigindo uma disciplina legislativa exaustiva e completa do mundo e da vida, legalismo, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitirá a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Um modelo ou

²⁵⁹SILVA, Virgílio Afonso da – **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. p. 613

²⁶⁰CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado - *Op. Cit.* p. 67.

²⁶¹*Idem.* – *Op. Cit.* p. 39-40.

²⁶²ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 82.

sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.”²⁶³

Essa perspectiva teórico-jurídica do “sistema constitucional”, tendencialmente “principlista”, é de particular importância, no dizer de Canotilho, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos, como na hipótese de colisão de direitos fundamentais, mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema.²⁶⁴

Guerra Filho entende que é essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional diferenciada da hermenêutica tradicional, especialmente porque os princípios se encontram em estado latente de colisão uns com os outros, requerendo o emprego dos princípios de interpretação constitucional.²⁶⁵

3.2 Concorrência e colisão entre princípios fundamentais.

Em razão da existência de regras e princípios formando um ordenamento jurídico, é possível haver conflitos entre regras jurídicas, entre regras jurídicas e princípios e entre princípios, o que se denomina antinomia, o que leva o hermeneuta a ter que decidir qual deve prevalecer.

Tercio Sampaio Ferraz Jr, ao explicar o tema, conclui que a antinomia jurídica perfaz-se quando as normas conflitantes emanem de autoridades competentes, num mesmo âmbito normativo; contradigam-se por possuírem operadores opostos (permissão e proibição) e conteúdos refletindo negação interna e outro (prescrição de atuação e prescrição de omissão) e, por fim, criem posição insustentável do sujeito destinatário da norma, sem qualquer recurso para resolver o impasse instituído.²⁶⁶

²⁶³CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 1162.

²⁶⁴*Idem* - **Op. Cit.** p. 1163.

²⁶⁵GUERRA FILHO, Willis Santiago – **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 88.

²⁶⁶FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. p. 209.

A distinção entre regras e princípios se mostrará de forma bastante clara, quando se está diante de uma colisão de regras ou de princípios.

Pontificia Alexy, que o conflito de regras resolve-se introduzindo uma cláusula de exceção, eliminando o conflito, ou declarando uma das regras inválida.²⁶⁷

Joana Carvalho, citando Alexy, traz um exemplo desta situação de conflito: “imaginemos a existência de duas regras conflitantes, uma proibindo que se abandone a sala antes do toque da sirene e a outra que determina o abandono da sala em caso de soar o alarme de incêndio”. A colisão será solucionada introduzindo-se uma cláusula de exceção à primeira regra no caso do incêndio.²⁶⁸

Não sendo possível a inserção da cláusula de exceção e havendo conflito entre duas regras, explica Norberto Bobbio, uma delas será invalidada e deverá ser excluída do sistema jurídico, aplicando-se neste caso os critérios cronológicos, hierárquicos e da especialidade.²⁶⁹

Explica Joana Carvalho que pelo primeiro, a regra posterior revoga a anterior. Já pelo segundo critério, a regra superior revoga a inferior. Conforme o critério da especialidade, a regra especial revoga a geral.²⁷⁰

Nessa hipótese, pontua Ana Claudia Ferraz que os critérios para a solução da antinomia são de ordem técnica (*lex posterior derogat priori*, *Lex superior derogat inferiorem et Lex specialis derogat generalem*), não demandando ao aplicador do direito nenhum juízo valorativo.²⁷¹

Na hipótese de conflito entre princípios, observa Dworkin que não há propriamente uma discricionariedade do intérprete em definir qual deles deve prevalecer, mas deverá fazer um juízo de ponderação entre os diversos valores jurídicos envolvidos, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, pois a solução dependerá do peso e da importância de cada um no caso concreto, que não será invalidado, porém apenas não aplicado naquela determinada situação.²⁷²

²⁶⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 87-89.

²⁶⁸ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – **Op. Cit.** p. 42.

²⁶⁹ BOBBIO, Norberto – **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 92-97.

²⁷⁰ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – **Op. Cit.** p. 42.

²⁷¹ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia – **Op. Cit.** p. 145.

²⁷² DWORKIN, Ronald – **Op. Cit.** p. 42.

Alexy ensina que a solução para colisão entre princípios não ocorre com a invalidade de um princípio sobre o outro e sim com a prevalência de um pelo outro, sem significar de forma alguma que o princípio preterido deva ser declarado inválido.²⁷³

Em outras palavras, afirma Joana Carvalho que na hipótese de conflito de princípios não será declarada a invalidade de um deles, mas tão-somente se fará o sopesamento dos bens e valores em jogo para se saber qual a importância e o peso de cada um e ao final decidir qual deles prevalecerá no caso concreto.²⁷⁴

Sendo a Constituição um sistema aberto de princípios, é possível a existência de tensão ou antagonismos entre os vários princípios constitucionais, pois não se pode olvidar que a Carta Magna é o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, com ideais, aspirações e interesses diferenciados e, até, opostos ou contraditórios, não constituindo uma ordem ou sistema totalmente fechado e harmonizante.

Afirma Alexy que “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais.”²⁷⁵

Não se confunde concorrência de princípios com colisão de princípios.

A concorrência de direitos fundamentais (ou cruzamento ou cumulação) existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais.

No dizer de Canotilho,

“existe concorrência de direitos quando a mesma pretensão subjetiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimentos de vida unitários, são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum dos seus segmentos, preencham, indiferentemente, os pressupostos das respectivas previsões normativas”.²⁷⁶

²⁷³ALEXY, Robert – **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social**. p. 87-89.

²⁷⁴CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – *Op. Cit.* p. 42

²⁷⁵ALEXY, Robert – **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social**. p. 56-57.

²⁷⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1268.

Nota-se que, na hipótese de concorrência de direitos fundamentais não há uma oposição de pretensões jurídicas elevadas por dois ou mais titulares, apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais expressos por normas constitucionais que concorrem para a subsunção da conduta ou comportamento do titular.

Explica Canotilho²⁷⁷ que o problema da concorrência de direitos oferece dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes, devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo.

Nesse caso, a solução da concorrência será diversa caso haja normas constitucionais especiais ou não.

Na hipótese de uma das várias normas consagradoras de direitos fundamentais ser norma especial em relação às outras, a doutrina aponta que se trata de concorrência inautêntica ou parcial, devendo prevalecer a norma especial.²⁷⁸ Nos casos de concorrência de direitos com limites divergentes mas sem existir entre eles uma relação de especialidade, os critérios mais sufragados são da prevalência dos direitos fundamentais menos limitados e o da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro.

“Não se trata de estabelecer uma ‘escala de valor’ entre dois ou mais direitos fundamentais concorrentes mas de verificar: 1) se um dos direitos fundamentais está sujeito a reserva de lei restritiva e o outro é um direito sem ‘reserva expressa de lei restritiva’; 2) através da comparação dos pressupostos de fato dos dois direitos, verificar qual a ‘pretensão’ que o indivíduo pretende realizar de forma mais direta e imediata”²⁷⁹

Por outro lado, fala-se em “colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.²⁸⁰

²⁷⁷ *Idem – Ibidem.*

²⁷⁸ Nesse sentido, Canotilho adota como exemplo, o princípio da igualdade não colide com a proteção acrescida dos representantes eleitos trabalhadores em caso de despedimento, arts. 13º e 55º/6, da Constituição Portuguesa (*Idem – Ibidem*)

²⁷⁹ *Idem – Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* p. 1270.

²⁸⁰ FARIAS, Edilson Pereira de– *Colisão de Direitos.* p. 93.

Assim, nas colisões de direitos fundamentais a realização de um direito fundamental repercute negativamente sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.²⁸¹

Nesse mesmo sentido é doutrina de Joana Carvalho, para quem ocorre a colisão, quando o pressuposto de fato de um direito afeta diretamente o pressuposto de fato de outro direito fundamental.²⁸²

Alexy denomina essa espécie de colisão como em sentido estrito, que ocorre quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares.²⁸³

A doutrina diferencia a colisão autêntica de direitos da colisão de direitos em sentido impróprio (colisão inautêntica), que tem lugar quanto o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. No primeiro grupo há colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais (colisão autêntica) e no segundo grupo há colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado (colisão não autêntica).²⁸⁴

Canotilho explica que na colisão autêntica de direitos fundamentais não se está perante um cruzamento ou acumulação de direitos, como na concorrência de direitos, mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos fundamentais pertencentes a titulares diferentes.²⁸⁵

Nas palavras de Robert Alexy,

“nessa hipótese há necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face de circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um

²⁸¹GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. p. 41.

²⁸²CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado Carvalho – *Op. Cit.* p. 85.

²⁸³ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 69.

²⁸⁴CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado Carvalho – *Op. Cit.* p. 86-88.

²⁸⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1270

direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2) C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).”²⁸⁶

No dizer de Canotilho, a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da Lei Fundamental.²⁸⁷

Reconhece-se, portanto, que havendo tensão ou antagonismos entre os vários princípios e, considerando que os princípios, diferentemente das regras, não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, deve-se ponderar e buscar a concordância prática consoante o seu peso e as circunstâncias do caso.

Isso porque, o recurso apenas à interpretação da Constitucional, que deve guiar-se pela observância dos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática não se mostra suficiente e por isso foi desenvolvido um método de ponderação de bens para a solução da tensão entre direitos fundamentais.²⁸⁸

O princípio da unidade da constituição ou unidade hierárquico-normativa, assentado no fato de que constituição é um sistema aberto de regras e princípios, nos impele a reconhecer que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade, o que impede, em sede de interpretação constitucional, a tese das antinomias normativas e a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

Nesse sentido, leciona Canotilho,

“Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da “coerência narrativa” do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem” na medida do possível, como se fossem obras de um só.”²⁸⁹

²⁸⁶ALEX, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 82.

²⁸⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 1182.

²⁸⁸CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado Carvalho – *Op. Cit.* p. 99.

²⁸⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Ibidem*.

Devido à natureza fundamental dos direitos fundamentais, podemos entender que os mesmos funcionam como princípios e, portanto, da colisão entre eles, não haverá a supressão de um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de que se possa escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro.²⁹⁰

Portanto, nenhum direito fundamental é absoluto e sua aplicação, na prática, deve ser sopesada quando se está diante de outro direito fundamental conflitante.

Não é outro o magistério de J.J.Gomes Canotilho²⁹¹, para quem:

“O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença hierárquica), que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.”

Vistas as principais diferenças entre regras e princípios e cientes de que há possibilidade fática de ocorrer conflitos entre direitos, passaremos ao estudo das soluções dadas por Robert Alexy para solucionar a colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios.

3.3 Técnica da Ponderação.

Não sendo possível harmonizar os direitos fundamentais em conflito, mister se faz, para solucionar o problema de colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípio, a utilização da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade desenvolvido por Alexy, com base na jurisprudência alemã.

Nesse sentido, explica João Emilio de Assis Reis que, não havendo hierarquia entre as normas constantes da Constituição não é possível uma escolha arbitrária da norma ou direito que prevalecerá, fazendo necessário a construção argumentativa, à luz dos elementos do caso concreto, através do uso da ponderação e do Princípio da Proporcionalidade, de qual a solução mais adequada à vontade da Constituição –

²⁹⁰ GALANTE, Fátima – **Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência oficial**. p. 74

²⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1.225.

considerada em conjunto -, no conflito específico a ser resolvido, cabendo essa escolha, tendo como pressuposto o Princípio da Unidade da Constituição, respeitar alguns princípios instrumentais, buscando a equação entre as normas em conflito.²⁹²

Dessa forma, Alexy formula a lei de colisão referente à conexão de relações de precedências condicionadas e regras, na seguinte forma sintética: “*las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen El supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*”²⁹³

Ressalve-se, todavia, que a solução dada por Roberty Alexy para solucionar a colisão entre direitos fundamentais expressos na forma princípios não é unânime, havendo doutrina em sentido contrário.²⁹⁴

Gavara de Cara leciona que a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e bens em conflito, determinando qual direito ou bem prevalecerá e requer o preenchimento de dois pressupostos básicos para sua realização: a) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro; b) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de elaboração de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindido das circunstâncias do caso concreto.²⁹⁵

²⁹²REIS, João Emilio de Assis – **O Direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais**. p.306-307.

²⁹³ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 89.

²⁹⁴Habermas critica a maneira como Alexy entende a ponderação de princípios, por implicar uma concepção axiologizante do Direito, na medida em que a ponderação não seria realizada de forma racional, pois a atribuição de pesos aos direitos e às restrições poderia ocorrer de forma arbitrária e sem a devida reflexão, trazendo, assim, enorme risco à segurança jurídica. A objeção da irracionalidade diz que a ponderação não é passível de controle intersubjetivamente racional. Argumenta-se que o recurso à ponderação autoriza que os juízes decidam com base nas suas próprias valorações e intuições morais. Sem um referencial jurídico e em nome da justiça do caso concreto, os juízes se valem da ponderação como recurso retórico para decisões particularistas e imprevisíveis. Com isso, perdem a generalidade e a segurança jurídica. A ponderação conduziria ao relativismo e ao decisionismo. Além disso, argumenta-se que a ponderação implica a constitucionalização do ordenamento jurídico todo, resultando uma indevida expansão da jurisdição constitucional. Os princípios da democracia e divisão dos poderes resultam severamente restringidos. Ao lado dessas objeções, argumenta-se que a identificação dos direitos fundamentais com princípios passíveis de ponderação significa enfraquecimento dos direitos fundamentais. É que os direitos fundamentais perderiam a condição de *trumps*, rompendo-se o muro de fogo (*Brandmauer*) que representam (HABERMAS, Jurgén – **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. p. 290). Se eles são passíveis de ponderação e, desse modo, de intervenção ou restrição em favor de outros direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionalmente protegidos, então, no fim das contas, o que significa ser titular de um direito fundamental? (DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 266-278). Defende Gavião Filho que a ponderação é passível de racionalidade se for levada efetivamente a sério. O ponderar exige o conhecimento de todos os seus passos e o cumprimento de todas as suas exigências. (GAVIÃO FILHO, Anízio Pires – *Op. Cit.* p. 43)

²⁹⁵GAVARA DE CARA, Juan Carlos – **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía Del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn**. p. 332.

A ponderação concreta de bens é realizada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, embora alguns doutrinadores sustentem que há diferenças entre os dois princípios.

Para Stumm “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição de excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito, a exigência da análise da relação meio e fim”.²⁹⁶

Braga ensina que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo possui o significado de proibição de excesso; já em sentido estrito, representa um “equilíbrio” no qual os benefícios atingidos deverão ser superiores aos ônus²⁹⁷.

Gavara de Cara²⁹⁸ esclarece que o Tribunal Constitucional alemão em diversas decisões considerou a proporcionalidade em sentido estrito e a ponderação de bens, como uma unidade, tendo em vista sua estreita relação.

Joana Carvalho, sinteticamente, explica a origem do princípio da proporcionalidade como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais. Vejamos:

“O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, teve origem no século XIX no Direito Administrativo de polícia prussiano. Posteriormente, foi desenvolvido em todo o Direito Administrativo e finalmente surgiu não só no Direito Constitucional como em todo Direito Público. A aplicação desse princípio no Direito Constitucional apareceu por meio dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites imanes e conflito entre direitos. Nesse sentido, este princípio afluou, inicialmente, como técnica para controlar e limitar o direito de polícia da Administração Pública, mas desenvolveu-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais.”²⁹⁹

²⁹⁶STUMM, Denise Raquel – **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. p. 78-79.

²⁹⁷BRAGA, Valeschka e Silva – **Princípios da proporcionalidade & razoabilidade**. p. 84.

²⁹⁸GAVARA DE CARA, Juan Carlos – *Op. Cit.* p. 310

²⁹⁹CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado Carvalho – *Op. Cit.* p. 104.

A Alemanha também teve papel importante na delimitação do princípio da proporcionalidade, como compreendido hoje.

Com relação à aplicação do princípio da proporcionalidade na Alemanha, Suzana Barros ensina que

“a importância do estudo do princípio da proporcionalidade deve-se ao fato de que lá ele ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional por obra do *Bundesverfassungsgericht*, o qual a partir da Segunda Guerra Mundial foi cunhando paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais.”³⁰⁰

A doutrina aponta algumas definições para o princípio da proporcionalidade.

Barroso define o princípio da razoabilidade como sendo “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.³⁰¹

Associadas ao princípio da proporcionalidade, O Tribunal Constitucional alemão utiliza as expressões citadas abaixo, como regra condutora de toda atividade estatal decorrente do princípio do Estado de Direito: “excessivo” (*Übermassig*); “inadequado” (*Unangemessen*); “necessariamente exigível” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingtnotwendig*).³⁰²

Gavião Filho explica que a ponderação está no princípio da proporcionalidade, na medida em que este se compõe de três princípios parciais: idoneidade; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁰³

São, portanto, subprincípios do princípio da proporcionalidade: adequação ou conformidade ou idoneidade; exigibilidade ou necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito.

³⁰⁰BARROS, Suzana de Toledo – **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. p. 47.

³⁰¹BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 224.

³⁰²CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – *Op. Cit.* p. 223.

³⁰³GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Op. Cit.* p. 239.

Por princípio da adequação ou idoneidade se entende que o meio adequado é aquele apropriado para atingir o objetivo pretendido, devendo existir, para tanto, uma congruência entre a medida adotada e a finalidade da norma.³⁰⁴

Esclarece Joana Carvalho que pela adequação teremos que analisar a idoneidade da medida para saber se, pelo menos em tese, atinge o fim colimado, sendo passível de anulação o ato que for considerado inapto para atingir determinado fim.³⁰⁵

Isso porque, explicam Marta Costa e Catarina Saraiva Lima³⁰⁶, “uma restrição sem efeito útil perde o seu sentido e a sua justificação e legitimidade, e o direito restringido deve ser devolvido à sua integral extensão”.

Para explicar este princípio, Alexy apresentou a idoneidade através do seguinte exemplo:

“Se a medida M não é idônea para a promoção ou obtenção do fim F exigido pelo Princípio Pj, então a medida M não pode ser exigida por Pj, pois para a promoção do fim F dá igual utilizar ou não a medida M. Se, sob essas circunstâncias, a medida M intervém na realização de Pi, afetando negativamente suas posições fundamentais jurídicas *prima facie*, então ela está proibida.”³⁰⁷

Explica Gavião Filho que pelo princípio da idoneidade indaga-se se a medida que configura uma intervenção em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente. Se a medida de intervenção em um direito fundamental não promove a realização do outro direito fundamental, então, ela não estará justificada.³⁰⁸

O princípio da exigibilidade ou necessidade, por sua vez, é a busca do meio menos injurioso aos bens e valores constitucionalmente protegidos, procurando a mais suave das opções dentro das disponíveis para o alcance do fim.³⁰⁹

Conforme palavras de Gavião Filho,

³⁰⁴SILVA, Luís Virgílio Afonso da – **O proporcional e o razoável**. p. 87.

³⁰⁵CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – *Op. Cit.* p. 111.

³⁰⁶COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – *Op. Cit.* p. 255.

³⁰⁷ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 103.

³⁰⁸GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Op. Cit.* p. 241.

³⁰⁹SILVA, Luís Virgílio Afonso da – **O proporcional e o razoável**. p. 87.

“o princípio parcial da necessidade diz que se duas medidas idôneas, pelo menos, podem, igualmente, promover a realização de um direito fundamental Pj, deve ser escolhida aquela medida que menos intensamente intervém no outro direito fundamental Pi. O que isso significa é que, consideradas todas as medidas de intervenção igualmente idôneas para a realização do fim de um direito fundamental ou de um bem jurídico coletivo constitucional, deve ser escolhida aquela medida que menos intensamente intervém em outro direito fundamental.”³¹⁰

Gilmar Mendes, citando Piero e Schlink, assevera que, para uma medida ser necessária, deverá ser adequada, pois o pressuposto de adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.³¹¹

Bonavides considera necessário o meio “se não exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que se almeja”.³¹² Para Barros, “a ideia de proibição de excesso está diretamente ligada a este aspecto da proporcionalidade, já que é ele que impede a opção pelo meio menos gravoso”.³¹³

Marta Costa e Catarina Saraiva Lima lecionam que o princípio da necessidade impõe o não excesso e a intervenção mínima, isto é, proíbe qualquer restrição ou medida de restrição que vá além da medida necessária para o efeito pretendido, pois tratando-se de direitos fundamentais a sua restrição deve ser excepcional e limitar-se à medida mínima necessária.³¹⁴

Alexy caracteriza a necessidade com o seguinte exemplo:

“para a consecução de uma finalidade F, requerida por determinado direito D1, podem ser aptas duas medidas MI e M2, no entanto, se

³¹⁰GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Op. Cit.* p. 244.

³¹¹MENDES, Gilmar Ferreira – **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade.** p. 50.

³¹²BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional.** p. 361.

³¹³BARROSO, Luís Roberto – *Op. Cit.* p. 208.

³¹⁴COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – *Op. Cit.* p. 255.

M2 é menos nociva ao Direito, por não atingir outro direito do titular ou de outrem D2, ela deverá ser a empregada. Assim, embora M1 e M2 possam atingir o fim F, somente a M2 é exigível.”³¹⁵

Em síntese, o exame do princípio parcial da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida ou a ser escolhida e outras medidas alternativas. Já no exame do princípio da idoneidade, diferentemente, a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido.³¹⁶

Quanto à necessidade, Canotilho aponta quatro vertentes, quais sejam: a exigibilidade material (indispensabilidade da restrição), a espacial (limitação do âmbito interventivo), a temporal (temporiedade da restrição, que não pode se perpetuar no tempo) e a pessoal (tentativa de restringir ao mínimo o número de indivíduos cujos interesses serão sacrificados).³¹⁷

Destaca Joana Carvalho que muitas vezes os juízos de adequação e necessidade não são suficientes para determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, pois poderá resultar uma sobrecarga ao atingido, que não se compadece à ideia de justiça medida. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade *strito sensu*, complementando os princípios da adequação e necessidade, é bastante relevante para indicar se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim colimado.³¹⁸

Suzana Barros leciona que

“Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a chancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de

³¹⁵ALEXY, Robert – **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. p. 78.

³¹⁶GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Op. Cit.* p. 245.

³¹⁷CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 383.

³¹⁸CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – *Op. Cit.* p. 113.

outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre o outro”.³¹⁹

Por fim, com relação ao princípio parcial da proporcionalidade, leciona Gavião Filho que “é o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas, constituindo a primeira lei da ponderação material”³²⁰, o que vai ao encontro do quando afirmado por Robert Alexy, que sustenta: “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”³²¹

Nas palavras de Marta Costa e Catarina Saraiva Lima³²², o princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe que só se pode admitir e justificar a restrição a um direito fundamental se, para salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente constituído.

A distinção que Alexy aponta entre os princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que o primeiro cuida de uma otimização relativamente às possibilidades fáticas, enquanto o segundo envolve a otimização de possibilidades jurídicas.³²³ Cita como exemplo da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, o seguinte caso:

“imaginemos a situação em que M1 e M2 são meios igualmente adequados para a realização de um fim F, reclamado pelo direito D1, M2 afeta a realização de D2 menos que M1, mas, em contrapartida, M1 é menos restritivo a D3 que M2. Nesse caso, a máxima da necessidade não permite decisão alguma entre as três hipóteses que surgem: a) eleger M1, realizar D1 e, com isto, estabelecer preferência de D3 frente a D2; b) eleger M2, realizar D1, dando-se prevalência a D2 em relação a D3, ou c) não eleger nem M1 nem M2, elegendo preferência de D2 conjuntamente com D3 frente a D1”.³²⁴

³¹⁹BARROS, Suzana de Toledo – *Op. Cit.* p.85.

³²⁰GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Op. Cit.* p. 249.

³²¹ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais.* p. 146.

³²²COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – *Op. Cit.* p. 255.

³²³ALEXY, Robert – *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.* p. 112-113.

³²⁴*Idem – Ibidem.*

Pondera Sarmiento, da análise do caso acima referido, que se pode depreender que, qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa de precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, esse terceiro elemento ou subprincípio implica o máximo benefício possível com o mínimo de sacrifício, avaliando-se o custo-benefício da medida restritiva e ponderando os direitos em jogo. Assim: “de um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”.³²⁵

Segundo Alexy, o mandamento da ponderação de interesses corresponde à proporcionalidade em sentido estrito, podendo ser assim formulada: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser a razões que a justificam”, ou seja, “quanto maior for o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.³²⁶

A proporcionalidade, portanto, segundo Joana Carvalho, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus, mas não indica a justa medida do caso concreto. Esta deverá ser inferida a partir de um método de ponderação de bens, no qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo.³²⁷

Explica Gavião Filho que:

“os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito se refere às possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam mandamento a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas e não tratam de ponderação, que constitui o campo do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que expressa mandamento de otimização em relação às possibilidades jurídicas”.³²⁸

³²⁵ SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesse na Constituição Federal**. p. 89.

³²⁶ ALEXY, Robert – **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático** p. 78.

³²⁷ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – *Op. Cit.* p. 115.

³²⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Op. Cit.* p. 240.

Assim, para Marta Costa e Catarina Saraiva Lima, qualquer restrição de um direito fundamental só será válida se cumpridos os seguintes requisitos: i) adequação (ou idoneidade), isto é, “a restrição deve ser meio adequado e idôneo para a prossecução do fim visado” (o qual deve corresponder ao ponto); ii) necessidade (exigibilidade ou indispensabilidade), isto é, “a restrição deve ser indispensável a ter apenas a medida estritamente necessária, proibindo-se o excesso”; e iii) proporcionalidade (em sentido estrito), ou seja “a restrição deve ser feita em nome de fim proporcional e digno de tutela equivalente” (outro direito de igual natureza ou princípio ou interesse constitucionalmente protegido), exigindo-se aqui uma medida justa entre meios (a restrição) e fins (o direito, interesse ou princípio a proteger).³²⁹

Em síntese, a Carta Magna plasmou diversos direitos fundamentais em seu corpo, tornando difícil a vida do seu intérprete em face das constantes situações nas quais dois ou mais direitos entram em conflito. Neste contexto, o conceito de princípio desenvolvido por Robert Alexy, bem como a sua teoria segundo a qual a colisão entre direitos fundamentais, quando estruturados como princípios, deve ser solucionada com a aplicação da técnica da ponderação através do princípio da proporcionalidade, é relevantíssimo para solução dos conflitos envolvendo dois ou mais direitos fundamentais expressos em princípios.

³²⁹COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva - *Op. Cit.* p. 255.

4 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA E O ANONIMATO DO DADOR.

O direito ao conhecimento da identidade pessoal e genética da pessoa nascida de uma técnica de procriação medicamente assistida heteróloga é posto em causa quando se defende o anonimato do dador.

A comunidade nacional e internacional está dividida não havendo consenso na legislação dos diversos países, tampouco na doutrina.

Explica Stela Barbas³³⁰ que existem duas posições distintas: “a dos países de influência anglo-saxônica e germânica que repudia o anonimato e a dos países de influência francesa que o preconiza”.³³¹

Em Portugal a matéria sofreu uma nítida evolução ao longo do tempo.

O primeiro projeto a tratar da temática ficou conhecido como Projeto 87 e preconizava a concepção tradicional do anonimato, não permitindo em nenhum caso a revelação da identidade dos dadores e dos beneficiários, apenas reconhecendo ao filho, depois da maioridade, o direito de saber o modo da sua concepção e até, havendo sérias razões de natureza médica, as características genéticas dos dadores.³³²

Segundo Luís Archer, uma das razões a favor do anonimato do dador era a de que ele minimizava a intervenção do terceiro na relação conjugal. Outra razão a favor do

³³⁰BARBAS, Stela – **Direito ao Património Genético**. p. 167.

³³¹ No plano do direito comparado, a maior parte dos países consagra a regra do anonimato dos dadores. A lei espanhola prevê a confidencialidade dos dados relativos aos dadores, consentindo que os filhos nascidos de procriação heteróloga acendam a informações gerais sobre os dadores, que não incluem a sua identidade, salvo em casos extraordinários, que comportem perigo para a vida ou para a saúde do filho (cf. art. 5.º, n.º 3, da Ley 15/2006). O princípio do anonimato também é o adotado na França (artigos 1244-6 e 1244-7 do *Code de la Santé Publique*). Todavia, vários países, têm alterado sua legislação, abandonando a regra do anonimato e permitindo à pessoa nascida de PMA, quando tenha atingido um grau suficiente de maturidade, conhecer a identidade dos dadores de Gametas. Pode ser citado nesse grupo: Suécia (cf. documento do SteeringCommitteeofBioethics, de 12 de Junho de 2005), Suíça (artigo 119.º, alínea g, da Constituição Federal) e o Reino Unido (secção 3IZA, §2 (a), na redação do HumanFertilisationandEmbriologyAct de 2008. (CADILHA, Carlos Fernandes relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 101). A lei sueca, todavia, não prevê o sigilo, o anonimato. Explica Guilherme Calmon Nogueira Gama que a lei sueca não prevê o sigilo e isso se dá atendendo aos interesses da criança ou do adolescente, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas, além de permitir que a pessoa possa, com a maioridade, conhecer o genitor biológico. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira – **Filiação e Reprodução Assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. p. 69).

³³² Art. 24 do Projecto de Utilização de Técnicas de Procriação Assistida elaborado pela Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias (tomada de posse em 12 de Maio de 1986) e entregue ao Ministro da Justiça em 28 de Julho de 1987. Embora não tenha tido seguimento, foi publicado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Publicação n.º 1, 1990.

anonimato seria de ordem prática: a inseminação artificial heteróloga não seria viável, por falta de dadores, se a lei permitisse que fosse revelada a identidades destes. Com relação ao direito dos filhos de conhecer a identidade dos pais genéticos, explica que entendeu a Comissão que este direito, como outros não seria absoluto, admitindo, portanto, restrições, porém, não mencionou, no entanto, quais os direitos em conflitos com o direito à identidade que justificariam a limitação deste último.³³³

Já o Relatório 93 pronuncia-se contra o anonimato dos dadores, embora a redação final tenha sido aprovada por maioria, já que alguns membros ainda eram favoráveis ao anonimato, pelas seguintes razões: o anonimato é contrário a direitos humanos fundamentais; dificulta a definição, em situações concretas, da forma de transmissão hereditária de certas doenças, incluindo as de manifestação tardia bem como possibilita a utilização fraudulenta do sémen obtido para outras finalidades que não a de ser doado.³³⁴

A partir daí os demais projetos e pareceres emitidos pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida seguiram nessa mesma linha evolutiva, hora no sentido de vedar o anonimato do dador, ora permitindo-o, porém com mitigação.

Neste sentido, estatuiu o Parecer n.44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (44/CNECV/04, de julho de 2004, sobre procriação medicamente assistida),

“que no caso de PMA com recursos a dador de gametas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao Direito do próprio à identidade pessoal e biológica.”³³⁵

Assim, embora tenha ocorrido intensa discussão ética em Portugal acerca da PMA, a partir da década de 80³³⁶, somente no ano de 2006 entrou em vigor a Lei 32/2006,

³³³ ARCHER, Luís – *Op. Cit.* p. 28-29.

³³⁴ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório e Programa do Grupo de Trabalho para o estudo da medicina familiar, fertilidade e reprodução humana. Edição do Ministério da Saúde, setembro de 1993.

³³⁵ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - 44/CNECV/04, de Julho de 2004.

³³⁶ Registre-se que as primeiras técnicas de procriação medicamente assistidas datam da década de 70, tendo o primeiro bebé proveta, Luisa Brown, nascido em 25 de Julho de 1978, em Inglaterra, seguida de Alas Tair MontGomery e do Indiano Durga. O primeiro bebé proveta português, Carlos Miguel, data de 1986.

de 26 de julho, conhecida como Lei de Procriação Medicamente Assistida – LPMA, com a finalidade de regulamentar a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

Esclarece Stela Barbas que

O vácuo legislativo existente até o advento da lei supramencionada não implica na afirmação de que não existia qualquer regra acerca do assunto. Todavia, as normas jurídicas que expressamente disciplinavam a procriação assistida, artigos 1839.º, nº 3, do Código Civil, artigo 168.º do Código Penal, artigo 9.º da Lei 3/84 de 24 de Março e O Decreto-Lei 319/86 de 25 de Setembro eram claramente insuficientes, encontravam-se desinseridas do conjunto do sistema jurídico e, o que é mais grave, suscitavam inúmeras dúvidas e contradições.³³⁷

A lei portuguesa que trata da procriação medicamente assistida (Lei 32/2006, de 26 de julho), optou pelo anonimato moderado do dador conforme se observa no seu artigo 15º, pois prevalece o anonimato do dador como regra permitindo que as pessoas nascidas através de PMA com doação de gametas possam socorrer-se junto aos órgãos competentes para obter informações apenas de natureza genética que lhes digam respeito, ou recorrer ao CNPMA para buscar informações sobre eventual impedimento legal ao casamento, menos à identificação do dador, e, por fim, caso haja razões ponderosas reconhecidas por sentença, poderá até mesmo obter a identidade do dador.

Entende Jorge Duarte Pinheiro que “com essa posição gradual o legislador tentou harmonizar as soluções”, contudo, concretamente, entende que não parece a melhor opção a adotada pela legislação portuguesa, pois “embora a definição legal evite o surgimento de intervenções indesejadas e a diminuição dos dadores de ovócitos e esperma, só garante o direito à identidade genética de forma excepcionalíssima”.³³⁸

Com relação ao alcance do significado da expressão “razões ponderosas”, não há consenso na doutrina, propondo Jorge Miranda e Rui Medeiros, que seja dada uma interpretação conforme o direito ao conhecimento das origens genética, nos seguintes termos:

³³⁷ BARBAS, Stela - **Direito ao património genético**. p. 248

³³⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação medicamente assistida**. p. 41.

“A questão tem especial relevo a respeito da procriação medicamente assistida de cariz heterólogo, isto é, com doação de gametas de terceiros. O art. 15.º da Lei n.º 32/2006 estabelece um sistema de anonimato, como regra, permitindo algumas exceções. No seu n.º 4 permite a revelação da identidade do dador mediante autorização judicial quando haja ‘razões ponderosas’ que o justifiquem. A solução legal que permite a revelação da identidade do dador quando se verificarem ‘razões ponderosas’ deverá, em qualquer caso, merecer uma interpretação conforme ao direito ao conhecimento das origens genéticas, não podendo legitimar leituras excessivas e injustificadamente restritivas da possibilidade de revelação a identidade do dador ou da dadora (sem que tal tenha, como é óbvio, quaisquer consequências ao nível de relações de filiação)”³³⁹

O Tribunal Constitucional Português, por sua vez, reconhecendo a constitucionalidade e legalidade da norma, firmou jurisprudência, com força obrigatória geral, no sentido de que as regras constantes da LPMA estão dentro da margem de livre ponderação do legislador, já que não haveria um regime de anonimato absoluto, e que “a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos dadores, não mereceria censura constitucional”.³⁴⁰

Contudo, em recentíssima decisão, datada de 24 de abril de 2018, o Tribunal Constitucional Português teve a oportunidade de novamente se manifestar acerca da regra do anonimato, quando do julgamento de pedido de declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, formulado por um grupo de trinta Deputados à Assembleia da República, do art. 15º, n.º 1º e 4º, com redação dada pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, que alteraram o regime da maternidade de substituição, reconhecendo a inconstitucionalidade,

“com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente

³³⁹ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui - *Op. Cit.* p. 610-611.

³⁴⁰ CADILHA, Carlos Fernandes relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 101.

assistida com recurso à dádiva de gametas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4º do art. 15º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequências de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa.”³⁴¹

Porém, por falta de provocação/pedido, não houve manifestação acerca “da constitucionalidade das regras previstas no art. 15º, n.º 2 (que exclui a identificação do dador) e 3 (que, também expressamente, mantém a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir)”.

Da leitura atenta das razões de decidir do Tribunal Constitucional, observa-se que o entendimento firmado no julgamento anterior, qual seja, de que o anonimato moderado estaria dentro de margem de discricionariedade do legislador, e, portanto, seria constitucional, começa a ser questionado.

Entendeu o Tribunal Constitucional Português no acórdão n.º 225/2018, que:

“Nestes termos, é de concluir, à luz das concepções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, que a opção seguida pelo legislador no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição – mas, no caso destas, como regra absoluta -, merece censura constitucional. Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no art. 26.º, n.º 1, da CRP. Combinando as exigências

³⁴¹MACHETE, Pedro relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 225.

emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado, por este Tribunal, afigura-se *desnecessária* tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente.”³⁴²

Em síntese, decidiu o Tribunal Constitucional Português

“pela eliminação da obrigação de sigilo absoluto constante do n.º 1 do artigo 15.º, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, afastando, ainda, a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recursos à gestação de substituição e, consequentemente, eliminou a necessidade de apresentação de “razões ponderosas” para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores atualmente prevista no n.º 14 do preceito supramencionado.”³⁴³

Em razão da contradição estabelecida entre os preceitos que continuam em vigor (n.ºs 2 e 3, do artigo 15.º) e a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos constantes dos n.ºs 1 e 4 do mesmo artigo, sugeriu o Tribunal Constitucional que

“será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistêmicas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a

³⁴²MACHETE, Pedro relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 225.

³⁴³ *Idem* – *Ibidem*.

regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens.”³⁴⁴

A doutrina especializada também segue dividida.

Registre-se que o objeto deste trabalho diz respeito à possibilidade da pessoa nascida a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida ter acesso a identidade do doador do material genético.

Quanto ao dador ter o direito de obter informações acerca da pessoa nascida, a partir do material genético doado, prevalecendo o entendimento da preservação da autonomia da vontade manifestada no momento da doação do material genético e a ausência de projeto parental, vedando-lhe acesso a tais informações.

Nesse sentido, esclarece José de Oliveira Ascensão:

“Pode perguntar-se se o direito de obter informações é recíproco: se o dador também o tem. Respondemos negativamente. O dador é um fornecedor de “material”, não um participante num projecto de paternidade. O conhecimento que pudesse obter de seres gerados a partir daí seria perigoso, desde logo pela possibilidade de se imiscuir na vida familiar com finalidades turvas. Quem tem razões pessoais a invocar é o ser gerado por PMA heteróloga, e só ele”.³⁴⁵

Maria do Carmo Demasi Wanssa, no mesmo sentido afirma que deve, também, ser respeitada a autonomia dos sujeitos (receptor e doador) visto que ambos, em seus atos tanto de receber como de doar, têm o direito de ter suas autonomias preservadas de acordo com as suas vontades.

“Ora, analisando o termo autonomia como autogoverno, direito de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, vislumbra-se receptores querendo, desesperadamente, serem pais e mães e doadores que, numa atitude de desprendimento, oferecem seus gametas, sem nenhuma intenção de assumir uma possível

³⁴⁴MACHETE, Pedro relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 225.

³⁴⁵ASCENSÃO, José de Oliveira - **A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida**. p. 33

paternidade, mas sim de propiciar aos receptores a oportunidade e alegria de realização de seus sonhos esperados.”³⁴⁶

Trataremos, portanto, das correntes doutrinárias existentes acerca da possibilidade da pessoa nascida a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida ter acesso a identidade do doador do material genético.

4.1 Defensores da prevalência do anonimato do dador sobre o direito a identidade pessoal e genética.

Jorge Duarte Pinheiro sintetiza em parte os fundamentos utilizados pelos defensores do anonimato.

“Quem sustenta o anonimato, posiciona-se no sentido de que o melhor seria o sigilo, pois de forma contrária estaria a ferir os direitos de privacidade e de intimidade da vida familiar (art. 26.º, n.º 1, da CRP) do casal usuário da técnica, que pode ter a família abalada com a intromissão de um estranho (por prejudicar a relação da criança com o pai legalmente constituído), bem como relativamente ao dador, que não deseja ser procurado por ser pai de alguém que não tem interesse em ser. Além disso, a identificação do dador pode resultar numa diminuição no número de dadores “indispensável à superação dos problemas da infertilidade”, embaraçando o acesso ao uso da técnica por parte daqueles que não podem gerar com material genético próprio.”³⁴⁷

Stela Barbas aponta de forma mais exaustiva as razões apontadas pelos doutrinadores que defendem o anonimato: garante o valor da defesa da intimidade da vida privada; promove um “eventual” bem estar da criança (forma de poupar de um possível conjunto de traumas resultantes da descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação); é uma forma de encorajar a doação; representa um meio de desresponsabilização da paternidade do dador anônimo; é uma garantia para os pais sociais da impossibilidade do dador anônimo reclamar qualquer direito sobre o seu filho biológico; a revelação de

³⁴⁶ WANSSA, Maria do Carmo Demasi - *Op. Cit.* p. 06.

³⁴⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Procriação medicamente assistida.* p. 39

determinados elementos sobre a origem biológica da criança pode fazer com que alguns dadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais e o conhecimento da identidade do dador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada.³⁴⁸

Afirma ainda a ilustre doutrinadora portuguesa que os juristas portugueses que defendem o anonimato argumentam que o segredo é decisivo para acautelar o valor da “intimidade da vida privada e familiar” (número 1 do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa) e a sua revelação fator de responsabilidade por violação dos direitos de personalidade (Código Civil, artigo 70.º) a imputar a quem for responsável pelo sigilo³⁴⁹.

Judith Martins-Costa e Marcia Santana Fernandes, também favoráveis ao anonimato do dador, sustentam que:

“A doação envolve o núcleo do direito à intimidade, atingindo, a rigor, a própria esfera da exclusividade. Por isso mesmo, tem o pesquisar o dever de manter a privacidade do sujeito de pesquisa, sejam estas informações associadas ao material biológico ou às demais informações inerentes à pesquisa, cabendo-lhe gerir estes dados e os mecanismos para a sua obtenção e guarda. (...). Tem, assim, o sujeito de pesquisa o direito à confidencialidade que inclui o direito de preservar o anonimato do património genético, sabendo-se que o conhecimento da estrutura genética de uma pessoa é elemento suscetível ao atingimento da intimidade.”³⁵⁰

Miguel Oliveira da Silva suscita dúvidas acerca da importância sobre o que verdadeiramente pode significar para a identidade pessoal e biológica o fato de, a partir dos 18 anos, se poder conhecer o(s) dador(es) de gametas. Sustenta ainda que talvez seja, uma vez mais, o predomínio do determinismo biológico-genético a imperar também nos ordenamentos jurídicos que afasta o anonimato do doador. Afirma o ilustre doutrinador:

³⁴⁸ BARBAS, Stela – **Direito ao património genético**. p. 171-172.

³⁴⁹ BARBAS, Stela – *Op. Cit.* p. 170

³⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. FERNANDES, Márcia Santana – **Os biobancos e a doação de material biológico humano: em ensaio de qualificação jurídica**. p. 242-243.

“em que é que pode ser importante para a minha identidade pessoal (e esta compreende, engloba e transcende a identidade biológica-genética) conhecer o homem que deu o espermatozoide? Ou conhecer a mulher que doou o óvulo a partir do qual, *in vitro*, se originou o embrião posteriormente transferido para o útero da minha mãe afectiva, quer dizer, da pessoa que realmente me gerou, educou e amou?”³⁵¹

Luisa Neto, por sua vez, é favorável ao anonimato do dador, por entender que o direito à identidade genética, que se pode considerar como um direito de quarta geração hoje previsto no art. 26.º da Constituição da República Portuguesa, não se pode confundir simplisticamente com o direito ao conhecimento do progenitor. Conclui a doutrinadora:

“Ou seja, não esquecendo que o material hereditário de um ser é constituído no seio da célula original e que muito da criança que irá nascer resulta definido pelas combinações dos genes masculinos e feminino e que o conhecimento do património genético de um indivíduo é um dos meios para detectar doenças genéticas e anomalias graves, daí não resulta directamente a obrigatoriedade de conhecimento de quem seja o progenitor.”³⁵²

4.2 Defensores da prevalência do direito à identidade pessoal e genética sobre o direito ao anonimato do dador.

Na segunda corrente prevalece o entendimento de que a procriação medicamente assistida deve ser compreendida a partir do interesse da criança que vier a nascer em decorrência da utilização de uma das técnicas, e não voltar-se ao interesse dos pais, permitindo assim que seja procedida a identificação do dador, com o fito de se assegurar o reconhecimento do direito à identidade pessoal e do direito à identidade genética.

Eduardo de Oliveira Leite defende em Portugal que

“o direito de procriar poderá ser limitado, nos termos do art. 18.º, n.º 2 da CRP, para assegurar o direito à identidade da criança cuja

³⁵¹ SILVA, Miguel Oliveira da – *Op. Cit.* p. 93-94.

³⁵² NETO, Luísa – *Op. Cit.* p. 225.

estabilidade psicológica depende disso, pois o sigilo não deve ocorrer principalmente ‘por amor à própria verdade’, para cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenômeno capital do seu nascimento.”³⁵³

Nesse sentido também é doutrina de José Roberto Moreira Filho para quem “o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstacularização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai”³⁵⁴.

Stela Barbas defende a ausência do anonimato, pois acredita que

“a inseminação heteróloga envolve sempre atentado contra o direito a um patrimônio genético não manipulado e o segredo em relação ao dador está em manifesta contradição com o disposto na primeira parte do citado artigo 26.^a da Constituição da República Portuguesa que reconhece a todos o direito à identidade pessoal e genética.”³⁵⁵

Destarte a ilustre doutrinadora é contrária ao anonimato do dador, pelos seguintes fundamentos:

“Posterga o direito da criança ao conhecimento do seu Património Genético; colide com o direito fundamental de conhecer as origens biológicas que constitui uma faceta do direito à identidade pessoal (artigo 26.^a número 1 da Constituição da República Portuguesa). – Condiciona o estabelecimento da filiação. – ofende o direito essencial à identidade da pessoa subalternizando-o a um discutível direito dos inférteis a terem um filho; este é, assim, instrumentalizado. – pode ser fonte não só de futuros incestos com o também de impedimentos dirimentes ao casamento (casos em que a mulher recebe sêmen de um seu parente ou quando se verifica o relacionamento entre

³⁵³ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Procriação medicamente assistida**. p. 39-40.

³⁵⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto – **Direito à identidade genética**. 13º parag.

³⁵⁵ BARBAS, Stela - **Direito ao patrimônio genético**. p. 172.

descendentes do mesmo sêmen). – não permite procurar definir, em alguns casos concretos, a forma de transmissão hereditária de certas doenças, algumas poderão até ser de expressão tardia e em relação às quais é necessário saber como serão também elas transmitidas à descendência da pessoa em questão. A propagação de taras genéticas e de doenças conhecidas e graves pelo sêmen é um dado adquirido e implica a observância de determinados requisitos dos dadores, os quais nem sempre se mostram disponíveis, nomeadamente para a repetição de testes laboratoriais. – Implica a atomização e despersonalização do processo reprodutivo. – O conhecimento do património genético do dador é indispensável para detectar doenças genéticas e anomalias graves.”³⁵⁶

Diogo Leite de Campos, também contrário ao anonimato, considera anonimato inconstitucional pelos motivos abaixo explicitados.

“Em geral considero que o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse da pessoa que há de proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem o direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano. Utilizando aqui uma expressão retirada de outro texto, diria que a criança é (também) o passado que avança, e este passado são os seus progenitores, em larga medida. (...). Parece-me, nestes termos, que a confidencialidade sobre a identidade do dador é uma regra em evolução. Ou se vai descaracterizar através da prática; ou haverá uma intervenção legislativa no sentido de a tornar mais consistente.”³⁵⁷

Vera Lúcia Raposo propugna que

³⁵⁶BARBAS, Stela – **Direito ao património genético**. p. 174.

³⁵⁷CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação assistida heteróloga e o anonimato do dador – ou a onnipotência do sujeito**. p. 69.

“não é possível dar primazia ao direito à privacidade quando os dadores têm a livre opção de participar ou não da criação de uma nova pessoa. No momento da dação esses estão cientes que sua ação pode vir a acarretar a revelação da sua identidade, cabendo a ele sopesar suas motivações, o curso da revelação e não deixar a criança às cegas sobre sua identidade biológica”.³⁵⁸

Para José de Oliveira Ascensão, o direito de conhecer aquele de quem biologicamente deriva não se limita às hipóteses em que há necessidade médica de determinação de antecedentes genéticos, pois existe independentemente de “justa causa” e que o parecer emitido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em Portugal, no sentido do direito do novo ser ao conhecimento da sua origem genética não foi acolhido pela Assembleia da República, em Portugal, por prejudicar os negócios decorrentes da adoção das técnicas de procriação medicamente assistida.³⁵⁹

Para o ilustre doutrinador supramencionado,

“Um ser que nasce sem história, a partir de gametas anônimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado. O conhecimento da origem genética pode ser muito importante para restabelecer a sua inserção na cadeia geracional. O direito à identidade genética implica também a origem genética e pode não se bastar com a mera indicação anônima de dados genéticos.”³⁶⁰

Segundo uma perspectiva estritamente médica, João Malta também posiciona-se contrário ao anonimato do dador pois entende que ao se afirmar que o dador não tem qualquer dever em relação à criança concebida, ignora-se que é imprescindível o conhecimento da evolução clínica passada e futura do indivíduo dador, pois a medicina é, cada vez mais, baseada numa prática preventiva, sendo de importância fulcral os rastreios universais.³⁶¹

³⁵⁸ RAPOSO, Vera Lúcia Raposo - **Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião in vitro.** p.107.

³⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira – **O início da vida.** p. 17.

³⁶⁰ ASCENSÃO – José de Oliveira - **A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida.** p. 33

³⁶¹ MALTA, João – **Procriação Medicamente Assistida Heteróloga.** p. 126.

Exemplifica o ilustríssimo doutrinador em comento que não se deve esquecer que,

“no cancro da mama, o risco relativo de uma mulher sobe para 3 se sua mãe tiver história desta patologia em qualquer período da sua vida e para 4 se tal ocorrer com uma de suas eventuais irmãs. (...) A caracterização do risco familiar nas patologias do foro neuropsiquiátrico é outro dos temas mais debatidos nos nossos dias. Ou seja, prevendo-se, tão só, a possibilidade do conhecimento do genoma do dador ao mesmo tempo que se veda a análise da sua evolução clínica, subtrai-se à pessoa concebida por PMA heteróloga qualquer possibilidade de diagnóstico precoce, pois o conhecimento do genoma não permite, na maior parte das patologias, qualquer análise sobre a expressão dos genes, sujeitas a inúmeras condicionantes ambientais, comportamentais e outras”.³⁶²

Felipe Almeida defende a prevalência do direito a identidade genética do filho, como forma de se respeitar a sua dignidade, na sua historicidade, respeitado já na sua liberdade, nos seguintes termos:

“Respingo estas considerações porque vejo o filho, afinal o elo mais fraco de quem me é pedido para falar, hoje, nascer muito antes da sua chegada ao útero materno. Na tecitura de um quadro amoroso, ele nasce, efectivamente, no exercício de um desejo responsável, que parte de uma vontade autônoma. E é exactamente nesta temporalidade, nesta presença ausente, que ele tem de começar a ser respeitado. Respeitado na sua identidade, na sua dignidade, na sua historicidade, respeitado já na sua liberdade. É para este primórdio da concepção do meu filho que reclamo a minha particular atenção. Não posso querer um filho para dilatar ou consolidar a minha propriedade. Julgo não existir o direito a ter um filho. Tenho, sim, o direito ao amor e, nele, o direito à criatividade e à fecundidade que

³⁶²*Idem – Ibidem.*

se espraia no filho, porventura, a sua mais elevada expressão. Devo desejar o filho por ele mesmo, para que ele viva, não para ser minha propriedade. Desejar o filho no desconhecimento de uma genealogia a que deve poder aceder coarctada, radicalmente, o seu direito a conhecer as suas raízes genéticas.”³⁶³

Moreira Filho sustenta ainda a prevalência do acesso à origem genética a partir do princípio da isonomia, que deve ser interpretado também no sentido de igualdade entre os filhos.

“Os filhos gerados por doação de gametas teriam o direito de conhecerem a sua origem genética, ou seja, seus pais biológicos, sem que isso acarretasse descontinuidade da filiação jurídica ou socioafetiva e sem que implicasse quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético.”³⁶⁴

Guilherme Gama prega a possibilidade de o direito à intimidade de o doador ceder em favor do direito à origem genética da pessoa concebida artificialmente, em face da importância da informação sobre a ascendência para o bem-estar psíquico da pessoa. Defende, ainda, que deve ceder sempre nos casos em que a informação terá relevância para garantir a integridade física e até mesmo a saúde da pessoa, em caso de doenças genéticas. Nesses casos, na verdade, teríamos é um conflito não apenas do direito à origem genética mas até mesmo, do direito à vida, cujo peso valorativo é maior do que qualquer outro.³⁶⁵

Stela Barbas traz ainda que há doutrinadores favoráveis a verdade genética sustentando constituir abuso de direito o fato de o presumível pai biológico invocar o direito à privacidade para justificar a sua não sujeição ao teste, na medida em que priva, deliberadamente, e sem justificação razoável, a criança de conhecer as origens genéticas.³⁶⁶

³⁶³ ALMEIDA, Felipe – **Vulnerabilidade no início da vida humana**. p. 18-19.

³⁶⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto – **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida**. p.2.

³⁶⁵ GAMA, Guilherme C. Nogueira da – **A nova filiação**. p. 906.

³⁶⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Investigação da filiação**. p. 29.

4.3 Defensores de uma posição intermediária:

Há ainda uma posição doutrinária intermediária, no seguinte sentido:

que não é necessária a identificação do dador, mas apenas o acesso à sua identidade genética, ou seja, ao seu DNA. Sendo assim, o anonimato do dador não significa que tudo constitui segredo, podendo configurar-se vários graus de segredo a que correspondem vários graus de revelação em que seria possível numa primeira fase, revelar ao filho que este nasceu mediante uma técnica de PMA, e numa segunda fase, seria permitido conhecer os antecedentes genéticos do dador, sem chegar a revelar a identidade³⁶⁷.

Dentre os doutrinadores dessa posição, Rafael Reis advoga a possibilidade do conhecimento do dador e, excepcionalmente, mediante reconhecida decisão judicial, outros valores poderiam impedir a revelação quando restasse comprovado que na situação concreta haveria prejuízo maior que aquele que a efetivação do direito de conhecimento das origens genéticas poderia evitar, como, por exemplo, da proteção dos núcleos familiares estabelecidos ou da saúde psíquica do dador.³⁶⁸

Afirma o jurista português:

“Reconhecendo algum mérito aos argumentos que assinalam o risco de diminuição drástica de dadores em consequência da abolição absoluta de qualquer sistema de anonimato, deve defender-se uma solução legal que parta da admissibilidade, *prima facie*, do conhecimento pela pessoa gerada com recurso à PMA da identidade do dador do esperma, dos ovócitos ou do embrião, devendo essa faculdade ser apenas paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a proteção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinem.”³⁶⁹

³⁶⁷ VARELA, Antunes – **A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro.** p. 101.

³⁶⁸ REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas.** p. 365.

³⁶⁹ Idem – **Op. Cit.** p.500-501.

Discorda, todavia, o referido doutrinador, da criação, ainda que a título transitório, de um “*Double track system*” que permitisse que os beneficiários pudessem escolher entre o recurso a gametas de dadores que permaneceriam anônimos ou de dadores que aceitariam a revelação da sua identidade, sob fundamento de que um sistema dessa natureza continuaria a não tutelar o interesse daqueles filhos que, sem escolher, nasceram sob a alçada do anonimato, e seria de difícil enquadramento constitucional, não só no que respeita ao direito ao conhecimento das origens genéticas, mas também considerando a tutela constitucional da igualdade e não discriminação.³⁷⁰

4.4 Aplicação do princípio da ponderação para resolução do conflito existente entre os direitos à identidade pessoal e genética e o direito ao anonimato do dador na procriação medicamente assistida heteróloga.

A partir da adoção do princípio da proporcionalidade de Alexy, como técnica para resolução de conflitos existentes entre direitos fundamentais de personalidade, procuraremos resolver o conflito existente entre os direitos fundamentais da identidade pessoal e genética e da intimidade do dador e na procriação medicamente assistida heteróloga.

Destarte, necessário destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Não obstante, esclarece Diego Brito Cardoso que a análise de determinada medida através de todos os subprincípios não é sempre obrigatória, ou seja, a relação entre eles é subsidiária, só se passando para o exame através do outro subprincípio caso o ato analisado seja considerado proporcional. Ou seja, só se deve analisar se uma medida é necessária, após verificar se ela é adequada. Caso ela seja inadequada, ela já será tida como desproporcional, sendo prescindível o seu exame pelo subprincípio da necessidade.³⁷¹

Como já visto alhures, o subprincípio da adequação consiste em realizar um exame absoluto, ou seja, sem comparações com outras hipóteses, em relação ao meio escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato deve ser considerado

³⁷⁰Idem – *Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. 2006. p. 223.

³⁷¹CARDOSO, Diego Brito – *Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy*. p. 148.

adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, sendo inadequada se tal medida não contribuir em nada para o objetivo alcançado.³⁷²

No caso sob estudo, é o anonimato do dador meio adequado para promover a defesa do direito fundamental de personalidade da intimidade do terceiro que doa seu material genético na procriação medicamente assistida heteróloga?

Cremos que sim. De fato, a partir da opção pelo anonimato, o terceiro que doa seu material genético na procriação medicamente assistida heteróloga terá preservado o direito fundamental de personalidade da intimidade.

Logo, sendo a medida adequada, deve-se examinar através dos outros subprincípios da proporcionalidade se ela é, ao final, tida como proporcional.

O subprincípio da necessidade, conforme da discorrido no capítulo anterior, obriga a realização de um exame comparativo, cotejando-se a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido. A medida adotada deve ser considerada necessária se não existir outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo.

Em suma, nas palavras de Diego Brito Cardoso,

“aqui pretende-se aferir se a realização de tal objetivo não pode ser promovido de outra maneira que limite menos o direito fundamental atingido. Assim, o primeiro passo é verificar qual é o direito que está sendo restringido e depois pensar em outras medidas tão eficazes quanto, porém menos gravosas, efetuando-se a comparação supramencionada.”³⁷³

No caso em análise, pergunta-se se a defesa do direito fundamental de personalidade da intimidade do dador pode ser alcançada por outros meios menos gravoso que ao direito fundamental à identidade pessoal e genética da pessoa nascida a partir de uma técnica da procriação medicamente assistida heteróloga, que é o anonimato.

Isso porque, sendo possível alcançar a proteção do direito à intimidade do dador por outro meio que não afete o direito fundamental à identidade pessoal e genética, não se mostra proporcional a adoção do anonimato.

Acreditamos que não. Logo, tal medida é necessária, pois não há outras medidas tão eficazes quanto, e menos gravosa ao direito fundamental à identidade pessoal e

³⁷²*Idem - Ibidem.*

³⁷³*Idem – Op. Cit.* p. 149.

genética da pessoa nascida, a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida heteróloga. Logo, não há como harmonizar o conflito existente entre esses direitos fundamentais de personalidade, passando-se à terceira etapa da ponderação, que é a análise da proporcionalidade.

Como visto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação é um exame que deve levar em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente.³⁷⁴

Nesse momento, deve-se, portanto, apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar.

Nas palavras de Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento estabelece que “quanto maior o grau de não-satisfação ou detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”³⁷⁵.

Explicando a teoria de Alexy, Diego Brito Cardoso esclarece que a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser dividida em 3 (três) fases.

“Primeiro deve ser determinada a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido. Depois deve-se averiguar a importância das razões que justificam tal intervenção, ou seja, a importância de satisfazer o direito concorrente. Por fim, deve-se fazer a ponderação entre as respostas das 2 (duas) fases anteriores, concluindo se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido. Assim sendo, uma medida não passa neste teste se os motivos que fundamentarem a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.”³⁷⁶

Observando a grau de restrição ou não-satisfação do direito fundamental de personalidade ao conhecimento da origem pessoal e genética, notamos que se dá no grau

³⁷⁴ *Idem – Ibidem.*

³⁷⁵ ALEXY, Robert – **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. p. 136.

³⁷⁶ ALEXY, Robert *apud* CARDOSO, Diego Brito – **Op. Cit.** p. 149.

máximo, na medida em que a maioria das legislações que impõe a prevalência do anonimato, no máximo permite, excepcionalmente, a relativização da regra, e mesmo assim, por motivos ponderosos e plenamente justificado perante o Estado-Juiz.

Por outro lado, da leitura atenta das correntes doutrinárias existentes acerca da prevalência ou não do anonimato do dador na procriação medicamente assistida heteróloga sobre o direito fundamental à identidade histórica e genética, observa-se que as razões que justificam a ausência do anonimato são mais juridicamente aceitáveis, no estágio atual da evolução da sociedade e do direito, do que as razões invocadas para a defesa do anonimato.

Isso porque, o princípio do superior interesse do menor nos impele a proteger o direito fundamental de personalidade da identidade pessoal e genética da pessoa nascida de uma técnica de procriação medicamente assistida, em detrimento do direito fundamental de personalidade da intimidade daquele que, por ato livre e consciente, participou do projeto parental de terceiros, doando seu material genético.

Não há que se falar mais que o anonimato estimula a doação de gametas e, o não-anonimato acabaria por inviabilizar ou embaraçar a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, porque diminuiria o número de dadores. Sabe-se que nos países que adotaram a prevalência do direito à identidade pessoal e genética, em detrimento do direito à intimidade do dador, não houve, de fato, a inviabilização da utilização de tal técnica; ao contrário, vem aumento o número de dadores.³⁷⁷

Por outro lado, o reconhecimento da origem pessoal e genética não implica em reconhecimento do vínculo jurídico de filiação, que é garantido aquele (s) que possuíam o projeto parental. Hodiernamente não mais prevalece a identidade biológica – genética como único critério para fixação da filiação jurídica.

Outrossim, a prevalência do direito à identidade pessoal e genética, em detrimento da intimidade do dador, opera-se exclusivamente em relação a pessoa nascida da técnica de procriação, que não pode ser um direito de personalidade aniquilado por ajustes de terceiros, mantendo-se o direito a intimidade do dador com relação aos demais participantes do processo de procriação medicamente assistida heteróloga, através do termo

³⁷⁷ De acordo com a *Human Fertilisation and Embriology Authority* britânica, o número de dadores e de ciclos de tratamentos efetuados com recursos a gametas doados tem aumentado de forma notória, nos últimos anos.

de confidencialidade, o que garante também que o terceiro, que doou seu material genético, não se intrometa na vida da família recebedora da doação.

Quando se pensa nos sistemas de proteção da infância, é habitual prosseguir o interesse superior da criança, ainda que ele resista a uma definição operativa e, porventura, nem mereça essa tentativa inglória, estando, como está, profundamente dependente de cada caso concreto. O que não é hábito é procurar defender o interesse superior de uma criança que ainda não existe, que nem sequer está concebida, conhecendo-se raras hipóteses de intervenção das leis em socorro de *concepturi*.³⁷⁸

A Convenção Sobre Direitos da Criança, nos seus artigos 7º, I e 8º³⁷⁹, garante o direito a proteção da identidade, estabelecendo que toda criança tem direito, sempre que possível, a conhecer os seus pais, sendo certo que há vários conceitos de paternidade (biológica/genética; social/psicológica e jurídica).

O estabelecimento de que as crianças têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas em desenvolvimento, assegurando-lhes direitos civis, humanos e sociais, retira-as da condição de menores receptores de benefícios para satisfação das suas necessidades básicas ou objetos de intervenção e eleva-as à condição de cidadãos.³⁸⁰

Outro não é o direcionamento do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), que alerta para o fato de que

“a decisão sobre a utilização da técnica de PMA deve estar subordinada ao primato do ser humano, princípio fundamental que rejeita a sua instrumentalização, e consagra a dignidade do ser humano e consequente proteção dos seus direitos, em qualquer circunstância, face às aplicações da ciência e das tecnologias médicas - Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina. No âmbito da aplicação das técnicas da PMA deve, assim, valorizar-

³⁷⁸ OLIVEIRA, Guilherme – **Restrições de Acesso à Parentalidade**. p. 23.

³⁷⁹ Artigo 7, I, e 8º da Convenção sobre Direitos da Criança, *in verbis*:

1. A criança é registrada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles.

Artigo 8

1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal.

2. No caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e protecção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível.

³⁸⁰ ALMEIDA, Felipe – **Vulnerabilidade no início da vida humana**. p. 20-21.

se a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é quem é mais carecido de proteção. Devem ainda ser tidos em consideração os direitos do/a filho/a à sua identidade pessoal, ao conhecimento das suas origens parentais, bem como a conhecer eventuais riscos para a sua saúde associados aos processos tecnológicos utilizados na sua geração.”³⁸¹

Registre-se que, em Portugal, já é reconhecido ao adotado, com idade igual ou superior a 16 anos, o direito ao acesso ao conhecimento das origens, a partir de solicitação expressa.³⁸²

Perguntamo-nos, então, se o anonimato do dador, na procriação medicamente assistida heteróloga, só por si, prejudica, ou de algum modo põe em causa o superior interesse da criança, ou seja, se o seu bem-estar ou saúde ou compleição ou inteligência ou equilíbrio emocionais e psicológicos estarão em perigo, por ser impedida de conhecer sua origem genética.

A nós parece que sim, e nesse sentido trouxemos a colação a posição doutrinária de conceituados doutores, embora haja doutrinadores defendendo a relativização desse direito, a partir da ponderação.

Nesse sentido, Ana Claudia Ferraz defende que no exercício da ponderação, o aplicador do direito deverá ter em mente o princípio do melhor interesse da criança, que não necessariamente importará no conhecimento da origem biológica, nos casos de inseminação artificial heteróloga. A criança pode, efetivamente, não ter ainda maturidade suficiente para lidar com a questão, podendo até causar dano à integridade psíquica da mesma e abalar o relacionamento com a família, já calcado na afetividade. Por isso, muitos defendem que a informação apenas deve ser fornecida a partir da maioridade do interessado. Dessa forma, o julgado deverá valer-se de parecer psicossocial a fim de, no caso concreto, poder avaliar a extensão dos benefícios e danos para as partes envolvidas, procurando, assim, causar o menor dano possível, ao decidir qual o direito fundamental deve prevalecer.³⁸³

Por outro lado, Maria do Carmo Demasi Wanssa reconhece que é controverso o fato das crianças nascidas, através deste processo heterólogo, desconhecerem a sua

³⁸¹CNECV – Parecer n.º 87/CNECV/2016.

³⁸² Art. 1990.º - A do Código Civil, aditado pela Lei n.º 143/2015.

³⁸³FERRAZ, Ana Claudia de Barros Correia – *Op. Cit.* p. 155.

origem genética, pois, ao tempo que alguns especialistas acreditam que o anonimato dos doadores permite que os pais exerçam uma maior influência de suas identidades sobre os filhos, outros afirmam que geraria uma incompleta percepção de sua identidade à criança, levando a graves repercussões psicológicas.³⁸⁴

Como bem colocado pelas doutrinadoras Marta Costa e Catarina Saraiva Lima³⁸⁵, numa sociedade que se revela cada vez mais pluralista, e onde os progressos da ciência se sucedem de forma vertiginosa, não se crer que as crianças que venham a nascer neste século estranhem a existência de várias formas de nascimento, através do recurso a várias técnicas médicas, inclusive porque as crianças de hoje são mais receptivas do que as gerações que as antecedem à diferença na família.

Stela Barbas, de forma categórica, sustenta que a ninguém pode ser negado o direito de saber a forma como foi gerado ou o direito de se conhecer a si próprio ou a definição integral da sua identidade genômica,

“especialmente nos dias atuais, na medida em que possuímos meios de prova científica cada vez mais perfeitos, e que o princípio da igualdade entrou nos espíritos e nas leis, nos conduzindo para o princípio da verdade genômica como instrumento de um direito fundamental, o da igualdade. Todo o ser humano deve ter o direito de saber quem é o seu pai e mãe genéticos.”³⁸⁶

Em um mundo repleto de crianças cujos nascimentos são fruto de um descuido ou de ausência de planejamento familiar, e de crianças órfãs ou abandonadas, a criança nascida a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida heteróloga certamente terá especial consciência do quão desejada foi.

³⁸⁴WANSSA, Maria do Carmo Demasi – *Op. Cit.* p. 06.

³⁸⁵COSTA, Marta. LIMA, Catarina Saraiva – *Op. Cit.* p. 280.

³⁸⁶BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Investigação da filiação.* p. 42.

CONCLUSÃO

Personalidade jurídica é a aptidão que todo homem tem para ser sujeito de direitos e obrigações. Já direitos de personalidade jurídica são os direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objeto bens da própria personalidade física, moral e jurídica, enquanto emanções ou manifestações da personalidade. Tem por objeto o bem jurídico da personalidade, constituindo o mínimo necessário e imprescindível dos bens pessoais juridicamente reconhecidos. Possuem como características o fato de serem absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, vitalícios e necessários.

O fundamento jurídico para proteção dos direitos da personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o reconhecimento desta dignidade coloca a pessoa humana no centro do ordenamento, mudando o enfoque do Direito Civil, por consequência, passando do “ter” para o “ser”.

Por outro lado, não se deve confundir direitos de personalidade jurídica com direitos fundamentais e direitos humanos, embora muitas vezes haja sobreposição relativamente ao bem protegido, caso em que a sua proteção é reforçadíssima, constituindo direitos fundamentais de personalidades. Os direitos de personalidade são os que incidem sobre elementos desta e realidades afins. O critério é o objeto. Os direitos fundamentais, em sentido formal, são os atribuídos pela Constituição. O critério é a fonte de atribuição. Os direitos humanos são os que resultam da própria natureza do Homem, e que a lei natural e internacional reconhece. O critério é a extensão da sua titularidade natural e internacional.

Dentre os direitos fundamentais de personalidade interessa-nos em especial o direito à identidade pessoal e genética e direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Por direito à identidade pessoal e genética, conforme visto alhures, conceitua a doutrina como sendo aquilo que identifica cada ser humano como pessoa individualizada e diferente de todas as outras por um conjunto de situações pessoais vividas ao longo da vida, implicando, consequentemente, no reconhecimento à um direito fundamental as origens genéticas, garantindo aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo único.

Já direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é o reconhecimento da existência de um espaço de privacidade à pessoa para que possa estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam eles simplesmente os vizinhos, ou sejam as

autoridades públicas ou os meios de comunicação social, ou sejam quaisquer pessoas, obstando a devassa da vida privada.

A doutrina conceitua, em linhas gerais, a procriação medicamente assistida como sendo o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual. Destina-se a proporcionar aos casais que possuem algum tipo de infertilidade, a possibilidade de procriarem.

Embora não haja consenso na doutrina acerca da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, havendo argumentos contrários e favoráveis a sua utilização, é uma realidade que se impõe, sendo as técnicas atualmente mais utilizadas a inseminação intrauterina (IIU); a transferência intratubária de gametas (GIFT), zigotos (ZIFT) e embriões (TEF); a fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões para o útero (FIV) e a injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozoide (ICSI). Registre-se ainda a existência do método denominado diagnóstico genético pré-implantação – DGPI, que não tem por finalidade permitir a um casal infértil a possibilidade de procriar, mas detectar nos embriões genéticas ou cromossômicas severas.

Quanto ao uso do gameta próprio do casal ou de terceiros, a procriação medicamente assistida pode ser homóloga ou heteróloga. No primeiro caso vimos que a fecundação é realizada com material genético do marido ou companheiro e com o material genético da própria mulher, sem intervenção de terceiros, já no segundo caso o material genético de um, ou ambos, é doado por terceiro, estranho a relação conjugal, seja por inexistência, insuficiência ou má qualidade do material genético.

Sendo um ato médico, poder-se-ia dizer que não haveria limitação à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Todavia, assim não é. Apesar de constituir um ato médico, somente se legitima a sua utilização se não implica em violação de princípios fundamentais aplicáveis a espécie.

O primeiro desses princípios fundamentais é a dignidade da pessoa humana, que por constituir o alicerce em que se assenta todo o edifício constitucional, termina sendo reconhecido como princípios dos princípios. Tal princípio impõe limites à atuação do Estado, de modo que o poder público não pode praticar atos que o violem e deve ter como meta a promoção de uma vida digna para todas as pessoas. Por outro lado, impõe também limites nas relações entre os particulares, coibindo comportamentos inter-relacionais que violem a dignidade do indivíduo.

Para além da dignidade da pessoa humana, aplica-se ainda a procriação medicamente assistida os princípios fundamentais relacionados ao direito de

personalidade, dentre eles o direito à identidade pessoal e genética, direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e autonomia privada, e o direito de família, havendo ainda autores que citam o princípio geral da igualdade.

Diversos direitos de personalidade, por estarem protegidos na Constituição, terminam gozando de uma proteção especial, constituindo direitos de personalidade fundamentais, erigindo-se a verdadeiros princípios fundamentais, inerentes, portanto, a pessoa humana. É o caso dos direitos de personalidade envolvidos na procriação medicamente assistida heteróloga: direito à identidade pessoal e genética e direito à intimidade.

Esses princípios fundamentais, além de limitar a atuação estatal, condicionam também a validade, a interpretação e a integração dos atos, negócios e contratos.

Hodiernamente se faz necessário distinguir norma jurídica, regra jurídica e princípios jurídicos, compreendendo-se que regras e princípios são duas espécies de normas, que se diferenciam quanto a dimensão de validade, no sentido de que as regras seriam aplicadas à maneira do tudo ou nada, isto é, ou as regras são válidas para o caso concreto e, por isso, aplicadas na sua integralidade, ou não são válidas, não sendo, portanto, aplicadas. Já os princípios não teriam essa dimensão de validade, e sim uma dimensão que as regras não possuem: a de peso ou importância. Desta forma, no caso de colisão entre princípios prevaleceria aquele com maior importância para aquele determinado caso concreto, sem que isso implicasse na invalidade do outro princípio, uma vez que em outros casos é possível que o princípio de mais importância seja outro.

Por outro lado, a coexistência de diversos princípios fundamentais pode levar ao surgimento de conflitos entre os princípios, que se dá na modalidade de concorrência ou colisão. Na concorrência um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, não havendo oposição de pretensões jurídicas elevadas por dois ou mais titulares, apenas de um titular. Já na colisão de direitos fundamentais a realização de um direito fundamental repercute negativamente sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, ou seja, o pressuposto de fato de um direito afeta diretamente o pressuposto de fato de outro direito fundamental.

Havendo colisão entre princípios, e não sendo possível a harmonização dos direitos conflitantes, a resolução desse conflito se dará a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

O princípio da proporcionalidade é composto por três princípios parciais: idoneidade (adequação), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.

Através do princípio da idoneidade, entende a doutrina, será verificado se o meio escolhido é adequado para atingir o objetivo pretendido, devendo existir, para tanto, uma congruência entre a medida adotada e a finalidade da norma.

Já o princípio da necessidade busca o meio menos injurioso aos bens e valores constitucionalmente protegidos, procurando a mais suave das opções, dentro das disponíveis, para o alcance do fim.

O princípio parcial da proporcionalidade, por sua vez, é o lugar da ponderação, somente se admitindo e justificando a restrição de um direito fundamental se para salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente constituído.

Observa-se, portanto, que há colisão de direitos fundamentais quando se está diante de uma procriação medicamente assistida heteróloga: o direito ao reconhecimento da origem genética da pessoa nascida a partir de da técnica colide com o direito à intimidade do dador do material genético de manter-se no anonimato.

Diante do conflito *in concreto* desses direitos fundamentais, deve-se ponderar qual o direito fundamental prevalecerá no caso, já que não é possível a sua harmonização.

A doutrina está dividida, existindo três correntes doutrinárias: os defensores da prevalência do direito ao anonimato do dador, os defensores do direito à identidade pessoal e genética da criança que virá a nascer em razão de uma técnica de procriação medicamente assistida heteróloga e uma corrente mista, que sustenta a prevalência do direito ao anonimato no primeiro momento, porem estabelece um marco temporal a partir do qual a regra do anonimato deixaria de existir.

Acreditamos que, se no primeiro momento a opção pelo anonimato do dador como forma de proteger os interesses dos beneficiários da PMA, foi de certo modo acertada, porque fomentou no nascedouro a utilização da técnica de procriação medicamente assistida heteróloga, hodiernamente não mais se justifica.

Isso porque, além de bastante difundida e aceita, a utilização de técnicas de PMA dentre elas a inseminação com sêmen ou ovócito de terceiros dadores, como forma de tratar casais inférteis e garantir-lhes o direito de procriar e constituir família, na ponderação dos direitos fundamentais envolvidos no ato deve prevalecer o direito à identidade pessoal e genética da criança nascida em decorrência da técnica, na medida em que não tendo consentido para a realização da técnica de PMA não pode sofrer

restrição a esse direito fundamental imposta pelos participantes do procedimento (terceiros, em relação ao ser humano que vier a nascer), sob pena de já vir ao mundo tolhida de saber suas origens, acarretando-lhe mitigação na sua dignidade enquanto ser humano.

Destarte, embora o Tribunal Constitucional Português tenha reconhecido no julgamento do Acórdão n.º 101/2009 que o anonimato moderado adotado pelo legislador português seria uma opção constitucional, dentro da margem de livre ponderação do legislador, no Acórdão n.º 225/2018, conquanto não tenha afastado o entendimento firmado no acórdão anterior, eliminou a coercibilidade do sigilo absoluto constante do n.º 1 do artigo 15.º, da Lei de PMA atualmente em vigor, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, afastando, ainda, a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recursos à gestação de substituição, eliminando, ainda, a necessidade de apresentação de “razões ponderosas” para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores atualmente prevista no n.º 4 do preceito supramencionado e sinalizou a necessidade de edição de nova lei que serviria não apenas para afastar as contradições sistêmicas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas visaria ainda estabelecer a regulação do modo como os interessados poderão obter às informações necessárias ao conhecimento das suas origens.

No estágio atual da bioética, aqueles que se predispõe a ser dadores de sêmen ou ovócitos devem ter ciência que ao consentir com a dação, estará livre e voluntariamente limitando seu direito fundamental à reserva sobre a intimidade da vida privada.

No contexto atual do Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana impõe a ideia de um valor próprio, supremo e inalienável atribuído à pessoa só pelo fato de o ser, por simples fato da sua humanidade; a ideia de respeito, de igual consideração dos interesses de cada pessoa, da sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem-estar; a ideia de pessoa como fim e não como mero meio ou instrumento de outros; a ideia de que é a pessoa individualmente considerada, que justifica a existência do Estado e do poder político organizado da comunidade.

O indivíduo nascido de uma técnica de procriação medicamente assistida não pode ser sujeito da vontade onipotente dos participantes da técnica de procriação medicamente assistida que levou ao seu nascimento, sob pena de já nascer com um direito

de personalidade limitado por disposição de vontade de terceiros ou até mesmo aliado desse direito.

O interesse constitucionalmente protegido relevante, no âmbito da procriação medicamente assistida a partir do princípio da dignidade humana, será o princípio do superior interesse da criança, cujo nascimento é o fim último de qualquer técnica de procriação medicamente assistida e cujo bem-estar e proteção devem ser sempre acautelados.

Não podemos conceber, por um lado, que a dignidade humana da criança nascida a partir de uma técnica de procriação assistida seja posta em causa, de forma particular pelo anonimato do dador, na medida em que o anonimato do dador não constitui medida necessária ou adequada à proteção do superior interesse da criança, ponderando, nessa sede, entre restringir ou até mesmo negar o direito da criança nascida de uma técnica de procriação medicamente assistida, a saber sua origem pessoal e genética e restringir o direito do dador do material genético ao anonimato - direito fundamental a intimidade, deverá preponderar o direito a identidade pessoal e genética.

BIBLIOGRAFIA

1. FONTES DOCUMENTAIS

CANOTILHO, J.J.Gomes, anot. – **Constituição da república portuguesa anotada.**

Tomo I. V. II. 4ª edição revista. Coimbra, 2010. ISBN 987-972-32-1839-9.

CANOTILHO, J.J.Gomes. MOREIRA, Vital, anot - **Constituição da república**

portuguesa anotada. Volume I. 4ª edição revista. Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CODIGO CIVIL. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6459-8.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA- **PARECER**

44/CNECV/04 de 4 de julho de 2004 [Em linha]. Lisboa, 2004. [Consult. 02

Nov. 2017]. Disponível em

http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA-**PARECER**

N.º 87/CNECV/2016 [Em linha]. Lisboa, 2016. [Consult. 05 Mai. 2018].

Disponível em

http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 19.^a

edição. Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-722-6.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY – Fertility

treatment 2014 – Trend sand figures [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2018].

Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm.

JORGE, Miranda; MEDEIROS, Rui, anot. - **Constituição portuguesa anotada, tomo**

I, introdução geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º. 2ª edição, revista, actualizada e ampliada. Coimbra, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

LEI nº 32/2006. Diário da República I Série, Nº 143 (26-07-2006), p. 980-981.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, anot. – **Código civil anotado.** Vol. V.

reimpressão. Coimbra, 2010. ISBN 972-32-0708-7.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - **Convenção sobre os Direitos da**

Criança das Nações Unidas [Em linha]. Nova Iorque, 1989. [Consult. 02 Nov.

2017]. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - **Carta das Nações Unidas** [Em linha].

São Francisco, 1945. [Consult. 02 Nov. 2017]. Disponível em

<http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/biblioteca/publicacoes/onu/401-carta-das-nacoes-unidas>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - **Declaração Universal dos Direitos do Homem** [Em linha]. Paris, 1948. [Consult. 23 Apr. 2018]. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - **Declaração dos Direitos da Criança** [Em linha]. Nova York, 1959. [Consult. 23 Apr. 2018]. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>.

PARLAMENTO EUROPEU - **Resolução do Parlamento Europeu sobre a fecundação artificial in vivo e in vitro** [Em linha]. Luxemburgo, 1989. [Consult. 21 Apr. 2018]. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20030317/490740PT.pdf> f.

UNIÃO EUROPÉIA - **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia** [Em linha]. Nice, 2000. [Consult. 21 Apr. 2018]. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

2. BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca – O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida.

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra. ISSN 0870-3116. Vol. XLI. N.º 2 (2000), p. 656-713.

ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. 2ª edição. Principia: Lisboa, 2011. ISBN 978989710325.

_____ - Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária.

Revista da Ordem dos Advogados Portugueses [Em linha]. Vol. 68 (2008). [Consult. 21 Apr. 2018]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-de-melo-alexandrino-os-direitos-das-criancas/>.

ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

- _____ – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. N.º 127 (1999).
- _____ – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In **ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____ – Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 68. I, 2008. p. 275-309.
- _____ - Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **RatioJuris** [Em linha]. Vol. 16. N.º 2 (2003). [Consult. 01 Jul. 2017]. Disponível em <http://docslide.com.br/documents/robert-alexy-direitos-fundamentais-balanceamento-e-razionalidadepdf.html>.
- ALMEIDA, Felipe – Vulnerabilidade no início da vida humana. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Ano XII, N.º 36 (Dezembro 2004).
- AMARAL, Francisco – **Direito civil. Introdução**. 8ª edição, revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-857-147-879-4.
- ARCHER, Luís – Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999. In **Genética e Reprodução Humana**. Coord. Rui Nunes, Helena Melo. Coimbra, 2000. ISBN 972-603-231-8. p. 15-47.
- ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito civil: teoria geral**. V. 1. 2.ª edição. Coimbra, 2000.
- _____ – O início da vida. In ASCENSÃO, José de (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-4. p. 9-28.
- _____ – José de Oliveira. A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. In ASCENSÃO, José de (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p.25-50.
- _____ – Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade. In ASCENSÃO, José de (Coord.). **Direito da Bioética**. Vol. III. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 51-76.

- _____ - Procriação assistida e direito. In **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2006. p. 645-676.
- ÁVILA, Humberto – A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. N.º 215 (Jan./Mar. 1999), p. 151-179.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça – **Ética, direito e reprodução humana assistida**. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011 (reimpressão da edição de Setembro 2007). ISBN 978-972-40-3250-4.
- _____ - **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-1113-5.
- _____ - Investigação da filiação. In ASCENSÃO, José de (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-4. p. 29-72.
- BARROS, Suzana de Toledo – **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto – **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRAGA, Valeschka e Silva – **Princípios da proporcionalidade & razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004.
- CABRAL, Rita - O Direito à intimidade da Vida Privada. In **Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa, 1989. p. 373-406.
- CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós. Estudo sobre o Direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2155-6.
- _____ - A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito. **Separata de Estudos de Direito da Bioética**. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra, 2008. p. 73-86.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição (17ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- _____ – **Direito Constitucional**. 7ª edição (17ª Reimpressão). Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CARDOSO, Diego Brito – Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. [Em linha]. ISSN 1982-310X. p. 137-155. [Consult. 01 Jul. 2017]. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10327/7300>.
- CARDOSO, Salvador Massano – PMA – PARA QUÊ, PARA QUEM, COM QUE CUSTOS? As leis da Interrupção Involuntária da Gravidez (IVG) e da Procriação Medicamente Assistida (PMA) – uma apreciação bioética. In **Ciclo de Conferências CNECV**. Porto: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2011. ISBN 978-972-8368-31-9. p. 11-19.
- CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – **Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. ISBN 978-857-5255-01-8.
- CORDEIRO, António Menezes – Tratado de direito civil. Parte Geral. Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 978-972-40-1429-0.
- _____ - **Tratado de direito civil. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das Leis no tempo. Doutrina Geral**. I. 4ª edição (reformulada e atualizada). Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4776-8.
- COSTA JR., Paulo José da – **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade**. RT, 1970.
- COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. **A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade**. Lusíadas. Lisboa: Universidade Lusíada. Série II, n.º 10 (2012).
- CUNHA JUNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2013. ISBN 857-761-761-0.
- DIAS, Maria Berenice – **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- DONIZETE, Leila - **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FALCÃO, Marta; FALCÃO David – Breve estudio de las técnicas de procreación medicamente asistida. **Revista dos Tribunais “online”. Revista de Direito Privado** [Em linha]. Vol. 63 (2015). p. 239-254. [Consult. 01 Jul. 2017]. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/95639>.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Edilsom Pereira de – **Colisão de Direitos**. Porto Alegre, 1996.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil. I. Introdução, Pressupostos da relação jurídica**. 3ª edição revista e actualizada. Lisboa: Universidade Católica. ISBN 972-54-0021-6.
- FERNANDES, Silva da Cunha – **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERRAZ, Ana Claudia de Barros Correia - **Reprodução Humana Assistida. E suas Consequências nas Relações de Família. A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009. ISBN 978-85-362-2698-9.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GALANTE, Fatima – **A adoção: a identidade pessoal e genética**. Verbo Jurídico, 2013.
- GALANTE, Fátima – **Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial. Dos Processos Especiais**. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN 978-972-724-506-2.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira – Filiação e Reprodução Assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais** [Em linha]. Vol. 776/2000. p. 60-84. [Consult. 21 de Nov. de 2017]. Disponível em https://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/%28Filia_347_343oReprodu_347_343o%29.pdf
- _____ – **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

- GAVARA DE CARA, Juan Carlos – **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía Del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. ISBN 978-85-7348-718-3.
- GODINHO, Adriano Marteleto - O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o direito. **IV Seminário do IDCC. Humanização do Direito e Proteção Social dos Hipervulneráveis** [Em linha]. Vol. I (2018). [Consult. 01 Abr. 2018]. Disponível em <http://institutodcc.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Humaniza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-eProte%C3%A7%C3%A3o-Social-dos-Hipervulner%C3%A1veis-Vol-I.pdf>.
- GOMES, Orlando – **Introdução ao direito civil**. Atualizador Humberto Theodoro Júnior. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. ISBN 85-209-1214-4.
- GONÇALVES, Diogo Costa – **Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008
- GONÇALVES, Fernando David de Melo – **Novos métodos de reprodução assistida e conseqüências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011. ISBN 978-85-362-3348-2.
- GOZZO, Débora – Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade. In **Direito Humanos Fundamentais – Positivção e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006. ISBN 85-98366-08-0. p. 217-242.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago – **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HABERMAS, Jurgén – **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- LARENZ, Karl - **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Tradução de Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.
- LOBO, Paulo Luiz Neto – O exame de DNA e o princípio da dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família. Jurisprudência comentada**. Rio de Janeiro. N.º 1 (Abr./maio/jun. 1999), p. 68-78.
- _____ – Danos Morais e direitos de personalidade. In OLIVEIRA, Eduardo de (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 348-366.
- _____ – **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

- KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Edições 70. Lisboa, 1995.
- KELSEN, Hans – **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- MALTA, João – Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade. In ASCENSÃO, José de (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 121-129.
- MARTA COSTA, Paula Martinho da – **A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)**. 1ª edição. Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1905-0.
- MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana – Os biobancos e a doação de matril biológico humano: em ensaio de qualificação jurídica. In **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-02-13899-5. p. 223-253.
- MARTINS-COSTA, Judith – Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-403141-4. p. 87-109.
- MELO, Albertino Daniel de – Filiação biológica: tentando diálogo direito-ciências. In **Grandes temas da atualidade**. DNA como meio de prova na filiação. Coordenador: LEITE, Eduardo de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 8-10.
- MELO, Helena Pereira de – Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gametas. In NUNES, Rui; MELO, Helena (Coord.). **Colectânea Bioética Hoje. Genética e Reprodução Humana**. Coimbra: Serviço de Bioética e ética Médica Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. ISBN 972-603-231-8. p. 159-255.
- MENDES, Gilmar Ferreira – **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo:Saraiva, 2004b. ISBN 978-85-02-13426-3.
- MIRANDA, Jorge - **Manual de direito constitucional. Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 2.ª edição (reimpressão). Coimbra, 1998. ISBN 972-32-0480-0.
- MONCADA, Luis Cabral de – **Lições de Direito Civil. Parte Geral**. 4ª Ed. Revista. Almedina: Coimbra, 1995. ISBN 972-40-08339.

- MOREIRA FILHO, José Roberto – Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. **Bioética e Biodireito** [Em linha]. Ano 6. N.º 54 (2002). [Consult. 22 Nov. 2017]. Disponível em [HTTP:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588)>.
- MOREIRA FILHO, José Roberto – Direito à identidade genética. **Sítio Jus Navigandi** [Em linha]. (2002). [Consult. 22 Nov. 2017]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica>.
- NETO, Luísa – A procriação medicamente assistida como forma de disposição sobre o próprio corpo. **Revista de Direito de Família e das Sucessões** [Em linha]. Vol. 2 (2014). p. 223-232. [Consult. 22 Nov. 2017]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=133068.
- NEVES, M. Patrão - O começo da vida humana. In ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSWALD, Walter (Coord.). **Bioética**. 1ª edição. Lisboa: Editorial Verbo, 1996. ISBN 972.22.1719-4. p. 175-183.
- _____ – Mudam-se os tempos, Manda a vontade, o desejo e o direito a ter um filho. In ASCENSÃO, José de (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8. p. 131-149.
- _____ - Genoma e a Identidade da Pessoa. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina (Coord.). **Colectânea Bioética Hoje - V. Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Serviço de Bioética e ética Médica Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. ISBN 972-603-221-0.
- NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol I. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-3
- _____ – **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e inconstitucionalidade**. Volume II. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978.972.406347-8.
- NUNES JUNIOR, Vital Serrado – **A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- OLIVEIRA, Guilherme de – Aspectos jurídicos da procriação assistida. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Ano 49, III (Dezembro 1989), p. 767-791.
- _____ – Restrições de Acesso à Parentalidade. **Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito de Família**. Lisboa. ISSN 1645-9660. Ano 10, n.º 20 (Julho/Dezembro 2013). p. 5-26.

- _____ – **CrITÉrio Jurídico da Paternidade**. Coimbra, 1998.
- OMMATI, José Emilio Medaur – **As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais** [Em linha]. [Consult. 22 Nov. 2017]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/1854/as-novas-tecnicas-de-reproducao-humana-a-luz-dos-principios-constitucionais/2>.
- OTERO, Paulo - **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.
- PINHEIRO, Jorge Duarte - **O direito de família contemporâneo**. Reimpressão da 4.^a edição de 2013. Lisboa: AAFDL, 2015.
- _____ - Procriação medicamente assistida. In MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (Coord). **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. V.1. Coimbra: Almedina, 2005. p. 753-785.
- PINTO, Carlos Alberto Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 3^a edição. Coimbra,
- PINTO, Paulo Mota – O Direito ao livre Desenvolvimento da personalidade, In **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra, 1999.
- RAPOSO, Vera Lúcia Raposo – **Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Tese de Doutoramento em direito.
- REIS, João Emilio de Assis – O Direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte. V. 10. N.º 20 (Julho/ Dezembro 2013). p. 289-314.
- REIS, Rafael Luís Vale e – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1582-3.
- _____ – Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. In ARCHE, Luís; BISCAIA, Jorge; OSWALD, Walter (Coord.). **Bioética**. 1^a edição. São Paulo: Editorial Verbo. 1996. ISBN 972.22.1719-4. p. 193-224.
- RIBAS, Ângela Mara Piekarski – Aspectos contemporâneos da reprodução assistida. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. Vol. XI. N.º 54 (2008). [Consult. 21 de Nov. 2017]. Disponível em [HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura).

- RODRIGUES, Silvio – **Direito civil. Parte geral.** Volume 1. 34ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 85-02-04320-X.
- ROSA, Márcia Monteiro; PAIVA, Michele Cristina Del Caro; SENNA, Patrícia. Doação de Embriões. In CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Coord.). **Bioética no início da vida. Dilemas pensados de forma transdisciplinar.** Petrópolis/RJ: Vozes, 2006. p. 175-197.
- RUIZ RUIZ, Ramón – La ponderación em la resolución de colisiones de derechos fundamentales especial referencia a la jurisprudência constitucional española. **Revista Telemática de Filosofía Del Derecho** [Em linha]. N.º 10 (2006-2007), p. 53-77. [Consult. 21 de Nov. 2017]. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2307874>.
- SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. ISBN9788573489576.
- SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesse na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- SERRÃO, Daniel - A dignidade humana no mundo pós-moderno. **Revista Portuguesa de Bioética.** Coimbra. ISSN 1646-8082. Ano XIX/53. n.º 11 (Julho 2010). p. 191-200.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da – O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais. Fascículo Civil** [Em linha]. Vol. 798 (2002). [Consult. 01 Jul 2017]. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index-php/redu/article/viewfile/1495/1179>.
- _____ - Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais** [Em linha]. Vol. I (2003). [Consult. 01 Jul 2017]. Disponível em http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf.
- SILVA, Miguel Oliveira da - Procriação Medicamente Assistida. **Boletim da Ordem dos Advogados.** Lisboa: Ordem dos Advogados. Mensal. n.º 78 (Maio 2011). p.12.
- _____ - **CIÊNCIA, RELIGIÃO E BIOÉTICA no início da vida.** Lisboa: Caminho, 2006. ISBN 972-21-1843-9.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de - **O direito geral de personalidade.** Coimbra, 1995.

- STRECK, Lênio Luiz – **Verdade e consenso**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-4721-56-44.
- STUMM, Denise Raquel – **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VARELA, Antunes – A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra. Ano 128, nº. 3853 (Agosto 1995). p. 98-101.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. I. Lisboa: LEX, 1999. ISBN 972-949-582-3.
- _____ - **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2994-8.
- WANSSA, Maria do Carmo Demasi – Inseminação artificial e anonimato do doador. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil** [Em linha]. ISSN 1806-9304. Vol. 10. supl. 2 (2010). [Consult. 01 Jul 2017]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151938292010000600011&script=sci_abstract&tlng=pt.
- WIDER, Roberto. **Reprodução assistida** – aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN 978-853-750-018-7

3. FONTE JURISPRUDENCIAL

- MACHETE, Pedro relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 225, de 24 de Abril de 2018 [Em linha]. [Consult. 05 Mai 2018]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.
- CADILHA, Carlos Fernandes relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 101, de 03 de Março de 2009 [Em linha]. [Consult. 01 Jul 2017]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.
- GONÇALVES, Rosário relat. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com o número 58952008-1, de 08 de Julho de 2008 [Em linha]. [Consult. 22 Nov 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3940d84344b89361802574c00057da2d?OpenDocument&Highlight=0,5895%2F2008-1>.
- BENTO, Messias relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 92-128-2, de 24 de Julho de 1992 [Em linha]. [Consult. 22 Nov 2017]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/904714e45043f49b802565fa004a5fd7/56745afb20ec072c8025682d00640fa1?OpenDocument&Highlight=0,92-128>.

.

.