

**“QUIS SABER QUEM SOU”:  
DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL  
E PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA  
ENTRE A OCULTAÇÃO MIMÉTICA  
E A REVELAÇÃO ALETÉICA  
EM DIÁLOGO COM MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA**

*João Carlos Loureiro*<sup>1</sup>

Convidado a comentar a intervenção de Miguel Oliveira da Silva, centraremos, por razões temporais, a nossa análise na parte do Acórdão n.º 225/2018 respeitante ao anonimato de dadores.

---

<sup>1</sup> Este estudo insere-se no Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), área de investigação “Vulnerabilidade e Direito”. Razões temporais obrigaram à limitação dos tópicos tratados, não tendo sido considerada, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Outras pistas podem ver-se em diversos escritos do autor, nomeadamente: “Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 3 (2006/6) 5-48; “O nosso pai é o dador n.º xxx»: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 5 (2010/13) 5-42 [também in Gustavo Pereira Leite RIBEIRO / Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, org., *Bioética e direitos da pessoa humana*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011]; mais recentemente, “Estatuto del nasciturus: una(s) mirada(s) europea(s): vulnerabilidad, derecho(s) y el «imperativo tecnocientífico (considerando especialmente la vida in vitro)”, in António José SÁNCHEZ SÁEZ, coord., *La protección jurídica del nasciturus en el derecho español y comparado*, Granada: Comares, 2018, 83-137, esp. 112-115.

Propomo-nos seguir as seguintes etapas:

- a) Começamos por situar a obra de Miguel Oliveira da Silva no campo das humanidades médicas, tendo presente a importância da literatura;
- b) Sublinharemos o perigo de diferentes reducionismos que ameaçam o debate sobre estas e outras questões no campo da bioética e do direito da saúde;
- c) Focar-nos-emos depois na questão do anonimato de dador e/ou dadora, com fim anunciado, entre nós, no referido acórdão;
- d) Analisaremos, em seguida, o acórdão, começando por discutir a questão da legitimidade;
- e) Finalmente, faremos um pequeno balanço em jeito de conclusão.

## I. Miguel Oliveira da Silva: medicina e humanidade(s)

### 1. *Humanidades médicas e a obra: sobre a tradição/receção (Cabala — I)*

Miguel Oliveira da Silva não ignora as humanidades médicas, procurando dialogar com filósofos que têm pensado a medicina, como, por exemplo, Tristram Engelhardt<sup>2</sup>. Doutorado em Medicina<sup>3</sup>, é também licenciado em filosofia<sup>4</sup>. Num mundo onde, na radicalização de Engelhardt<sup>5</sup>, tenderíamos a ser “estranhos morais” (proposição que está longe de ser pacífica), pertencentes a comunidades distintas, surgem problemas

---

<sup>2</sup> Da numerosa obra de Tristram Engelhardt, vd. *Fundamentos da bioética*, São Paulo: Loyola, 1998; *The foundations of Christian bioethics*, Lisse / Abingdon / Exton — PA / Tokyo: Swets & Zeitlinger, 2000; *Dopo dio: morale e bioetica in un mondo laico*, Claudiana: Torino, 2014.

<sup>3</sup> Doutoramento em Obstetrícia pela Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa (1992).

<sup>4</sup> Licenciado em Filosofia pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (1998).

<sup>5</sup> Miguel Oliveira da Silva refere-o em *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer: para um debate de cidadãos*, Alfragide: Caminho, 2017, 82.

acrescidos em tempos de hipercomplexidade e fragmentaridade, que desafiam o médico a não se refugiar no puro saber (bio)médico, sem reduzir as humanidades a “disciplinas exóticas” (*Orchidenfächer*)<sup>6</sup>.

As humanidades médicas têm tido, entre nós, cultores de peso. Limitando-nos aos que já embarcaram para a eterna viagem — nadificante ou luminosa (numinosa), consoante as perspetivas —, o seu cultivo foi entre nós magnificamente exercido por João Lobo Antunes<sup>7</sup>, que sublinhava o “consolo das humanidades”<sup>8</sup>, e por Daniel Serrão<sup>9</sup>, também ele em diálogo

<sup>6</sup> Diego GRACIA, “Contribución de las humanidades médicas a la formación del médico”, *Humanitas — Humanidades Médicas* (2006/1) 13-32, 16, baseado-se em Pedro Laín Entralgo.

<sup>7</sup> Por exemplo, João Lobo ANTUNES, *Um modo de ser: ensaios*, Lisboa: Gradiva, 1996; IDEM, *Sobre a mão e outros ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2005; IDEM, *O eco silencioso*, Lisboa: Gradiva, 2008; IDEM, *Ouvir com outros olhos: ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2015.

<sup>8</sup> João Lobo ANTUNES, “O consolo das humanidades”, in IDEM, *Ouvir com outros olhos*, 35-47.

<sup>9</sup> Vd., por exemplo, Daniel Serrão, “Bio-ética: Perspectiva médica”, *CADERNOS de Bio-Ética* (1990/1), 10-21 [vd. também *Revista da Ordem dos Advogados* 51 (1991) 419-428: disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B2e848906-fb96-4c58-bb8e-05d78eeff16e%7D.pdf>>]; IDEM, “Bioética: a aventura de uma utopia saudável”, *Colóquio/Ciência* (1996/18) 59-66; IDEM, “Archeo-biologia e bioética: um encontro não conflituoso”, in *Ars interpretandi: diálogo e tempo*, I, Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 2000, 235-264; IDEM, “Questões de bioética”, in Anselmo BORGES, coord., *Deus no século XXI e o futuro do cristianismo*, Porto: Campo das Letras, 2007; IDEM, *Procurar a sabedoria, partilhar o conhecimento*, Porto: Cofanor+formação, 2010; IDEM, “A bioética, ponte para o futuro”, in *A bioética e o futuro*, Lisboa: Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, 1995, 163-165; IDEM, *Na Academia das Ciências: comunicações regimentais, elogios académicos, outras participações*, Porto, 2010. Sobre a obra de Daniel Serrão, vd. Ana Sofia CARVALHO / Manuel Valente ALVES, coord., *Daniel Serrão — Um retrato*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2008; Henrique Manuel S. Pereira, *Daniel Serrão, aqui diante de mim*, Lisboa: Esfera do Caos, 2011; Carlos Costa GOMES, “O pensamento bioético de Daniel Serrão; a ‘gênese e fio condutor’”, *Revista Portuguesa de Bioética* 17 (2012), 129-130; IDEM, *O pensamento bioético de Daniel Serrão*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2013; IDEM, “Daniel Serrão: procurador do saber, da verdade e do conhecimento”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 65-72; João Carlos LOUREIRO, “*Opus bioethicae pax?: (Para) ler Daniel Serrão*”, *Revista Portuguesa de Bioética* 12 (2010) 431-450; IDEM, “Dignidade, sabedoria e felicidade na construção da bioética e do direito da saúde: breve reflexão em torno de contributos de Daniel Serrão e Barbosa de Melo”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 7-44; Paula Martinho da SILVA, “Daniel Serrão — “introdutor,

com a literatura e a filosofia, e que, a partir de uma afirmação de Viktor Frankl<sup>10</sup>, sintetizava reiteradamente que “[o] ato médico, porque é encontro de Pessoas, está obrigatoriamente imerso no universo ético”<sup>11</sup>.

Miguel Oliveira da Silva é um cultor da bioética, tendo sido Presidente do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)<sup>12</sup>. A par da sua bibliografia estritamente médica, da qual não curamos aqui, tem diferentes trabalhos neste campo, de que destacamos três livros: *Sete teses sobre o aborto* (2005)<sup>13</sup>, *Ciência, religião e bioética no início da vida* (2006)<sup>14</sup> e, mais recentemente, com especial relevância para o nosso diálogo, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer: para um debate de cidadãos* (2017)<sup>15</sup>.

Antecipando teses que serão retomadas e que foram reafirmadas na comunicação de Miguel Oliveira da Silva, podemos dizer que, quanto aos dois pontos do acórdão, tem assumido posições na esfera pública. Começando pela questão do anonimato de dadores, logo no ano de aprovação da Lei de Procriação Medicamente Assistida, confessava que, tendo votado o Parecer n.º 44/2004, do CNECV, e não se havendo afastado, na sua Declaração de Voto, da posição do Conselho, “(...) não est[ava]

---

difusor e inovador da bioética em Portugal, com relevo para o seu contributo para o CNECV”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 45-54; Jorge SOARES, “Daniel Serrão: o anatomo-patologista”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018), 55-60; Filipe ALMEIDA, “Evocação de Daniel Serrão”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 61-64; “Daniel Serrão (1928)”, in Maria do Céu Patrão NEVES, *A origem da bioética em Portugal através dos seus pioneiros*, Porto: Fronteira do Caos, 2016, 79-104.

<sup>10</sup> Na referida entrevista a Maria do Céu Patrão Neves [“Daniel Serrão (1928)”, 89], esclarece que a frase inspiradora é a seguinte: “Podemos, sin embargo, afirmar que ningún acto de la práctica médica se halla de antemano al margen del problema valorativo o libre de todo supuesto de carácter ético” (*Psicoanálisis y existencialismo*, 1950).

<sup>11</sup> “Daniel Serrão (1928)”, 89.

<sup>12</sup> Entre 2009 e 2014.

<sup>13</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Sete teses sobre o aborto*, Lisboa: Caminho, 2005.

<sup>14</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, Lisboa: Caminho, 2006.

<sup>15</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer: para um debate de cidadãos*, Lisboa: Editorial Caminho, 2017.

talvez nas melhores condições para (...) lhe manifestar algum distanciamento”<sup>16</sup>. Mas não deixava de escrever:

“(…) a verdade é que tenho hoje algumas dúvidas sobre o que verdadeiramente pode significar para a identidade pessoal e biológica o facto de, a partir dos 18 anos, se poder conhecer o(s) dador(es) de gâmetas”<sup>17</sup>.

Quanto a este tópico, as dúvidas de Miguel Oliveira da Silva deram lugar a uma oposição clara à solução do anonimato. Na verdade, afirma agora:

“O anonimato na doação de gâmetas, já então controverso em 2006 mas que alguns ainda toleravam, é hoje eticamente inaceitável à luz de estudos e relatórios entretanto divulgados nos países europeus em que este fenómeno foi e é estudado e debatido”<sup>18</sup>.

E mais à frente, escreve:

“Em nome da autodeterminação e de, a meu ver, uma excessiva e desequilibrada proteção de direitos e da liberdade individual de uns, subalterniza-se a dimensão social da escolha pessoal, negam-se direitos individuais a outros. É o caso do desrespeito pelos elementares direitos das crianças (a poder conhecer a sua identidade) na PMA, em que se utilizam os indefesos, os vulneráveis e se desprezam os mais fracos”<sup>19</sup>

Na nossa exposição, centrada na questão do anonimato, consideraremos, mais de perto, os argumentos de Miguel Oliveira da Silva.

Impõe-se ainda uma referência breve à maternidade de substituição<sup>20</sup>. No texto editado em 2017, procede, sob a epígrafe “barrigas de aluguer”<sup>21</sup>, a uma análise da maternidade de substituição a título oneroso ou gratuito, e a um novelo de problemas envolvidos. Menciona o seu voto favorável ao Parecer

---

<sup>16</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, 93.

<sup>17</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, 93.

<sup>18</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 23-24.

<sup>19</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 35.

<sup>20</sup> Tratámos do tema em “Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação: tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição”, in Manuel da Costa Andrade *et al.*, org., *Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 1387-1430.

<sup>21</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 157.

63/ CNECV/2012, onde se admitia, a título excepcional, a figura, sujeita a um conjunto estrito de condições.

Repare-se que ambas as questões centrais do acórdão — a chamada gestação de substituição, tradicionalmente conhecida por maternidade de substituição, e o problema do anonimato — têm cruzamentos com as humanidades. No primeiro caso, recorda-se o triângulo Abraão, Sara e Agar, tendo a maternidade de substituição estado na gênese de um conflito que ainda hoje se manifesta no enfrentamento entre os filhos de Isaac e de Ismael; em relação ao anonimato, vem-nos à memória o mundo cabalístico. Num quadro social anterior, em que se fingia a paternidade biológica de homens estéreis, entende-se a conspiração do silêncio sobre as origens, uma espécie de cabala (no sentido de combinação secreta). Em sociedades marcadas por um “amor reflexivo (pós-moderno)”<sup>22</sup> (ou será antes tardomoderno<sup>23</sup> ou mesmo neomoderno?<sup>24</sup>), onde se desenvolvem novas “parentalidades” (esta palavra que em português se mostra inadequada — *Parents/Eltern* não são os nossos parentes) e novas realidades, há uma série de segredos que, ao menos em parte, não escapam ao confronto com a realidade. Com efeito, duas mulheres, ao menos por ora, não podem ser as únicas intervenientes.

Esta nova experiência (alguns diriam que se trata mais de experimentação) põe em causa o tradicional modelo mimético e secretista que não resiste a um mundo onde a ficção da paternidade não é, em diferentes casos, possível: ninguém nasce apenas de duas mães ou dois pais e a chamada maternidade independente pressupõe o concurso de esperma de um homem.

Na modernidade, um dos impulsos fundamentais para o desenvolvimento da ciência foi a da racionalidade e da existência de um livro da natureza que poderia ser caminho para Deus, ainda que este fosse deisticamente acantonado. Ora, se a cabala se centra nos livros sagrados — na Torá —, procurando des-

---

<sup>22</sup> Hille HAKER, *Ethik der genetischen Frühdiagnostik: sozialetische Reflexionen zur Verantwortung am Beginn des menschlichen Lebens*, Paderborn: Mentis, 2002, 81-87.

<sup>23</sup> Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid: Tecnos, 2000.

<sup>24</sup> Sobre a neomodernidade, vd. Roberto MORDACCI, *La condizione neomoderna*, Torino: Einaudi, 2017.

velar o sentido oculto, a genómica veio também mobilizar letras como forma de descodificação. Mais: Golem, um elemento recorrente na cabalística e que alimenta o nosso imaginário, teria resultado da recitação ordenada das várias combinações possíveis de letras<sup>25</sup>.

A difusão dos testes genéticos está a permitir tornar patente a não pertença genética: descobre-se crescentemente, até por necessidades médicas, a falsidade do relato (oculto), com o impacto que isto assume, em muitos casos, em termos de identidade.

Em *Menina e moça*, testemunho de um gnosticismo — amoroso —, encontramos uma passagem que Hélder Macedo<sup>26</sup> sublinha, dizendo que “foi Bernardim, não (...) Freud, quem escreveu: «em longa noite esteve assim, até que o cansaço do corpo adormeceu aquela parte dos sentidos sobre que tinha poder. Sonhos e fantasias ocuparam a outra»”. Simplesmente, para muitos não é apenas a viagem fantástica da noite, mas uma vida de procura dessas origens, de descodificação do enigma pessoal que os mobiliza e os leva a organizar-se para reivindicar, na esfera pública, um direito ao conhecimento da identidade dos dadores.

## ***2. Neognosticismo ou a instrumentalidade do corpo: o útero não importa ou sobre a espiritualização do amor (Cabala II)***

Mergulhando nas raízes — mais do que episódios soltos, importa perceber o fio narrativo —, exige-se ter presente a circunstância da maternidade de substituição. Desde logo, a possibilidade técnica — na verdade, a história é um “processo de possibilitação”<sup>27</sup>; em segundo lugar, a mutação de concepções sobre

---

<sup>25</sup> Joseph RATZINGER, “El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana”, in *Bioética: consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*, Madrid: Rialp, 1992, 49-66, 54.

<sup>26</sup> Hélder MACEDO, *Do significado oculto da Menina e Moça*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1999.

<sup>27</sup> A partir da reflexão de Zubiri, veja-se Diego GRACIA, “Poder y salud en la historia”, in IDEM, *Como arqueros al blanco: estudios de bioética*, Madrid: Triacastela, 2004, 17-26.

a família e o amor em sociedades pós-cristãs<sup>28</sup>, pós-seculares<sup>29</sup> e líquidas<sup>30</sup>, no quadro do autonomismo e da felicidade, essa palavra equívoca, cuja genealogia conceitual não é possível traçar agora. É finalmente, a persistência de um neognosticismo<sup>31</sup> que desvaloriza o corpo e, no limite, considera-o impuro — e sublinha o amor espiritualizado, num tempo de Revolução GNR — Genética, Nanotecnologia e Robótica.

Na questão da subsidiariedade em relação à adoção<sup>32</sup>, poderíamos dizer que estamos entre a chamada “parentalidade” e a paternidade (biológica). Por um lado, dizem que o que faz a parentalidade é o amor — a afetividade e o cuidado; mas, por outro, temos o geneticismo. Escreve:

“[h]á aqui muito de determinismo genético, de sacralização genética, como se os genes fossem tudo, ou quase tudo, como se a pessoa humana se reduzisse aos seus genes: o DNA é a minha assinatura indelével, a minha marca”<sup>33</sup>.

## II. Realidade: os textos e os contextos

### 1. *Objeto(s) e sujeito(s): de que(m) falamos?*

Precisemos de que falamos quando tratamos de anonimato de dador(es). Começando por uma delimitação negativa, im-

<sup>28</sup> João DUQUE, *Cultura contemporânea e cristianismo*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004, 29.

<sup>29</sup> Sobre o pós-secular, cf. Jürgen Habermas (*Glauben und Wissen*, 2001; há tradução brasileira: “Fé e saber”, in Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana*, São Paulo: Martins Fontes, 2004, 135-154, 138-140). Para além de um uso menos divulgado, associado à Nova Era (*New Age*), veja-se ainda a proposta da *ortodoxia radical*, numa crítica à razão iluminista (exemplarmente, John Milbank, *Theology and social theory: beyond secular reason*, Oxford: Blackwell, 2002).

<sup>30</sup> Zygmunt BAUMAN, *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*, Lisboa: Relógio de Água, 2008.

<sup>31</sup> Gabriel GANASCIA, *O mito da singularidade: devemos temer a inteligência artificial?*, Lisboa: Temas e Debates / Círculo de Leitores, 2018, 73, fala de “gnosés modernas”.

<sup>32</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 110.

<sup>33</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 110-111.



porta sublinhar que não há que confundir a questão com a confidencialidade ou segredo a que estão obrigados os profissionais de saúde intervenientes.

Pela positiva, duas são as dimensões a considerar:

- a) vertical, que passa pela possibilidade de os descendentes conhecerem os dadores de gâmetas ou a pessoa que gerou para outrem;
- b) horizontal, entre irmãos do ponto de vista genético (tradução jurídica: proibição do incesto, a não confundir com a criminalização do incesto, via que continua a ser a alemã<sup>34</sup>, mas não a portuguesa). Para além disso, discute-se a possibilidade de conhecimento entre “meios-irmãos” genéticos, desde que haja consentimento, solução que foi adotada no Reino Unido, mas não está isenta de problemas<sup>35</sup>.

## **2. Complexidade(s)**

### **2.1. Tentação dos reducionismos: sobre a mestiçagem do mundo**

A primeira tentação nesta discussão passa pelos reducionismos simplificadores do mundo. Antes de mergulharmos no debate, importa, pois, alertar para vários reducionismos que surgem neste campo: religioso, político, feminista e cienticista.

#### **2.1.1 Reduccionismo religioso**

Quando, na esfera pública, se discutem muitas questões bioéticas e do direito da saúde, é frequente a tentativa de deslegitimação dos adversários rotulando de religiosas as suas posições, vistas, em tempos de secularização, como incompatíveis com o Estado laico. Há, desde logo, uma discussão de fundo: será le-

---

<sup>34</sup> § 173 *Strafgesetzbuch (StGB)*. Vd. a tomada de posição do Deutscher Ethikrat, *Inzestverbot: Stellungnahme*, Berlin: Deutscher Ethikrat, 2014 (há tradução inglesa: *Incest prohibition: opinion*, Berlin: Deutscher Ethikrat, 2016).

<sup>35</sup> Eric BLYTH, “Disclosing donor information: a new code of silence?”, 9/3/2009 (disponível em [https://www.bionews.org.uk/page\\_91683](https://www.bionews.org.uk/page_91683)).

gítimo, em sociedades plurais e fragmentárias, argumentar partindo de pressupostos mundividenciais religiosos ou outros (na terminologia de Rawls, “doutrinas abrangentes”<sup>36</sup>)? Ou haverá, como pretende um conhecido agnóstico da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, uma mais-valia do religioso (ainda?) não inteiramente traduzida noutro tipo de argumentos?<sup>37</sup>

Independentemente da resposta aprofundada a estas questões, importa sublinhar que em muitos pontos teríamos batismos à força e uma verdadeira máquina de produzir hereges. Batismos à força, pois há um conjunto de pessoas que são agnósticas ou ateias e, que, no entanto, defendem posições contrárias, por exemplo, ao aborto (paradigmaticamente, Norberto Bobbio); ou católicos feitos “hereges”, como Daniel Serrão<sup>38</sup>, membro da Academia Pontifícia das Ciências da Vida, que sustentaram, em clara dissonância com o Magistério, não ser um embrião o resultado de um processo de clonagem por via de transferência nuclear somática. Não é, pois, adequado trilhar esta via.

### 2.1.2 Reduccionismo político

É corrente encontrarmos, no campo da bioética, a tese de que um conjunto de posições mais críticas da tecnociência é necessariamente sinónimo de uma proibição politicamente conservadora ou mesmo reacionária. No entanto, também aqui o mundo se revela mais complexo. Basta olharmos, por exemplo, para as posições dos partidos que apoiaram o reconhecimento de um direito à identidade do conhecimento da ascendência genética nos Países Baixos, pondo fim à solução do anonimato. Assim, aos Cristãos Democratas juntaram-se os liberais e a esquerda, embora haja diferenças no plano argumentativo: em relação aos últimos, o núcleo da defesa do conhecimento da

<sup>36</sup> John RAWLS, *Political liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.

<sup>37</sup> Como referimos, Jürgen Habermas tem vindo a falar de pós-secular: cf. “Fé e saber”, 138-140; mais recentemente, IDEM, “Religion in der Öffentlichkeit der »postsäkularen« Gesellschaft”, in IDEM, *Nachmetaphysisches Denken*, Berlin: Suhrkamp, 2012, 308-327.

<sup>38</sup> Daniel SERRÃO, “Que estatuto para um ‘clone’ humano?”, *Boletim da Ordem dos Advogados* 24-25 (2003) 8-9.

ascendência genética passou pelo direito à autodeterminação informacional ou informativa e não pelo desfasamento entre biologia e direito<sup>39</sup>.

### 2.1.3 Reduccionismo feminista

Um outro perigo é o reduccionismo feminista. Em bom rigor, o feminismo diz-se no plural, sendo vasta a paleta (por exemplo, um feminismo da igualdade e um feminismo do género)<sup>40</sup>. Lendo textos publicados no quadro da discussão, encontramos, no entanto, a tentativa de qualificar os adversários quer do anonimato quer da gestação para outrem como uma espécie de demónios antifeministas. Na verdade, há feminismos que criticam quer o anonimato e as possibilidades de “produção” independente, quer a maternidade de substituição, podendo as objeções ser mais gerais — dirigidas contra a procriação medicamente assistida.

### 2.1.4 Reduccionismo cientista

Um último reduccionismo passa por tentar reduzir as questões do nível bioético e do direito ao plano científico. É verdade que importa ter um retrato claro, nomeadamente do ponto de vista biológico. Contudo, conceitos como o de pessoa humana, por exemplo, situam-se num registo que é axiológico, ou melhor, ontoaxiológico, sem que se desconheça a relevância da biologia e da genética. Por exemplo, em sede da chamada gestação para outrem sabe-se que o útero não é um mero contentor neutro. Recuperamos texto que mobilizámos noutra ocasião: falamos do relatório do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV). No ponto 3.4., intitulado *O ambiente uterino e sua influência determinante na pessoa humana*, lê-se<sup>41</sup>:

---

<sup>39</sup> Richard John BLAUWHOFF, *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Intersentia, 2008, 318.

<sup>40</sup> Laura PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino: Giapichelli Editore, 2011, 41.

<sup>41</sup> Miguel Oliveira da SILVA, *Relatório sobre procriação medicamente assistida*

“O micro-ambiente uterino condiciona o funcionamento da placenta e o desenvolvimento do epigenoma fetal, isto sem alterar a sequência do DNA, leva a modificações do epigenoma (conjunto das modificações na cromatina, por metilação da DNA, modificações na histona e no micro RNA não codificante (*non-coding*)).

A gravidez é um tempo vulnerável e constitui, entre outros aspetos, o momento por excelência de ativa programação do epigenoma do embrião-feto, condicionando e definindo a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (ativação e desativação) do embrião/feto/criança é moldada pela gestação intrauterina, ativando uns genes, desativando outros, muito se jogando logo desde a própria implantação do embrião no útero. A implantação é um fenómeno cientificamente cada vez mais determinante no futuro do embrião-feto e que, obviamente, varia de útero para útero.

O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética).

A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião.

E inversamente: o embrião/feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspetos emocional e espiritual) — nenhuma mulher é a mesma pessoa (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna.

A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à mãe “legal-social”, mas terá toda a sua vida na respetiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequências na respetiva saúde e comportamento — a relação não termina com o cumprimento do contrato”.

Como reconhece o Relatório, há uma diferente identidade (epi)genética de cada ser humano para a qual contribui também a relação entre o embrião e, mais tarde, o feto, e a mãe. Não cabendo aqui a descrição da complexidade biológica e os diferentes tempos deste processo, sublinham-se fenómenos como o chamado microquimerismo maternal, ou seja, há uma memória da cada gravidez ao nível do organismo materno. Com efeito, como se pode ler no texto elaborado por uma equipa dirigida por Natalia López Moratalla<sup>42</sup>, Professora Catedrática de Bioquímica e de Biologia Molecular, “os órgãos da mãe contém células procedentes do feto que gerou”. Dotadas de uma grande capacidade de diferenciação, têm inclusivamente capacidade re-

---

(PMA) e gravidez de substituição, 29-30. As afirmações remetem para um conjunto de referências em nota que não transcrevemos, mas que podem ser facilmente consultadas lendo o documento fonte.

<sup>42</sup> Natalia LÓPEZ MORATALLA, *La comunicación materno-filial en el embarazo: el vínculo de apego*, Pamplona: EUNSA, 2008, 52.

paradora de patologias da mãe, atestada, por exemplo, em relação a cardiopatias<sup>43</sup>.

Não perfilhamos, pois, qualquer anticientismo<sup>44</sup>, mas importa ter presente os perigos do reducionismo biológico.

## 2.2. Fatores

Esta tendência para o ataque ao anonimato absoluto passou pela tomada a sério da geneticização da medicina e o caráter familiar da informação genética<sup>45</sup>. Esta dimensão abriu crescentemente portas à necessidade de aceder a informação genética, mas ainda aqui seria possível um modelo sem conhecimento de identidade. Verdadeiramente, na nossa análise, não se trata de defender uma mudança de paradigma apoiando-se em razões de saúde, mas de um direito autónomo à identidade. Do ponto de vista do bem-estar das pessoas resultantes de dádiva de gâmetas, têm sido apresentados estudos que revelam o impacto negativo do anonimato<sup>46</sup>. Há ainda argumentos que valem apenas

<sup>43</sup> Natalia LÓPEZ MORATALLA, *La comunicación materno-filial en el embarazo*, 53.

<sup>44</sup> Para uma breve caracterização, com algumas referências à história portuguesa, vd. Carlos FIOLEIS, "Anticientismo", in *Dicionário dos Antis: a cultura portuguesa em negativo*, vol. I, Lisboa: Imprensa Nacional, 2018, 370-374.

<sup>45</sup> Em geral, vd. o que escrevemos em João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Coimbra, 2003, vol. II.

<sup>46</sup> Acresce o número crescente de pessoas que, tendo nascido com o concurso de gâmetas de dador, dão conta da importância do conhecimento da ascendência genética. Em relação aos estudos neste campo, também aqui se tem tradicionalmente ressaltado a importância de alguma cautela. Vejam-se, por exemplo, as considerações de Eric Blyth ["To be or not to be? A critical appraisal of the welfare of children conceived through new reproductive technologies", *International Journal of Children's Rights* 16 (2008) 505-522], sem prejuízo de, na década entretanto transcorrida, ter crescido a informação disponível: "much of the available information about donor conception is limited to DI itself and is based either on small-scale empirical studies that are inherently biased because many children in study families are unaware of the nature of their conception, or on anecdotal accounts from a comparatively small-group of donor conceived individuals of have learned about their conception in a variety of ways — not all of which have either been planned or positive experiences — and most of whom have little, if any, information about their donor or other genetic relatives — or indeed, whether they have any other genetic relatives at all"(511). Ora, é precisamente o mesmo autor, num artigo em coautoria, [Eric BLYTH / Marylin

em certas culturas, não podendo ser transferidos: pense-se, por exemplo, na Nova Zelândia<sup>47</sup>, onde o conhecimento dos antecessores biológicos assume um papel fundamental. Apontando para a família alargada, a genealogia (*whakapapa*) permite esse estabelecimento de laços com o ancestral. Assim, as *Guidelines for the Use of Assisted Reproductive Technology* exigem que

“all children born as a result of ART have unconstrained access to information that readily identifies the child’s biological parents”<sup>48</sup>.

---

CRAWSHAW / Lucy FRITH / Caroline JONES, “Donor-conceived people’s views and experiences of their genetic origins: a critical analysis of the research evidence”, *Journal of Law and Medicine* 19 (2012) 769-789] que, anos depois, vem sustentar o seguinte: “[a]lthough a number of methodological limitations in the research base are identified, the authors conclude that the evidence is sufficiently robust to promote the implementation of policies and practices that promote transparency and openness in collaborative reproduction, thus reflecting the importance of maximising future choices and opportunities for donor-conceived persons” (Abstract, 769).

Em relação ao argumento de que muitas pessoas não existiram não fora a dádiva, Margaret Somerville [“Donor conception and children’s rights: «First, do no harm»”, *Canadian Medical Association Journal* 183 (2011) 280] dá conta do depoimento de Joanna Rose, ela própria nascida com recurso ao esperma de um dador anónimo: “[f]aced with the argument that she should not complain about the mode of her conception, because she would not exist otherwise, she responded, “If I were the result of rape, I would still be glad to be alive, but that doesn’t mean I or anyone else should approve of rape.” E acrescenta: “I am saying that many people are conceived in ways that cause them deep and ongoing sadness and distress, and that donor offspring have the right to say how we are affected too. Many donor offspring, I know, frequently say that they would prefer to be conceived from a one night stand rather than from sperm donation which is a clinical, often commercial conception between strangers, who are your genetic parents. This, along with the intentional alienation of all our associated kinship and cultural heritage on the donor’s side, is a source of profound identity loss and burden for us. I wish others would [take the time to listen and think about what we say]. The message is that donor conception and in particularly anonymous donor conception has had a hugely negative impact on our well-being. Can you hear that?”.

<sup>47</sup> Para uma síntese, vd. Jeanne SNELLING, “A time for change? The different approaches of Canada and New Zealand to donor conception and donor identification”, in Trudo LEMMENS *et al.*, ed., *Regulating creation: the law, ethics, and policy of assisted human regulation*, Toronto / Buffalo / London: University of Toronto Press, 2017, 206-231, 209-211.

<sup>48</sup> *Guidelines for the Use of Assisted Reproductive Technology* apud Jeanne Snelling, “A time for change?”, 210.

### 3. O que podemos? As lições da ciência em tempos de geneticização

#### 3.1. Rasto da genética ou o fim fáctico do anonimato?

O cenário que se desenha é o de uma possível obsolescência ou, pelo menos, de um fortíssimo encolhimento do campo do anonimato<sup>49</sup>. Com efeito, o desenvolvimento dos megadados (*big data*), associados à redução dos custos de testes genómicos, que massificaram a sua realização, tem permitido crescentemente a identificação dos dados. São já significativos os casos que apontam neste sentido. Há poucos anos, perante a nova realidade, a *European Society of Human Genetics (ESHG)* e a *European Society for Human Reproduction and Embryology (ESHRE)* criaram um grupo de trabalho conjunto. Este veio alertar<sup>50</sup> para o facto de já não ser mais possível garantir o anonimato, perante uma situação de multiplicação de testes DTC (*Direct to consumer*) e também de bancos de dados como, por exemplo, o *Family Tree DNA*<sup>51</sup>.

#### 3.2. Implicações jurídicas ou aprender com o banco Cryos

Esta mudança não pode deixar de ter impacto em sede de obrigações de informação em relação a dados e beneficiários. Isto significa que, no caso dos modelos de anonimato, com especial pertinência em relação aos que consagram o anonimato absoluto, mas ainda assim relevante para as hipóteses em que o anonimato pode ser levantado, esta informação deve ser comunicada. Ou seja, importa aprender com o banco dinamarquês *Cryos* que passou a inserir o seguinte aviso em diferentes línguas, entre as quais o português:

---

<sup>49</sup> Joyce C. HARPER / Debbie KENNET / Dan REISEL, “*The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of the business*”, *Human Reproduction* 31 (2016/6) 1135-1140.

<sup>50</sup> Cf. J. C. HARPER *et al.*, “Recent developments in genetics and medical-assisted reproduction: from research to clinical applications”, *European Journal of Human Genetics* 26/1 (2018) 12-33.

<sup>51</sup> <<https://www.familytreedna.com>>.

“Os doadores são anónimos ou não anónimos. Estas definições não significam que os doadores não são identificáveis. Uma vez que o esperma dos doadores inclui o ADN, há sempre o risco dos doadores, destinatários e crianças poderem ser identificados através da análise de ADN, o que pode pôr em causa a privacidade”<sup>52</sup>.

A advertência corresponde, aliás, a uma prática recomendada pelas mencionadas sociedades europeias<sup>53</sup>.

### 3.3. Mudança de paradigma — do mimético ao alético?

Tradicionalmente, a procriação assistida com dador assentava num modelo mimético. Ou seja, o anonimato propiciava a ocultação da realidade e da história, permitindo a imitação da normal procriação. Contudo, assistimos à emergência de novas realidades, como a abertura a produtoras independentes e às uniões, de facto ou de direito, entre pessoas do mesmo sexo. Ora, neste caso não é possível um modelo mimético, pelo que é evidente que a geração não pode resultar de duas mulheres. Nos Países Baixos, no âmbito do sistema anterior em que era possível optar entre o recurso a um dador identificável e anónimo, 98% dos pares lésbicos tinham escolhido esta última solução, contrastando com 63% de casais heterossexuais que fizeram o mesmo<sup>54</sup>.

Também as possibilidades de conhecimento acima referidas são circunstâncias convocadas para, em sistemas de anonimato, ser repensada a solução<sup>55</sup>. Acresce, e para nós assume um papel

<sup>52</sup> <<https://dk-pt.cryosinternational.com/esperma-de-um-dador/os-dadores>>.

<sup>53</sup> “[A]nonymous gamete donors should be informed that even though the fertility centre or donor agency will strive to protect their identity, their anonymity cannot be absolutely guaranteed. They should be made aware of the fact that even if they do not submit their DNA to one of the donor registries, they themselves or one of their relatives could be identified. Also, the donor’s own (future) biological offspring may find half-siblings through these registries” [“Recent developments in genetics and medically-assisted reproduction: from research to clinical applications”; repare-se que o artigo foi publicado “on behalf of the European Society of Human Reproduction and Embryology and European Society of Human Genetics”].

<sup>54</sup> Dados referidos por Richard John BLAUWHOFF, *Foundational facts, relative truths*, 347.

<sup>55</sup> Por exemplo, SOUTH AFRICAN LAW REFORM COMMISSION, “The right to know one’s own biological origins”, *Issue paper 32, Project 140*, Pretoria, (20 may 2017), iii.



central, que temos assistido a um reconhecimento do direito ao conhecimento das suas origens genéticas quer no plano internacional quer interno, ainda que, no último caso, como veremos, há quem diga que se trata de uma mera opção legal e não de uma posição jusfundamental.

Neste sentido, criaram-se as condições para um paradigma aletéico, assente na verdade e na possibilidade de conhecimento.

O paradigma aletéico passa, desde logo, pela abertura dos pais a contarem aos filhos a sua origem. Tradicionalmente, ou seja, no modelo mimético, assumia-se que era também no interesse da criança a não revelação, em sociedades moralmente mais fechadas. Fala-se, pois, de “segredos protetores” (*schützende Geheimnisse*)<sup>56</sup>. Contudo, podemos distinguir esta revelação quanto ao modo de gestação da questão da identidade do(a) dador(a).

A situação poderá mudar, eventualmente, com o desenvolvimento de gâmetas artificiais que tornem residual a procriação medicamente assistida com dador(a).

#### 4. *O que fazem os outros?*

Tradicionalmente, contrapunham-se dois grandes modelos: *a*) anonimato; *b*) conhecimento da ascendência genética. Contudo, a paleta revela-se mais complexa, como veremos já de seguida.

### 3.1. Modelos

Com a admissibilidade da procriação com dador(a), não importando agora avaliar se, na ótica constitucional, se trata apenas de uma permissão ou de uma exigência constitucional alicerçada na liberdade de procriar, não pode deixar de se pôr o problema de saber se, em relação às crianças a nascer, valerá ou não o modelo do anonimato ou antes se reconhece um direito ao conhecimento da sua ascendência genética. Na verdade, há uma paleta de soluções que se podem individualizar, a saber:

---

<sup>56</sup> Heinz KINDLER *et al.*, “Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht”, *Neue Zeitschrift Familienrecht* (2017) 929-935, 931.

- a) Modelo de *anonimato absoluto*, uma espécie de equivalente laico ao segredo da confissão, que tem vindo a ser abalado pelas possibilidades da genética e da biomedicina, individualizando casos onde, por razões de saúde, se apontaria para algumas exceções. Conhecido também como modelo francês, começou por constar de normas dos CECOS (*Centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme*), sendo consagrado legislativamente em 1994<sup>57</sup>. Acrescente-se que, no entanto, também em França o anonimato é crescentemente controverso, sem que a legislação tenha sido alterada. Aliás, ainda há poucos anos o *Conseil d'État*<sup>58</sup> confirmou esta resposta legal;
- b) Modelo do *anonimato mitigado*, mas com possibilidade, por “razões ponderosas” (para utilizarmos a fórmula da nossa LPMA — Lei de Procriação Medicamente Assistida), de afastar o segredo, estabelecendo-se mecanismos procedimentais adequados (no caso português, jurisdicionais);
- c) Modelo do direito, *prima facie*, ao conhecimento da ascendência genética, admitindo-se que, excepcionalmente, tal não se verifique, solução defendida na doutrina por Rafael Vale e Reis<sup>59</sup> e agora com respaldo no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018;
- d) Modelo consagrador do *direito ao conhecimento, sem reservas, da ascendência genética*, também conhecido por modelo sueco<sup>60</sup>, recebido noutros países, como o Reino Unido;

<sup>57</sup> No quadro das chamadas Leis da bioética, de 29 de julho de 1994.

<sup>58</sup> *Conseil d'État*, 12/11/2015.

<sup>59</sup> Rafael Vale e REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008 (nas p. 479-480 pode ver-se, inclusivamente, uma proposta de alteração legislativa; mais recentemente, IDEM, “Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na procriação medicamente assistida?” in João Loureiro/ André Dias PEREIRA / Carla BARBOSA, coord., *Direito da saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 4, Almedina: Coimbra, 2016, 159-176, 174-176.

<sup>60</sup> *Lei sobre a inseminação (Lag om insemination)*, de 1984, em vigor desde 1 de março de 1985, estabelecendo um direito ao conhecimento das suas origens (*rätt att få vettas sitt ursprung*). De acordo com o texto do *Socialstyrelsen (Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om inseminationer)*, de 1987 ([http://www.sos.se/sofs/1987\\_6/1987\\_6.htm](http://www.sos.se/sofs/1987_6/1987_6.htm)), tomou-se a sério a analogia entre a inseminação com dador e a adoção: cf. *Assisted reproduction in Nordic countries: a compa-*

- e) Finalmente, *modelos mistos ou duais* (também conhecidos como de *double track*) em que se admitem previamente as duas possibilidades, ou seja, é possível escolher entre anonimato e identificação, solução consagrada na Dinamarca e na Islândia<sup>61</sup> (e era anteriormente o quadro holandês)<sup>62</sup>.

Olhando para o panorama, o direito ao conhecimento da ascendência genética, para além da Suécia, mereceu acolhimento nos Países Baixos<sup>63</sup>, no Reino Unido<sup>64</sup>, na Suíça<sup>65</sup>, na Áustria<sup>66</sup>, na Alemanha<sup>67</sup>, Noruega<sup>68</sup>, Finlândia<sup>69</sup>, mas também fora da

---

*rative study of policies and regulation*, Copenhagen, 2006 (<http://www.norden.org/pub/ovrigt/ovrigt/uk/TN2006505.pdf>), 18-19. Vd. agora a *Lagen (2006: 351) om genetisk integritet* ([https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-mm\\_sfs-2006-351](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-mm_sfs-2006-351)), Cap. 6 (Inseminação), § 5, e Cap. 7 (Fecundação *in vitro*), § 7.

<sup>61</sup> Sobre a legislação nos países nórdicos, vd. NORDIC COMMITTEE ON BIOETHICS, *Legislation on biotechnology in the Nordic countries — an overview 2018*, Oslo: Nordforsk, 2018. No caso da Dinamarca, vd. Lei 460/1997 (disponível em <[www.retsinfo.dk](http://www.retsinfo.dk)>).

<sup>62</sup> Entre nós, vd. a síntese de Rafael Vale e REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 466-468; classicamente, Sobre este modelo, vd. Guido PENNINGS, “The ‘double track’ policy for donor anonymity”, *Human reproduction* 12 (1997) 2839-2844.

<sup>63</sup> Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donors bij kunstmatige donorbevruchting, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2002; vide ainda a Besluit van 11 augustus 2003, houdende bepaling van de gegevens en bescheiden als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderscheidenlijk artikel 3, achtste lid, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting).

<sup>64</sup> *Human Fertilization and Embryology Authority* ([www.hfea.gov.uk](http://www.hfea.gov.uk)).

<sup>65</sup> *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*.

<sup>66</sup> *Fortpflanzungsmedizinengesetz — FMedG*, StF: BGBl. 275/1992.

<sup>67</sup> Vd. agora a *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, de 17/7/2017.

<sup>68</sup> Na *lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi* m.m. (2003), antecedida da *lov om kunstig befruktning* (1987) e da *lov om medisinsk bruk av bioteknologi* (1994). Para uma versão em língua inglesa do quadro legislativo actualmente vigente, cf. *Act of 5 December 2003 No. 100 relating to the application of biotechnology in human medicine, etc* ([http://www.bion.no/lov/Biotechnology\\_act\\_MASTER.pdf](http://www.bion.no/lov/Biotechnology_act_MASTER.pdf)): “§ 2-7. *The child’s right to information on the sperm donor*: Any person who is born as a result of medically assisted reproduction using donated sperm has a right to information on the sperm donor’s identity at the age of 18. A donor register shall assist the child in this matter”.

<sup>69</sup> *Lag om assisterad befruktning* (1237/2006), de 22 de dezembro de 2006, § 23 (título em sueco, uma das línguas oficiais da Finlândia). Há uma tradu-

Europa, nomeadamente na Austrália<sup>70</sup> e Nova Zelândia<sup>71</sup>. E a República da Irlanda veio prever, no *Children and Family Relationships Act 2015*, um registo nacional (*National Donor Conceived Person Register*)<sup>72</sup> que permitirá não apenas o conhecimento por parte da criança resultante da dádiva de esperma do seu ascendente genético, mas igualmente abre a porta ao próprio dador para conhecer a descendência, verificados certos pressupostos<sup>73</sup>.

Também na República Sul-Africana, na sequência do aresto *AB v Minister of Social Development and Others*<sup>74</sup> se questionou a Secção 294 do *Children's Act*, sustentando-se que decorria do “melhor interesse da criança” o direito ao conhecimento da origem genética.

### III. Direito ao conhecimento da ascendência genética: vias/ caminhos e fundamentos

Procedamos a uma primeira clarificação quanto a este direito que aparece sob várias designações. Com efeito, é corrente depararmo-nos com um direito ao conhecimento das origens genéticas que, no entanto, tem um objeto mais amplo, pois compreende informação não identificante. Gomes Canotilho e Vital Moreira falam de um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores ou de um direito ao conhecimento da

---

ção em língua inglesa disponível em <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20061237.pdf>>.

<sup>70</sup> Vd. a referência *infra* à legislação do Estado de Vitória.

<sup>71</sup> *Human Assisted Reproductive Technology Act 2004* (com as alterações introduzidas pelo *Human Assisted Reproductive Technology Amendment Act 2007*).

<sup>72</sup> Section 33.

<sup>73</sup> Sobre a lei, vd. Ceara Tonna-BARTHET, “The regulations of DAHR in the Children and Family Relationships Act 2015: donor information and parentage”, *Trinity College Law Review online*; também Simon MILLS / Andrea MULLIGAN, *Medical law in Ireland*, 3.<sup>a</sup> ed., Dublin / London, Bloomsbury Professional, 2017, 440-444. Uma síntese do quadro normativo aplicável no caso de ser o dador a pretender contactar a descendência pode ver-se em *UL Engage Community Briefing* (2017/13), *Information booklet on Donor on Donor Assisted Human Reproduction DAHR and the Law in Ireland*, University of Limerick, 25

<sup>74</sup> Criticamente, Donrich H. Thaldar, “Post-truth jurisprudence: the case of *AB v Minister of Social Development*”, *South African Journal on Human Rights* (2018) 231-253.

progenitura<sup>75</sup>. Acresce que o direito ao conhecimento da ascendência genética enquanto elemento da historicidade pessoal<sup>76</sup> que passa pela identificação dos genitores tem autonomia em relação aos casos em que o conhecimento é meramente instrumental ao estabelecimento da filiação e também no que toca a informações relevantes para a saúde, atento o caráter familiar do genoma.

Numa leitura que não se limite a olhar para o umbigo normativo do país, o direito ao conhecimento da ascendência genética pode ter fundamento:

- a) constitucional, em termos expressos (caso suíço) ou por via de interpretação (caso português);
- b) internacional, em termos de direitos do homem, quer no plano universal (Convenção sobre os direitos da criança) quer macrorregional (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), importando não esquecer a relevância da chamada margem de livre apreciação;
- c) meramente legal, nos casos em que se trata de uma simples opção político legislativa.

## ***1. Fundamento constitucional***

Começamos pelo fundamento constitucional, que pode ser versado expressamente ou resultar de interpretação constitucional.

### **1.1. Caso suíço: a consagração expressa do direito**

A Confederação Helvética ilustra a solução de um reconhecimento expresso no texto constitucional. Na verdade, o artigo 119.º/2/g) do texto da Constituição Federal, de 18 de abril de 1999, que entrou em vigor em 2000, dispõe que “toute personne a accès aux données relatives à son ascendance”<sup>77</sup>. Importa

---

<sup>75</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 462.

<sup>76</sup> Neste sentido, vd. José Joaquim Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 462.

<sup>77</sup> Disponível em <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>>.

recordar que esta solução tinha sido introduzida, por via de revisão constitucional, na lei fundamental anterior<sup>78</sup>. Com efeito, em 1992<sup>79</sup>, na sequência de um referendo, foi acolhida no parâmetro constitucional federal e consagrada depois em termos legais, em 1998<sup>80</sup>. Desenvolvida logo ao nível constitucional já foi considerada uma anomalia que devia levar à eliminação das diferentes alíneas do n.º 2 do referido artigo 119.º, propondo-se, sem vencimento<sup>81</sup>, que o texto passasse a ter a seguinte redação:

“La Confédération légifère sur l’utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille”.

Sublinhe-se que, na concretização legislativa, se reconheceu ao dador o direito de recusar o contacto, nomeadamente tendo presentes os seus direitos e os da sua família, solução a que retornaremos<sup>82</sup>.

## 1.2. Leituras constitucionais

Face a textos constitucionais sem uma referência expressa como no caso suíço que acabámos de analisar, em abstrato seria pensável que tal possa resultar de uma interpretação constitucional, ainda que o simples reconhecimento do direito não resolva, sem mais, a questão, pois poderá entender-se que na ponderação de bens não prevalece, em regra, o conhecimento à ascendência. Na verdade, em relação à questão do anonimato, é possível, em abstrato, considerar três hipóteses, a saber: sua proibição, sua exigência ou então, como acontece em muitos

<sup>78</sup> Constituição Federal de 29 de maio de 1874.

<sup>79</sup> Artigo 24.º novies.

<sup>80</sup> Posteriormente, também consagrado, em matéria de adoção, no Código Civil: cf. o artigo 268c.º

<sup>81</sup> Cf. <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20100486>>.

<sup>82</sup> Artigo 27.º/3: “Avant que l’office ne communique à l’enfant les données relatives à l’identité du donneur, il en informe ce dernier, dans la mesure du possible. Si le donneur refuse de rencontrer l’enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l’enfant maintient la demande déposée en vertu de l’al. 1, les données lui seront communiquées”.

domínios, a constituição admite diferentes soluções, devendo a escolha ser feita sem sede político-legislativa.

O caso de escola é aqui o ordenamento jurídico-constitucional alemão, onde a jurisprudência<sup>83</sup> entendeu que a *Grundgesetz* consagra um direito ao conhecimento da ascendência genética a que se contrapõe desde logo o direito à autodeterminação informativa ou informacional do dador(a) de gâmeta. Tem-se afirmado como regra o primado do direito ao conhecimento da ascendência genética no processo de ponderação, sublinhando-se, por exemplo, que, diferentemente do estabelecimento da filiação, não há o impacto patrimonial<sup>84</sup>.

Continuando em registo juscomparatístico, encontramos outras decisões no sentido da inconstitucionalidade da solução do anonimato. Por exemplo, no caso *Pratten versus British Columbia (Attorney General)*, o Supremo Tribunal da Columbia Britânica considerou inconstitucional o anonimato, mas a decisão foi posteriormente alterada. Concebida nos anos 80, Olivia Pratten pretendia saber quem era o dador de esperma e alegava violação do princípio da igualdade, na medida em que os adotados, ao chegarem à maioridade, têm esse direito reconhecido pelo *Adoption Act* e pela *Adoption Regulation*. Entendeu o tribunal que se estaria perante uma violação do artigo 15.º/1 da Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

## 2. O quadro internacional

### 2.1. Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança prevê, no seu artigo 7.º/1, que

“A criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade

---

<sup>83</sup> BVerfGE 79, 256 = *Neue Juristische Wochenschrift* (1989) 891. Como dissemos, há hoje disciplina legislativa: *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, de 17/7/2017.

<sup>84</sup> BGH 28/1/2015, n.º 56.

e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles”.

### Importa ainda considerar o n.º 1 do artigo 8.º:

“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”.

São pertinentes as dúvidas sobre a aplicação do artigo 7.º a esta situação. Com efeito, não está aqui em causa o estabelecimento da filiação, mas o conhecimento da ascendência genética. Aliás, *in fine*, quando se faz referência ao direito da criança a ser educada pelos pais, não se vê que, por essa via, caiba no âmbito de aplicação da norma o direito em análise. Precise-se que o “sempre que possível”, na jurisprudência do Tribunal Federal da Suíça<sup>85</sup>, aparece limitada ao domínio do fáctico e não a uma ponderação jurídica dos interesses da criança com os de quem se pretende opor ao conhecimento, o que mereceu a censura de parte da doutrina, que recusou esse carácter absoluto<sup>86</sup>. Já outro arrimo poderia encontrar-se na referência à identidade. Fundar o direito ao conhecimento da identidade no referido artigo 8.º não é isento de dúvidas.

Contudo, regista-se que o Comité dos Direitos da Criança<sup>87</sup>, no exercício das suas funções de apreciação dos relatórios que, periodicamente, os Estados devem submeter-lhe, tem vindo a estabelecer orientação interpretativa sobre o assunto quer em matéria de adoção quer no campo da procriação medicamente assistida, respondendo positivamente à questão<sup>88</sup>. Limitando-me a este último território, assinala-se que, no caso suíço, um sistema que reconhece constitucionalmente o direito ao conhecimento da ascendência genética, a simples exigência da existência de um

<sup>85</sup> Cf. ATF 128 I 63.

<sup>86</sup> Para as indicações da doutrina suíça, vd. Marie-Laure Papaux VAN DELDEN, “Au nom de la personnalité de l’enfant: facettes choisies”, in Margareta Baddeley *et al.*, édit., *Facettes du droit de la personnalité: Journée de droit civil 2013 en l’honneur de la Professeure Dominique Manai*, Genève: Schulthess, 2014, 97-140, 116, n. 124

<sup>87</sup> Artigo 43.º da Convenção.

<sup>88</sup> Uma lista das decisões pode ver-se em Donna LYONS, “Domestic implementation of the donor conceived child’s right to identity in light of the requirements of the UN Convention on the Rights of the Child”, *International Journal of Law, Policy and the Family* 32 (2018) 1-26.



“interesse legítimo”<sup>89</sup> seja em matéria de adoção seja nas hipóteses de procriação assistida suscitou a recomendação do Comité no sentido de acabar com essa solução, retirando a fórmula da lei<sup>90</sup>.

Para além disso, importa sublinhar que há um conjunto de países que consagram o direito ao conhecimento da ascendência genética que veem aqui — em sede de direitos do homem — fundamento vinculativo para essa posição jurídica. É o que acontece com a Suécia — onde o reconhecimento do direito começou por se situar meramente no plano legal — e também com outros países, como a Noruega<sup>91</sup>, ainda que se saiba que alguns Estados que são parte na Convenção continuam a admitir o anonimato (por exemplo, a Bélgica ou a Espanha).

Esta mobilização do parâmetro dos direitos do homem é especialmente importante em vários Estados nórdicos, onde não temos um controlo abstrato da constitucionalidade<sup>92</sup>, sendo diferente a história quanto ao controlo concreto na esteira da *judicial review*. Com efeito, o carácter pioneiro na Europa da Noruega<sup>93</sup> não foi então seguido por outras sociedades do círculo nórdico. De qualquer forma, estamos perante países com uma cultura de direitos humanos e que tomam a sério a vinculação internacional. Nos Países Baixos, a *Grondwet* também não é utilizada como parâmetro para aferir da constitucionalidade das leis, pois tal é expressamente vedado<sup>94</sup>; em contrapartida, a mobilização dos

---

<sup>89</sup> Artigo 27.º/2: “Lorsqu’il peut faire valoir un intérêt légitime, l’enfant, quel que soit son âge, a le droit d’obtenir toutes les données relatives au donneur (artigo 24.º, al. 2)”.

<sup>90</sup> Committee on the Rights of the Child, “Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland”, CRC/C/CHE/CO/2-4 (26/2/2015).

<sup>91</sup> Por exemplo, <<http://www.bioteknologiradet.no/temaer/assistert-be-fruktning/regelverk>>.

<sup>92</sup> Para uma visão global, Kári á RÓGVI, *West-Nordic constitutional judicial review: a comparative study of Scandinavian judicial review and judicial reasoning*, Copenhagen: DJØF, 2013.

<sup>93</sup> Para outras referências, permitimo-nos remeter para João Carlos LOUREIRO, “A Constituição da Noruega: uma fonte do constitucionalismo luso-brasileiro. Nótula (tardia) por ocasião do bicentenário da Constituição do Reino da Noruega (1914-2014) e dos 150 anos do caso Wedel Jarlsberg (1866-2016)”, *Boletim da Faculdade de Direito* 93 (2017/2) 969-1012.

<sup>94</sup> Artigo 120.º *Grondwet*, que citamos na versão inglesa: “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by

parâmetros normativos internacionais é corrente e difundida. Contudo, em sede judicial, o Supremo Tribunal (*Hoge Raad*) considerou numa decisão de 1994 (*Valkenhorst arrest*)<sup>95</sup> que o direito a saber (*het recht om te weten van wie je afstamt*) prevalecia sobre o direito à privacidade do dador<sup>96</sup>.

### 3. *Um retrato português: memória(s) e (com) decisões*

Procuremos agora traçar um retrato português da questão, percorrendo normaçaõ, doutrina e jurisprudência. Começando pela doutrina, limitamo-nos a referir que há um conjunto significativo de vozes no sentido da existência de um direito ao conhecimento da ascendência genética — aqui entendida em sentido estrito como um direito ao conhecimento da identidade d(o)(a) dador(a) de gâmeta e não como um genérico direito ao conhecimento às origens genética, compreendendo o acesso a um conjunto de informações sobre o dador e/ou a dadora, mas não o nome.

---

the courts” (disponível em <<https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>>).

<sup>95</sup> HR 15 de abril de 1994. Cf. também a referência ao caso na resposta dada (6/3/2015) pelo Ministro da Saúde, do Bem-estar e do Desporto (*Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport*) sobre a possibilidade de compra de esperma na Dinamarca por meio da Internet (<<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20142015-1454.html>>). Informações mais pormenorizadas sobre os casos Valkenhorst I e II (este corresponde à decisão do Supremo Tribunal, de 1994) podem colher-se em Richard John Blauwhoff, *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children’s right to know their genetic origins*, esp. 125-136. Na p. 132, lê-se: “[t]he most radical point it [the Dutch Supreme Court] made consisted of a *right* to know one’s origins, a right that was protected under Dutch constitutional law” (em itálico no original).

<sup>96</sup> <[https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20172018-2135.html?zoekcriteria=%3fzkt%3dEenvoudig%26pst%3d%26vrt%3dWet%2bDonorgegevens%2bKunstatige%2bBevruchting%26zkd%3dInDeGeheleText%26dpr%3dAfgelopenDag%26spd%3d20181105%26epd%3d20181106%26sdt%3dDatumBrief%26ap%3d%26pnr%3d2%26rpp%3d10%26\\_page%3d3%26sorttype%3d1%26sortorder%3d4&resultIndex=23&sorttype=1&sortorder=4](https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20172018-2135.html?zoekcriteria=%3fzkt%3dEenvoudig%26pst%3d%26vrt%3dWet%2bDonorgegevens%2bKunstatige%2bBevruchting%26zkd%3dInDeGeheleText%26dpr%3dAfgelopenDag%26spd%3d20181105%26epd%3d20181106%26sdt%3dDatumBrief%26ap%3d%26pnr%3d2%26rpp%3d10%26_page%3d3%26sorttype%3d1%26sortorder%3d4&resultIndex=23&sorttype=1&sortorder=4)>.

### 3.1. Normação

#### 3.1.1 *No princípio ...: a legislação, a política e o Ministro (Mário Raposo)*

##### 3.1.1.1 A legislação projetada

Em Portugal, o então Ministro da Justiça, Mário Raposo, criou uma Comissão para o Enquadramento das Novas Tecnologias<sup>97</sup>. Precisamente no rol das questões formuladas lemos:

“Será consentível o anonimato do ‘doador’ de esperma? Como compatibilizar os vários interesses em tendencial conflito, pensando, desde logo, nos da criança que nascerá e nos da família e da própria sociedade?”.

O Projeto da Comissão para o Enquadramento das Novas Tecnologias propunha, no seu artigo 24.º, a solução do anonimato, estabelecendo um dever de sigilo, prevendo-se pena de prisão até 2 anos no caso de incumprimento<sup>98</sup>. No n.º 2 do mesmo preceito dispunha-se:

“O dever de sigilo (...) cede perante o direito da pessoa procriada de conhecer o modo da sua conceção e, havendo sérias razões de natureza médica, as características genéticas do dador”<sup>99</sup>.

Na sua Declaração de Voto<sup>100</sup>, Luís Archer sublinhava o argumento constitucional, convocando o artigo 26.º/1 da CRP

---

<sup>97</sup> Despacho n.º 37/86, datado de 14 de abril.

<sup>98</sup> Artigo 53.º (Violação do anonimato e do dever de sigilo).

<sup>99</sup> O Projeto relativo a Centros de Procriação Assistida estabelecia, no seu artigo 15.º (Direito ao conhecimento do modo da conceção e das características genéticas do dador): “1. Quem pretenda conhecer o modo da sua conceção pode requerer ao registo nacional de procriação medicamente assistida uma informação a esse respeito logo que atinja a maioridade; 2. Havendo sérias razões de natureza médica, pode ainda o interessado ou, durante a menoridade deste, o seu representante legal pedir que lhe sejam prestadas informações adequadas sobre as características genéticas do dador, com recurso, quando tal se mostre necessário, ao exame do D.N.A.; 3. O pedido a que se refere o número anterior deve ser apoiado em pareceres fundamentados de dois médicos geneticistas de instituições distintas”.

<sup>100</sup> Também reproduzido em Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, 81-88.

para sustentar que o anonimato do dador violava o direito fundamental à identidade pessoal<sup>101</sup>.

### **3.1.1.2 A legislação de urgência: com três artigos apenas se escreve a dádiva em tempos de SIDA**

Registe-se que foi aprovado, no entanto, um diploma com apenas três artigos. Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro. Como se explicava no Preâmbulo, sem prejuízo de legislação geral a fazer, integrava o conjunto das “orientações firmes” a proibição da “execução da fecundação artificial com sémen fresco de um dador”, interdição reforçada em tempos de SIDA.

Do ponto de vista institucional, o diploma dispunha que, com exceção das técnicas de procriação assistida homóloga com sémen fresco<sup>102</sup>, só em “organismos públicos ou provados que tenham sido expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde”<sup>103</sup> era possível “a recolha, a manipulação, a conservação de esperma e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação artificial humana”<sup>104</sup>.

### *3.1.2 A legislação vetada: o anonimato e o poder dos lóbis*

Depois de um Projeto de 1995<sup>105</sup>, elaborado pelo Governo, mas que a mudança política condenou à morte, no final do século passado estivemos à beira de, finalmente, dispor legislação neste domínio. Acolhia-se o direito ao conhecimento da ascendência genética. Falamos da Proposta de Lei n.º 135/VII, que veio a ser aprovada, correspondendo ao Decreto n.º 415/VII,

---

<sup>101</sup> Luís ARCHER, “Declaração de Voto”, 83.

<sup>102</sup> Artigo 1.º/2 do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro.

<sup>103</sup> Artigo 1.º/1 do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro.

<sup>104</sup> Artigo 1.º/1 do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro.

<sup>105</sup> Estabelecia-se, no artigo 10.º/2, que “as pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamentem assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, por razões médicas devidamente comprovadas, obter do centro as informações que lhe digam respeito, incluindo a identificação do dador”. Indo mais longe, o n.º 3 do mesmo preceito abria as portas ao conhecimento da identificação dos dadores por parte dessas pessoas quando atingissem a maioridade.

mas que foi vetada pelo então Presidente da República, Jorge Sampaio.

### ***3.1.3 A legislação consagrada: finalmente a lei (2006) ou mais vale tarde do que nunca***

Em 2006, foi aprovada a Lei de Procriação Medicamente Assistida, que, com alterações, continua em vigor. No que toca à questão do anonimato, consagrou-se, como já se disse, um regime de anonimato mitigado, conjugando uma dimensão substantiva — “razões ponderosas” (fundamento) — com uma dimensão procedimental — decisão judicial (modo de efetivação).

Do ponto de vista comparado, registre-se que a idade para requerer o conhecimento da identidade genética varia de legislação para legislação. Se nalguns casos é necessário esperar pela maioria (por exemplo, a regra na Suíça)<sup>106</sup>, também há quem tenha estabelecido requisitos etários mais baixos (*v.g.*, na Áustria, 14 anos<sup>107</sup>). Na Alemanha, em 2015, uma decisão do Supremo Tribunal Federal (BGH)<sup>108</sup> entendeu que não era sequer necessária uma idade mínima do requerente, decidindo de forma desconforme com o tribunal recorrido<sup>109</sup>, que tinha considerado aplicáveis os dezasseis anos previstos no quadro normativo da adoção<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Artigo 27.º da *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*.

<sup>107</sup> § 20 da *Fortpflanzungsmedizingesetz*.

<sup>108</sup> Urteil des XII. Zivilsenats vom 28.1.2015 - XII ZR 201/13 (disponível em <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=70043&linked=pm>>).

<sup>109</sup> Landgericht Hannover: Urt. v. 06.11.2013, Az. 6 S 50/13.

<sup>110</sup> § 63 Abs. 1 *Personenstandsgesetz* (PStG).

### III. Anonimato(s): entre a lei e a jurisprudência

#### 1. *Questão prévia: legitimidade de intervenção do Tribunal Constitucional*

##### 1.1. Hiperconstitucionalização e pós-constitucionalismo: sobre a medida de controlo

Antes de analisarmos a solução resultante do Acórdão do TC n.º 225/208, confrontamo-nos com a questão da legitimidade de intervenção do Tribunal Constitucional. Com efeito, embora parte da doutrina continue a sustentar projetos que poderíamos designar — num registo crítico — de hiperconstitucionalização (imperialismo constitucional), um grande desafio vem hoje do chamado pós-constitucionalismo. Ou seja, será legítimo, em matérias tão fraturantes, uma *intervenção substantiva* do TC? E dizemos substantiva, pois não há dúvida que um conjunto de normas de competência, procedimentais e de forma têm relevância constitucional: por exemplo, uma Assembleia Municipal não pode legitimamente aprovar uma postura que proíba determinadas práticas de PMA na área do concelho ou que, pelo contrário, admita outras proibidas na LPMA.

A questão é aqui a *medida da constituição* enquanto parâmetro de controlo. Como vimos referindo há muito<sup>111</sup>, há leituras que se traduzem em conversões da medida constitucional, no limite, na sua destruição e, no que agora especialmente nos importa, na *redução da medida constitucional*. Transpusemos então a visão de Engelhardt para o campo constitucional: seremos “estranhos morais”<sup>112</sup>, membros de comunidade marcadas pela mera coexistência (não pela convivência), ou podemos antes reconhecê-los como “amigos morais”<sup>113</sup>, que, sem prejuízo das diferenças, partilham a condição humana (a natureza humana,

<sup>111</sup> João Carlos LOUREIRO, “Les principes de la Bioconstitution du type «État constitutionnel européen»?”, *Boletim da Faculdade de Direito* 75 (1999), 433-473.

<sup>112</sup> Tristram ENGELHARDT, *Fundamentos da bioética*.

<sup>113</sup> Francesco D’AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, 3.<sup>a</sup> ed., Torino: Giappichelli, 1997, 84-89.

para usar expressão com uma ambiguidade que transporta memórias de séculos)? Ou seremos meros “conhecidos morais”<sup>114</sup>?

### 1.2. Soluções alternativas: entre a “autonomia privada” e a “autonomia pública”

A pergunta que legitimamente se poderá suscitar passa por saber quem decidirá: os caminhos de solução são mais *imunitários* (“autonomia privada”) ou mais *comunitários* (“autonomia pública”)? Dito de outra forma: estaremos perante uma *privatização das questões* — cabe a cada um decidir, no quadro de um *hiperautonomismo*, sendo o direito, no limite, mera forma —, ou o que se alarga é a esfera de competência de decisão política da comunidade em relação a questões que têm inequívoca ressonância pública? Ou seja, nesta última compreensão, a Constituição, para lá de um domínio muito restrito de *proibição* (por exemplo, da tortura e da pena de morte) e de *exigências* de conduta (poder-dever de educação dos pais em relação aos filhos), no essencial não proíbe nem exige, sendo vasto o campo da *permissão*.

Em relação à chamada gestação de substituição, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 sublinha a sua relevância pública:

“o contrato de gestação de substituição não põe «frente a frente» apenas partes privadas; é um contrato marcado por uma intensa intervenção pública destinada a salvaguardar a dignidade dos contraentes, em especial da gestante — a parte que, por suportar mais riscos para a sua saúde e por assumir maiores condicionamentos para a sua vida, se apresenta como mais vulnerável”<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Kevin W. WILDES, *Moral acquaintances: methodology in bioethics*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2000. Stephen HANSON, *Moral acquaintances and moral decisions: resolving moral conflicts in medical ethics*, New York: Springer, 2009, 149, sublinha que “(...) the moral friends would be able to agree on the justifications of their decisions, while the moral acquaintances could not”.

<sup>115</sup> Ac. TC n.º 225/2018, n.º 26.

## ***2. A legislação no Tribunal Constitucional***

### **2.1. Acórdão n.º 101/2009**

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009 entendeu, por larga maioria, que o regime do anonimato mitigado previsto na LPMA não violaria a Constituição da República Portuguesa. No aresto, que teve como relator o Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, sublinha-se que

“(…) o artigo 15.º da Lei n.º 32/2006 não estabelece uma regra definitiva de anonimato dos dadores, mas apenas uma regra *prima facie*, que admite exceções expressamente previstas. Na verdade, embora os intervenientes no procedimento se encontrem sujeitos a um dever de sigilo, as pessoas nascidas na sequência da utilização de técnicas de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito (n.º 2), bem como informação sobre eventual existência de impedimento legal a um projetado casamento (n.º 3), além de que podem obter informações sobre a identidade dos dadores de gâmetas quando se verifiquem razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial (n.º 4). A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como exceção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade”.

A resposta foi no sentido deste regime jurídico passar o teste de constitucionalidade. Pode ler-se mais à frente que:

“Cabe, em todo o caso, sublinhar que o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui a informação sobre a identidade dos dadores e poderá prestá-la nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º, quer fornecendo dados de natureza genética, quer identificando situações de impedimento matrimonial, e sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação (artigo 30.º, n.º 2, alínea i). Além disso, as razões ponderosas a que se refere o artigo 15.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, não poderão deixar dever consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto”.

Lendo os votos que acompanham a decisão, vê-se que o Conselheiro Benjamim Rodrigues assumia já que “o legislador só poderia construir um sistema que arrancasse da regra do não anonimato do doador”.



Assim, há aqui três aspetos a considerar que relevam para nossa discussão:

1. Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional enfatiza que as “razões ponderosas” previstas na lei, tendo presente o quadro jusfundamental (mais especificamente o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade), “poderão merecer prevalência no caso concreto”;
2. Nesta decisão, havia já quem, de acordo aliás com parte relevante da doutrina portuguesa, antecipasse que a regra do anonimato, ainda que mitigada, era suscetível de vir a ser declarada inconstitucional;
3. Com efeito, não há, entre nós, declarações de constitucionalidade em sentido próprio, pelo que um aresto onde não se declare a inconstitucionalidade, como foi o caso, não afasta a possibilidade de, posteriormente, em fiscalização concreta ou sucessiva, se assistir a uma alteração de jurisprudência.

Acresce que, mesmo a ter vencimento a não inconstitucionalidade da solução de primado de anonimato, ainda que mitigado, dado que, à face da CRP, estaríamos perante uma solução permitida, mas não exigida, poderia pôr-se o problema de uma análise autónoma, a fazer noutra sede, da conformidade jus-internacional. A valer a interpretação de um predomínio, ainda que não excludente de “razões ponderosas”, do dador e/ou da dadora, poderia discutir-se, mesmo depois do Acórdão n.º 101/2009, se a solução prevista na LPMA seria compatível com a vinculação internacional do Estado português, no caso tendo como parâmetro a Convenção sobre os Direitos da Criança.

## **2.2. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018**

### ***2.2.1 O conteúdo do acórdão***

O Acórdão n.º 225/2018 veio considerar inconstitucional não a maternidade de substituição enquanto tal, mas algumas das soluções *sub iudice*. Já quanto ao que agora nos importa, considerou desconforme com a lei fundamental o modelo misto

assente no primado do anonimato, ainda que não absoluto, previsto no artigo 15.º da LPMA. Transcrevemos parte da decisão:

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

### *2.2.2 Os efeitos temporais da decisão*

Ao considerar inconstitucional a referida solução do primado do anonimato, os efeitos jurídicos, neste ponto, retroagem à entrada em vigor do diploma. Com efeito, o Tribunal Constitucional não lançou mão do n.º 4 do artigo 282.º para os limitar temporalmente, no sentido de reconhecer carácter meramente prospetivo à decisão. Esta é a leitura do aresto que, aliás, se reforça mais analisando o contraste com a solução adotada em relação aos procedimentos de maternidade de substituição já iniciados. Neste último caso, decidiu o Tribunal:

“Determinar, ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a), b) e c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho”.

Se dúvidas houvesse sobre o alcance temporal da decisão do acórdão nesta matéria, a leitura de algumas declarações de voto dissipa-as. Vejamos um extrato do texto subscrito por Maria José Rangel de Mesquita:

“8. Todavia, e tendo em conta o vencimento parcial quanto à declaração de inconstitucionalidade constante da alínea e) da Decisão, sustentamos que a limitação de efeitos deveria operar igualmente em relação a tal declaração de inconstitucionalidade (e sem prejuízo do que acima se referiu em B),

5.). Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade constante da alínea e) da Decisão, no que respeita ao n.º 1 do artigo 15.º apresenta um alcance limitado por apenas se reportar a uma parte desse número — «parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medidamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou gestante de substituição» —, assim se mantendo o dever de sigilo relativamente às demais pessoas (não nascidas em consequência daquele processo de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição). E, em conjugação com a declaração de inconstitucionalidade do n.º 4 — sem qualquer limitação de efeitos —, a decisão constante da alínea e) resulta da ponderação segundo a qual se faz prevalecer o direito à identidade pessoal, na sua plenitude, incluindo a dimensão do conhecimento da ascendência genética, em relação ao interessado (ou seja, a 'pessoa nascida em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição'), por força do carácter desnecessário da opção legislativa vigente (no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos) que consagra a regra, ainda que não absoluta, do anonimato dos dadores no caso de procriação heteróloga, e bem assim o anonimato da gestante de substituição, como regra absoluta (por força do disposto no n.º 4 que apenas se refere à «identidade do dador»). Ora, pese embora a abertura da fundamentação (cfr. n.º 80.) a uma solução legislativa que, para tutela desses outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, possa consagrar a regra inversa da regra ínsita no atual regime sindicado (n.ºs 1 e 4), assim afrontando a referida desnecessidade da opção legislativa vigente (anonimato como regra, ainda que não absoluta quanto aos dadores e como regra absoluta quanto à gestante de substituição) — que apenas operaria para o futuro —, a não limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade não permite, julga-se, mesmo que tal pudesse ser a escolha do legislador, acautelar — e, sublinhe-se, de todo —, ainda que sob certas condições e em termos limitados, os demais interesses envolvidos dos vários intervenientes, de elevada sensibilidade e igualmente com relevância constitucional, cujas decisões — de recorrer a técnicas de PMA com dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo na situação de gestação de substituição, foram tomadas num dado quadro legislativo e no contexto de um paradigma que, agora, se modifica significativamente. A não limitação de efeitos quanto à decisão constante da alínea e) pode, pois, precludir qualquer 'válvula de proteção' em sentido inverso no âmbito das situações de PMA heteróloga e relações jurídicas constituídas ao abrigo da legislação ora declarada inconstitucional com força obrigatória geral, tanto mais necessária — apesar da centralidade do valor que a maioria considerou ser prevalecente — quanto o alcance da referida mudança de paradigma quanto ao entendimento do direito das pessoas nascidas em consequência de processos de PMA heteróloga (incluindo, para a maioria, nas situações de gestação de substituição) à identidade pessoal previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, na sua dimensão de direito ao conhecimento da

ascendência genética e, também (para a mesma maioria), da identidade da 'sua' gestante de substituição.

Esta posição aparece confirmada na Declaração de Voto de Fernando Ventura:

“6. Subscrevendo, pelos motivos referidos, a declaração de inconstitucionalidade das normas contidas nos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º da LPMA, na parte referida na alínea e) da Decisão, entendo também que a autonomia informativa do dador, valor constitucionalmente tutelado (artigo 35.º da Constituição), e razões de segurança jurídica, suportadas na manutenção de condições favoráveis à doação em Portugal, justificavam que se determinasse a restrição dos efeitos de tal a declaração, ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, de modo a que seja salvaguardado o sigilo (mitigado) que cobre a identidade de quem efetuou a doação de gâmetas ou embriões até à publicação da decisão. Ou seja, quanto às doações efetuadas em momento anterior, a revelação dos dados identificativos do dador não deixaria de ser possível, mantendo-se, porém, sujeita à demonstração em juízo de razões ponderosas para o efeito.

Dada a eliminação das normas declaradas inconstitucionais operada pela eficácia própria da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição), entendo que haverá seguramente dadores que veem agora infirmada a condição de confidencialidade que, frequentemente numa fase inicial da vida adulta e antes da construção de um projeto familiar próprio, elegeram como indispensável à formação da vontade de fornecerem os seus gâmetas ou embriões, condição essa que consideraram preenchida pelo regime legal instituído, com o reforço de segurança conferido pela sujeição do mesmo à sindicância do Tribunal Constitucional. A desconsideração da posição de tais sujeitos comporta riscos importantes para o sucesso de futuros apelos à doação, comprometendo a própria procriação heteróloga com recurso a dadores nacionais”.

### ***2.2.3 Defesa da posição do Tribunal Constitucional no que toca à não limitação temporal dos efeitos***

#### **2.2.3.1 Desconfiar é preciso**

Começamos pela análise deste argumento relativo à proteção de confiança dos dadores que o fizeram antes da declaração de inconstitucionalidade. Ao contrário do que poderia parecer *prima facie*, é preciso desconfiar do seu valor e do seu peso neste contexto, sendo que especificamente quanto aos dadores pode perguntar-se se aqueles que não queriam correr o risco de virem a ser identificados não deveriam ter sido mais prudentes, não

confiando na sorte de que, no seu caso específico, não se verificariam as “razões ponderosas”.

Na verdade, importa proceder a uma distinção importante: a diferença entre o plano sistémico e o pessoal. Na primeira perspetiva, ou seja, em termos globais, é relevante a mudança de um regime de anonimato mitigado para um regime mitigado de proibição do anonimato. Mas, do ponto de vista pessoal e da proteção da confiança, o argumento que acabámos de ler no voto de vencido de Fernando Ventura revela-se débil. Com efeito, no quadro da LPMA, era claro que, para cada dador, na sua situação concreta, o anonimato poderia não funcionar, bastando que houvesse “razões ponderosas” (no plano do fundamento) e uma decisão judicial (no plano de controlo). Mais: na doutrina havia já leituras generosas da mencionada formulação<sup>116</sup>, pelo que, em concreto, o dador podia e devia considerar seriamente que, no seu caso, poderiam verificar-se os pressupostos de levantamento do anonimato, ou seja, uma situação suscetível de ser reconduzida às “razões ponderosas”.

Nem podem argumentar que desconheciam esse risco: do ponto de vista do conhecimento, recorda-se que os formulários de consentimento aprovados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e que os dadores tiveram de assinar davam conta expressamente dessa possibilidade<sup>117</sup>. Além disso, sendo peças relativamente breves, nem vale aqui a tese de que estaríamos perante uma multiplicidade de cláusulas, não raro em letra minúscula, que tornam difícil a leitura, como acontece, por exemplo, com contratos em diferentes áreas.

### **2.2.3.2 Conversando com os outros**

#### **2.2.3.2.1 Sobre os anonimatos ou a relevância dos modelos**

Acresce que mesmo em regimes mais rígidos do ponto de vista do anonimato, o reconhecimento da prevalência do direito ao conhecimento da ascendência genética levou a que não se

---

<sup>116</sup> Para uma síntese, vd. João Carlos LOUREIRO, “«O nosso pai é o dador n.º xxx»”, 30-34.

<sup>117</sup> Disponíveis no sítio do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (<http://www.cnpma.org.pt>).

tratassem de forma distinta as dádivas de gâmetas, consoante fossem ou não anteriores ao estabelecimento do novo regime. Pensamos aqui no caso suíço, a que voltaremos.

Esta diferença de solução é relevante no que toca à ideia de proteção de confiança do ponto de vista dos dadores. Na verdade, encontramos casos em que ao passar-se de um sistema do chamado anonimato absoluto (que, repetimos, não é o caso português) para um sistema aberto (de possibilidade de identificação do dador) ressalvaram-se os casos anteriores (foi o que aconteceu na Suécia<sup>118</sup>, no Reino Unido<sup>119</sup> e nos Países Baixos<sup>120</sup>).

Na Suécia, com o alargamento do acesso dos beneficiários da procriação medicamente assistida, quanto à dádiva de esperma anterior à entrada em vigor da nova lei (2006), o que se exigiu foi o consentimento escrito dos dadores, em relação à utilização do seu esperma para inseminar ou para fecundação *in vitro* de “produtoras autónomas”:

“O esperma que tenha sido doado antes da entrada em vigor [da lei] não pode ser utilizado sem o consentimento escrito do dador de esperma numa inseminação ou fertilização fora do corpo de uma mulher só”<sup>121</sup>.

### 2.2.3.2.2 Direito(s) e princípio da igualdade

Como referimos, no anonimato absoluto a solução foi, tradicionalmente, estabelecer apenas efeitos prospetivos. Mas

---

<sup>118</sup> No entanto, na lei de 1984, é que a que nos interessa aqui, havia uma ressalva expressa: “Bestämmelsen i 4 § gäller inte i fall då spermagivaren har lämnat sperma före ikraftträdandet”. 4 § Den som har avlats genom insemination som avses i 3 § har, om han eller hon uppnått tillräcklig mognad, rätt att ta del av de uppgifter om givaren som antecknats i sjukhusets särskilda journal. Har någon anledning att anta att han eller hon avlats på sätt som sägs i första stycket är socialnämnden skyldig att på begäran hjälpa denne att ta reda på om det finns några uppgifter antecknade i en särskild journal. *Lag (2002:253)*”.

<sup>119</sup> *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information)*: Regulation 2(3) dispõe que a informação sobre a identidade do dador “is restricted to the information which donors supply to clinics on or after 1<sup>st</sup> April 2005” (citamos a *Explanatory Note*).

<sup>120</sup> *Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donors bij kunstmatige donorbevruchting*, artigo 12.º/2/3.

<sup>121</sup> “2. Spermier som har donerats före ikraftträdandet får inte utan skriftligt samtycke från spermiegivaren användas vid en insemination eller en befruktning utanför kroppen av en ensamstående kvinna”.

mesmo aí a solução pode não ser essa e isto quer estejamos a falar de países da família romano-germânica quer da família do *common law*.

Começando pelos primeiros, pensemos na Suíça, onde o argumento adotado assentou no reconhecimento de um direito ao conhecimento da ascendência genética. Um trabalho de “artesanaria” mostra que o artigo 41.º da Lei helvética de procriação medicamente assistida<sup>122</sup> não ressalva as situações anteriores<sup>123</sup>. Inicialmente, na Suíça aplicavam-se diretivas da Academia Suíça de Ciências Médicas (SAMW/ASSM), estabelecendo-se o anonimato. Assim, nas *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*<sup>124</sup>, que, em 1990, reunia num mesmo texto Recomendações de 1981 e Diretivas de 1985, lia-se no n.º 8 :

“2. Sur demande des parents ou de l’enfant, le médecin peut leur présenter les documents relatifs au donneur, à l’exception des indications permettant son identification.

3. Les intérêts personnels et juridiques du donneur doivent être sauvegardés. *Le secret de son identité doit être garantie* par des mesures particulières de protection de données”<sup>125</sup>.

Nos anos 90, vários cantões aprovaram legislação, não raro remetendo para as diretivas da Academia Suíça de Ciências Médicas (SAMW/ASSM), solução que, aliás, fora adotada ainda na década anterior em dois cantões<sup>126</sup>; em contrapartida, alguns da Suíça alemã proibiram a própria procriação medicamente assis-

---

<sup>122</sup> *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, de 18/12/1998 (última alteração: LF 12.12.2014 (I)). Do ponto de vista regulamentar, vd. também a *Ordonnance sur la procréation médicalement assistée* (OPMA), de 4/12/2000 (disponível em <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20002342/index.html>>).

<sup>123</sup> “Art. 41 *Droit à l’information*: <sup>1</sup> Les art. 18 et 24 à 27 sont applicables également lorsque le sperme a été donné avant l’entrée en vigueur de la présente loi, mais n’est utilisé qu’après cette date. <sup>2</sup> Dans les autres cas, l’art. 27 est applicable par analogie et il appartient au médecin qui a appliqué une méthode de procréation médicalement assistée utilisant des gamètes provenant d’un don de fournir les renseignements nécessaires”.

<sup>124</sup> Publicadas em *Schweizerische Ärztezeitung/ Bulletin des médecins suisses/ Bolletino dei medici svizzeri* 71/8 (1990) 300-302, 302.

<sup>125</sup> Itálico nosso.

<sup>126</sup> *Bâle-Campagne* (há dois cantões de Basileia), em 1987, e Ticino, em 1989.

tida heteróloga. O Tribunal Federal<sup>127</sup> considerou que as normas do cantão de Sankt-Gallen que impediam o concurso de gâmeta de terceiro no processo eram inconstitucionais, posição que reiterou num aresto de 1995, que tinha como objeto normas do mesmo teor, mas de Basileia<sup>128</sup>.

Mais: quando, há cerca de 20 anos, se procedeu ao referendo que alterou a Constituição anterior (solução que foi transposta para o novo texto) no sentido de reconhecer expressamente um direito fundamental, afirmou-se que prevalecia a posição jus-fundamental das pessoas que a dação gerou, atenta também a circunstância de não haver qualquer impacto em matéria de estabelecimento da filiação<sup>129</sup>.

Curiosamente, até no universo do *common law* assistimos a mudanças nesta direção, como o prova a recente alteração do quadro normativo aplicável no Estado de Vitória (*Assisted Reproductive Treatment Amendment Act 2016*, que entrou em vigor em março de 2017). O argumento aqui mobilizado é o princípio da igualdade<sup>130</sup>. Estabeleceu-se, no entanto, um “veto de contacto” (*contact veto*), uma figura retirada do direito da adoção, traduzida numa proibição e mesmo na criminalização, em caso de incumprimento.

#### ***2.2.4. Lidando com o passado no direito comparado: contributos para uma tipologia***

Defendida a tese vencedora no Ac. TC n.º 225/2018, partindo do carácter mitigado do regime de anonimato português,

<sup>127</sup> ATF 115 Ia 234.

<sup>128</sup> ATF 119 Ia 460.

<sup>129</sup> *Botschaft über die Volksinitiative zum Schutz de Menschen von Manipulation vom 26. Juni 1996*. Registe-se ainda que a lei suíça sobre procriação medicamente associada, aprovada em 1998, dispõe o seguinte em matéria de contacto: “Avant que l’office ne communique à l’enfant les données relatives à l’identité du donneur, il en informe ce dernier, dans la mesure du possible. Si le donneur refuse de rencontrer l’enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l’enfant maintient la demande déposée en vertu de l’al. 1, les données lui seront communiquées” (artigo 27.º/3).

<sup>130</sup> <<https://www2.health.vic.gov.au/hospitals-and-health-services/patient-care/perinatal-reproductive/assisted-reproduction/changes-to-legislation>>.



mas tendo também presentes as soluções suíça e australiana (mais exatamente, do Estado de Vitória), deixemos aqui, de uma forma sistematizada, um levantamento do modo como, em concreto, a questão do passado tem sido ou é pensável ser tratada (sem prejuízo de uma avaliação em termos de inconstitucionalidade) nos sistemas que deixaram o modelo de anonimato<sup>131</sup>.

Em termos de tipologia, podemos distinguir as seguintes hipóteses:

- a) Manutenção do modelo estabelecido anteriormente, sem quaisquer procedimentos que, ao menos, confirmem possibilidades, ainda que limitadas, de atenuação da diferença de tratamento entre os casos de conceção com dador(a) antes e depois da mudança de regime jurídico;
- b) Criação de bases assentes num regime de voluntariado (solução adotada, por exemplo, no Reino Unido e nos Países Baixos<sup>132</sup>), sendo pensáveis dois modelos: 1. administrados “passivamente”<sup>133</sup>; 2. administrados “ativamente” (contacto com os dadores, campanhas públicas), com soluções paralelas no campo da adoção<sup>134</sup>.
- c) Modelo de acesso ao conhecimento da ascendência genética, nos termos constitucionais: c.1. com direito de veto de contacto<sup>135</sup>; c.2. sem direito de veto de contacto.

---

<sup>131</sup> Para este ponto, vd. o relevante trabalho de Fiona KELLY, “Is it time to tell: abolishing donor anonymity in Canada”, *Canadian Journal of Family Law* 30/2 (2017) 173-226, esp. 200-211.

<sup>132</sup> Para estes e outros países (*v.g.*, Finlândia e Nova Zelândia), vd. Eric BLYTH/ Lucy FRITH, “Access to genetic and biographical history in donor conception: an analysis of trends and possibilities in donor conception”, in Kirsty HORSEY, ed., *Revisiting the regulation of human fertilisation and embryology*, Abingdon, Oxon / New York: Routledge, 2015, 136-152, 141-142.

<sup>133</sup> Assim definidos por Fiona KELLY (“Is it time to tell”, 202): “(...) register staff do little to actively promote the register, often resulting in limited engagement”.

<sup>134</sup> Sobre os modos passivo e ativo de administração, vd. Fiona Kelly, “Is it time to tell”, 202-205.

<sup>135</sup> De novo, vd. Fiona KELLY, “Is it time to tell”, 205-206, assinalando que, neste sistema, onde, em vez de um veto de revelação” (*disclosure veto*) se estabelece a chamada “preferência de contacto” (*contact preference*), além da oposição ao contacto, há a possibilidade de estabelecer quais as suas modalidades (por exemplo, por via de correspondência).

Face à decisão do Tribunal Constitucional português, é para nós clara a inconstitucionalidade de manutenção do regime de anonimato mitigado, que foi considerada como incompatível com a lei fundamental, para os casos anteriores ao acórdão. Na verdade, o Tribunal, como vimos, não ressaltou os efeitos, sendo mesmo questionável se seria admissível a utilização do mecanismo de limitação temporal previsto no artigo 282.º/4 CRP. Por maioria de razão, em relação a gâmetas existentes e ainda não usados, não pode valer o regime anonimato.

### ***3. A questão do acesso à informação: um direito a saber como antecâmara de um direito à identidade?***

Um ponto que se discute crescentemente prende-se com o acesso à informação sobre a intervenção de um(a) dador(a). Com efeito, tirando casos em que, por razões médicas ou por outras vias, a pessoa vem a saber do seu modo de conceção, isto no quadro de relações heterossexuais (em matéria de homomaternidades e homopaternidades é indubitável o envolvimento de um terceiro), há fortes possibilidades de não ter conhecimento do seu modo de conceção. Mais recentemente, começam a discutir-se soluções para esta questão, sendo que a paleta de respostas é diversificada, variando entre um modelo de informação/sensibilização dos pais a um sistema forte de imposição, passando por soluções intermédias. Limitamo-nos a uma breve referência — o tema merece tratamento autónomo — aos diferentes modelos, a saber: modelo fraco ou de mera sensibilização *versus* modelos fortes ou de obrigatoriedade.

#### **3.1. Modelo fraco ou de mera sensibilização**

No modelo fraco, procura-se sensibilizar os pais para a desejabilidade de comunicarem ao próprio filho, em tempo cóngruo, o modo de conceção, abrindo as portas à possibilidade de no, futuro, virem a conhecer o dador e/ou a dadora. Estudos disponíveis mostram que é baixa a taxa de pais que dão conheci-

mento aos seus filhos de que foram concebidos com o concurso de dador(es)<sup>136</sup>.

### 3.2. Modelos fortes ou de obrigatoriedade

Em relação a estes modelos, são várias as soluções propostas, a saber:

- a) modelo “flexível” da certidão de nascimento, passando a ser divulgada a informação de que houve intervenção de terceiro na concepção<sup>137</sup>. Esta solução foi discutida no Reino Unido, mas, no entanto, o governo preferiu a solução da educação e sensibilização. Mais recentemente, a Irlanda acolheu-a<sup>138</sup>, não sem alguma controvérsia. Assim, feitos os 18 anos, ao requerer uma certidão de nascimento, a pessoa será informada de que existe informação adicional disponível, que poderá solicitar;
- b) obrigatoriedade de comunicação, mas sem sanção, solução que mereceu vencimento no Conselho de Biotecnologia (*Bioteknologirådet*) norueguês<sup>139</sup>, mas que debilita a obrigatoriedade.

## V. Concluindo

Miguel Oliveira da Silva tem razão na crítica que faz aos defensores do anonimato, bem como na verificação de que este já não é o que era, sendo crescentemente possível retirar, por via da revolução genética e dos chamados *big data*, o véu ao dador ou à dadora. Bem andou o Tribunal Constitucional ao reconhecer que o direito ao conhecimento da ascendência genética é uma posição jusfundamentalmente protegida, que, em princípio, deve primar face a outras posições.

---

<sup>136</sup> Cf. as referências indicadas em Fiona KELLY, “Is it time to tell”, 192, n. 97.

<sup>137</sup> Rebecca PROBERT, “Families, assisted reproduction and the law”, *Child and Family Law Quarterly* 16 (2004/3) 273-288, 287.

<sup>138</sup> *Children and Family Relationships Act 2015*.

<sup>139</sup> Andreas TJERNSHAUGEN, *Foreldre bør ha plikt til å fortelle*, <<http://www.bioteknologiradet.no/2015/02/foreldre-bor-ha-plikt-til-a-fortelle>>.

Além disso, também é correta a não utilização da limitação temporal dos efeitos prevista no artigo 282.º/4. Com efeito, o Tribunal lançou mão dela em relação aos casos de gestação para outrem cujos procedimentos clínicos já estivessem iniciados. Contudo, não o fez, e bem, quanto aos gâmetas e embriões já doados.

As tentativas anunciadas de, por via legislativa, criar um regime transitório de forma a possibilitar, inclusivamente, a utilização de gâmetas ou embriões existentes, mantendo o regime anterior, apresentam-se como uma clara violação do disposto no acórdão do Tribunal Constitucional.