

## IDENTIDADE DO DADOR NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA<sup>1</sup>

Rita Romeiro<sup>2</sup>

### I – INTRODUÇÃO



Identidade do dador na Procriação Medicamente Assistida insere-se num debate controverso, tal como todas as restantes questões que envolvem a problemática da PMA. O presente trabalho aborda a divulgação da identidade versus anonimato. Há a clara contraposição de um direito ao conhecimento ilimitado sobre si mesmo e sobre a sua família, genética e respetivos históricos e o direito à estabilidade emocional e familiar da crianças e dos progenitores e a ressalva do direito à reserva da privacidade do dador.

### II – CONTEXTUALIZAÇÃO

A PMA (daqui em diante PMA) consiste no recurso a técnicas para auxiliar a reprodução. As suas técnicas são a inseminação artificial<sup>3</sup>, a fertilização in vitro<sup>4</sup>, a injeção

---

<sup>1</sup> Relatório final entregue no III curso Pós-Graduado em Bioética.

<sup>2</sup> Estudante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>3</sup> IA consiste “em estimular com terapêutica a ovulação da mulher e introduzir artificialmente através de um cateter no útero, o esperma do homem no momento mais próximo da ovulação.” In Revista Referência – II – nº 12 – 2010, pp. – 4

<sup>4</sup> FIV consiste “na inseminação laboratorial de ovócitos recolhidos após estimulação ovárica da mulher e depois será feita a transferência dos embriões obtidos através da fecundação in vitro para o útero.” In Revista Referência – II – nº 12 – 2010, pp. – 4

intracitoplasmática de espermatozoides<sup>5</sup>, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos<sup>6</sup>, o diagnóstico genético pré-implantação e entre outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. Estas comportam métodos terapêuticos subsidiários, ou seja, auxiliares da concretização de um projeto parental, nunca como meios alternativos. Assim, considera-se o desejo de serem pais dos candidatos e os interesses do futuro ser humano que poderá vir a ser concebido. Em todo o caso, está presente o princípio da vulnerabilidade, que exige todo o cuidado e proteção com este ser frágil e indefeso.

Em Portugal, esta é regulada pela Lei nº 32/2006, de 26 de julho<sup>7</sup>, com ênfase no princípio da subsidiariedade e da confidencialidade. Até então, a regulamentação da PMA apenas existia implicitamente em algumas disposições constitucionais, como o artigo 24º (“Direito à vida”), o artigo 26º (“Direito à identidade pessoal”, ao “desenvolvimento da personalidade”, “à identidade genética” e à “reserva da intimidade da vida privada e familiar”), o artigo 36º (“Direito de construir família e contrair casamento”), o artigo 67º (“Garantir, no respeito da liberdade

---

<sup>5</sup> ICSI consiste “na transferência de embriões para o útero no momento apropriado, mas estes são obtidos mediante a introdução de um único espermatozoide considerado o mais viável no interior do ovócito, mais precisamente no próprio citoplasma ovocitário utilizando material específico.” In Revista Referência – II – nº 12 – 2010, pp. – 4

<sup>6</sup> GIFT consiste “na transferência das gâmetas (óvulos e espermatozoides), previamente preparados em laboratório, para o interior das trompas uterinas através de cirurgia Laparoscópica, depois da mulher ter sido submetida previamente à estimulação farmacológica da ovulação, de modo a que se dê a fusão.”

ZIFT consiste “na transferência dos zigotos obtidos após um determinado período de permanência em laboratório, ou seja, são os óvulos fecundados in vitro, para dentro da trompa de Falópio e não para o útero através de uma cirurgia Laparoscópica, mas também após a ovulação da mulher ter sido estimulada com fármacos.” In Revista Referência – II – nº 12 – 2010, pp. – 4

<sup>7</sup> Com as alterações da Lei n.º 58/2017, de 25/07, da Lei n.º 25/2016, de 22/08, da Lei n.º 17/2016, de 20/06 e da Lei n.º 59/2007, de 04/09:

Artigo 1º: “A presente lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).”

individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e acesso aos métodos e meios que o asseguram e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes”) e o artigo 69º (“Proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”), lei civil, como o artigo 1801º (“Meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados” e artigo 1839º (“Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”) lei penal, como o artigo 156º (“Realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente”) e o artigo 168º (“Praticar ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento”). A tais somam-se a Lei nº 3/84, de 10 de março<sup>8</sup>, DL nº 319/86 de 25 de setembro<sup>9</sup> e o Despacho nº 37/86, de 14 de Abril, do Ministro da Justiça, que marca o início da regulação da PMA. Atualmente, além das disposições referidas contamos, também, com a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro<sup>10</sup>.

Na opinião de Vale e Reis a Lei nº 32/2006, 26 de julho seria “conservadora”<sup>11</sup>, por “inovar pouco, aderindo às conceções que sobre a matéria há mais de 20 anos se tem afirmado a

---

<sup>8</sup> Artigo 1º: “1. O Estado garante o direito à educação sexual, como componente do direito fundamental à educação.

2. Incumbe ao Estado, para proteção da família, promover, pelos meios necessários, a divulgação dos métodos de planeamento familiar e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.”

<sup>9</sup> Lei de educação sexual e planeamento familiar.

<sup>10</sup> Com as alterações da Lei nº 26/2016, de 22 de agosto:

Artigo 1º: “A presente lei define o conceito de informação de saúde e de informação genética, a circulação de informação e a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, bem como as regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeitos de testes genéticos ou de investigação.”

<sup>11</sup> <sup>10</sup> Rafael Luís Vale e Reis, o direito ao conhecimento das origens genéticas, pp. 423.

propósito de cada um dos pontos mais polémicos da questão”<sup>12</sup>.

Relativamente às informações genéticas sobre determinada pessoa e sobre as intervenções no seu corpo carecem obrigatoriamente de consentimento informado, livre e esclarecido, que pode ser expresso de forma verbal oral ou escrita, numa linguagem clara e acessível e contém em si, duas noções indissociáveis, a de compreensão e autonomia. O consentimento informado é, numa lógica negocial, um processo comunicacional, contínuo e participado, através da interação estabelecida entre o profissional de saúde e a pessoa, prolongando-se num tempo útil, definido em cada caso, pela situação de saúde em apreço. Tal consentimento pretende impedir que os responsáveis pela “produção” dos dados genéticos manifestem um direito autónomo e exclusivo sobre a sua “obra”, ainda que para efeitos de investigação médica<sup>13</sup>.

Em relação ao destino genético a discussão já não é tão pacífica. A maioria da comunidade científica defende a total informação da pessoa sobre os resultados dos seus testes<sup>14</sup>, ainda que tal implique a comunicação à pessoa de, por exemplo, daí a dez anos terá uma doença mortal. A posição contrária preconiza um direito a não conhecer os seus dados genéticos futuros, através de testes genéticos, analogicamente identificado com o direito de não querer saber a verdade acerca do seu estado de saúde, desde que isso não coloque em risco os outros.

Assim, na comunidade nacional e internacional há uma cisão relativamente ao tema, assente em duas principais posições: contra o anonimato temos os países de influência anglo-

---

<sup>13</sup> Decisão de 1990 do Supremo Tribunal de Justiça do Estado da Califórnia, no caso “Moore vs. Regents of the University of California”, no qual a pronúncia foi no sentido de que as células do senhor Moore, cujas características particulares renderam uma fortuna aos responsáveis pela descoberta, não poderiam ser utilizadas sem o seu consentimento.

<sup>14</sup> V. posição de Marcia Angell, professora da Faculdade de Medicina de Harvard, durante a reunião da Associação Americana para o Avanço da Ciência em fevereiro de 1993, In Jornal “Público” de 15 de fevereiro de 1993.

saxónica e germânicos e a favor do anonimato temos os países de influência francesa.

### III – EVOLUÇÃO HISTÓRICA INTERNACIONAL

As primeiras experiências de inseminação artificial são realizadas no mundo animal e vegetal. Já Hipócrates, médico considerado Pai da Medicina, e Aristóteles, nos séculos V e IV A.C. respetivamente, realizaram os primeiros estudos acerca desta matéria. Galelo, em II D.C., descreveu o desenvolvimento de embriões.

Em 1767, Ludwig Jacobi fez essas experiências com peixes e, mais tarde, Lazzaro Spallanzani, fez o mesmo com cães. No início do século XIX, o processo foi feito com vacas, ovelhas e éguas, alastrando-se, até ao final do século a outros animais, com técnicas que são utilizadas até à atualidade.

O primeiro ensaio realizado num ser humano datou 1785, através da fecundação de uma mulher estéril com uma injeção intravaginal com esperma. Ocorridos 5 anos em Inglaterra, John Hunter conseguiu a gravidez de uma mulher ao aplicar diretamente na sua vagina o esperma do marido hipospádico. Não obstante, apenas em 1833, em França, é realizada a primeira inseminação artificial homóloga.

Em 1860, foi introduzido no canal cervical o líquido seminal, por Marion Sims.

A primeira inseminação artificial extraconjugal realizou-se em 1884, nos Estados Unidos da América, graças a Pancoast. Nesse ano, o Tribunal de Primeira Instância de Burdeaux negou a Lejatre o pagamento dos seus honorários por intervenção de inseminação artificial heteróloga por tal prática ser “um perigo social”.

Gregor Johann Mendel, nascido em 1882, iniciou estudos sobre a hereditariedade em ervilhas. Estes foram as bases científicas da hereditariedade.

Em 1968, Har Gobind Khorana, foi galardoado com o Prêmio Nobel da Medicina, pela sua obra de revelação do código genético, contribuindo para a descoberta de processos que permitem as enzimas de uma sequência de aminoácidos determinar a função das células no desenvolvimento genético.

Contudo, foi o isolamento do primeiro ADN recombinado *in vitro*, em 1972, por Paul Berg, e o desenvolvimento do método geral de clonagem de qualquer espécie biológica, em 1973, que impulsionou os estudos da genética.

O primeiro diagnóstico pré-natal – testes realizados sobre uma colheita ADN num embrião, antes de ser inserido no útero materno, por fecundação *In Vitro* – genótipo talassemia, base da “medicina preventiva”, cuja finalidade é detetar doenças hereditárias no feto, data de 1976.

Em 1977, é realizada uma autofecundação de um óvulo num animal. Caso a técnica fosse transposta para a espécie humana originaria um feto privado de pai.

Um marco histórico é o nascimento do primeiro bebé proveta<sup>15</sup>, Louisa Brown. Ocorreu em Inglaterra, em junho de 1978. Apenas um mês depois, Alastair Montgomery e Durga. Seguidamente, Victória, em 1983, na Austrália, Elizabeth Car, nos Estados Unidos da América e Amandine, Alexia e Antoine, em França, Anna Paula Caldeira, em 1984 e Carlos Miguel, em Portugal, em 1986.

A possibilidade de transplantar um embrião do útero de uma mulher para outra verificou-se em 1978, pela mão de Randolph W. Seed e Richard W. Seed.

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, em 1980, admite criar uma patente para um microrganismo manipulado geneticamente, tal e qual outro objeto industrial.

Em Washington D.C., o National Institute of Health,

---

<sup>15</sup> Bebé proveta é um bebé proveniente de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, melhor dizendo, resulta de uma fecundação gerada em laboratório, ao invés de em condições naturais proveniente de uma relação sexual entre homem e mulher.

sancionou duramente um médico, pela realização não autorizada de um transplante genético, em 1981.

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa tem-se manifestado neste assunto: Recomendação 934, em 1982, sobre engenharia genética, determinando o direito ao próprio genoma e a sua inviolabilidade; Recomendação de 1046, de 1986, e Recomendação 1100, de 1989, acerca da utilização de embriões para investigação científica e outros fins; Proposta de aditamento de um novo direito à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“Direito a um património genético”<sup>16</sup>).

Em 1984, uma equipa científica implanta um embrião de uma espécie animal no útero de um animal de outra espécie. Assim, começa-se a criação de quimeras, ou seja, espécies animais híbridas.

Em 1987, verificou-se a primeira inseminação a uma mulher virgem. Também nesta data, nos Estados Unidos da América, surge uma nova espécie de animal: o rato transgénico canceroso. A Congregação do Santo Ofício de Roma declara a inseminação artificial não lícita. Na cidade de Bristol, um homem é condenado, pela primeira vez, nesta data, por violação, baseado em “impressões digitais” moleculares ou genéticas. Esta técnica, nascida em Leicester, em 1985, permite comparar as células de ADN do esperma encontrado na vítima com o ADN das células de sangue do suspeito.

Também nos Estados Unidos da América, em Bethesda, é, pela primeira vez autorizada, em 1989, uma experiência de manipulação genética sobre o homem, através da injeção de células sanguíneas alteradas num doente com cancro de pele.

A ciência mostra-se tão evoluída que os testes de medicina preventiva e preditiva – testes realizados sobre um feto no útero materno – permitem identificar as mais diversas patologias, como a síndrome de Down, e outras características do

---

<sup>16</sup> V. B.-M- Knoppers, “Dignité Humaine et Patrimoine Génétique, Commission de réforme du droit du Canada, Série protection de la vie, Québec, 1991, pp. 1 e 25.

embrião ou feto, como o sexo. Mais, através da engenharia genética, é possível conhecer, analisar, identificar os genes humanos e agir, reparar, substituir e manipulá-los.

Assim, em 1990, um parecer do Conselho de Ética francês condena a prática de manipulações genéricas germinais. Estas somente seriam admitidas para terapia genética ao nível de células somáticas.

Na Alemanha, em 1991, entrou em vigor uma lei sobre a proteção de embriões. Neste a modificação artificial do genoma humano em células germinais – alterações passíveis de atingir o genótipo de toda a descendência – é criminalizada.

Foi aprovada legislação sobre a utilização e disseminação de organismos geneticamente modificados, numa tentativa de controlo daquele tipo de organismo para proteger o ambiente e a saúde pública, em França, em 1992 e em Portugal, em 1993.

Em 1994, nasce o primeiro bebé resultante de inseminação artificial pós-morte, no célebre caso Blood. Neste, o bebé-proveta resulta da recolha de esperma quando o marido se encontrava inconsciente aquando da meningite, de que viria a falecer, e que foi depositado num estabelecimento autorizado da Inglaterra. Confrontada com uma recusa de inseminação por parte dos médicos ingleses, deslocou-se para a Bélgica, onde era inexistência leis sobre PMA, onde invocou o princípio da liberdade de prestação de serviços (para conseguir ter o tratamento desejado) e o da liberdade de mercadorias para ver a sua pretensão realizada (para conseguir deslocar o esperma).

Por volta de 1995, aparecem os testes que detetam mutações a nível de genes, que permitem revelar uma tendência genética para desenvolver determinados tipos de cancro.

Em 1997, de modo a promover a consensualidade, elaborou-se a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, na qual o genoma humano e a informação que contem foram proclamados património comum da humanidade. A UNESCO até ao momento só tinha atribuído a figura de



património comum da humanidade a realidades físicas como a lua, o fundo do mar e monumentos com valor cultural para todos os povos. O principal objetivo da Declaração é assegurar que o desenvolvimento da genética humana respeita a dignidade e os direitos do Homem e que é benéfico para a toda a humanidade. Isto faz emergir um novo conceito internacional de humanidade, sujeito de direitos. Sublinhando a necessidade de respeitar a liberdade do indivíduo, evitando que o abuso do princípio da dignidade não negue aos indivíduos o seu direito a decidirem livremente quanto a questões de foro pessoal, privado e familiar. Contudo, ficará ao critério de cada país, segundo os seus valores culturais, sociais, éticos, económicos e religiosos tutelar o conjunto de genes de cada pessoa, na vertente intangível – a informação propriamente dita – e na tangível – relativo ao DNA e RNA.

Atualmente, decorre, em diversos centros de investigação, nos Estados Unidos da América, em França, na Grã-Bretanha e no Japão, o Human Genome Organization, cuja finalidade é descodificar e sequenciar o genoma humano<sup>17</sup>. É tido como um dos maiores projetos atuais da humanidade.

#### IV – ANONIMATO DO DADOR

O ser humano é, não só a junção da genética dos seus pais, mas também do meio sociocultural envolvente. Assim, a paternidade não pode ser uma correspondência puramente fecundativa. Não obstante a essencialidade do aspeto biológico, não se apresenta suficiente para criar uma relação humana autêntica. Teremos de ter, então, a vertente biológica complementada com o espaço fundamental. “A criança gerada através de PMA arrisca-se a sentir-se filha de um homem de quem não é biologicamente filha e simultaneamente a sê-lo na realidade de

---

<sup>17</sup> Conjunto de toda a informação genética de um indivíduo ou uma espécie, codificada no ADN. In <https://www.priberam.pt/>

quem não se sente filha.”<sup>18</sup>

A biotecnologia pode dificultar, se não impossibilitar mesmo, o conhecimento pela pessoa da sua raiz genética. De entre várias hipóteses, destaca-se os “cocktails de esperma” – Mistura de sémen de vários dadores, com o intuito de obstruir a identificação do dador.

Já em 1982, a União Europeia optava pelo anonimato, com a publicação do “Projeto de Recomendação sobre a Inseminação Artificial nos Seres Humanos” (de 10 de fevereiro). A sua relevância jurídica situa-se na promoção de uma legislação unitária para todos os Estados-Membros<sup>1920</sup> acerca desta temática. Tanto a lei norueguesa 68/1987 de 12 de junho<sup>21</sup>, a lei espanhola 35/1988 de 22 de novembro<sup>22</sup> e a lei francesa 94-653 de 29 de

---

<sup>18</sup> Direito ao Património Genético, Stella Marcos de Almeida Neves Barbas, 1998, Almedina, pp. 166.

<sup>19</sup> Artigo 5º: “O médico e pessoal do estabelecimento hospitalar que recebe esperma ou que a realize inseminação artificial tem o dever preservar o segredo da identidade do dador e, sobre reserva das disposições da lei em caso de processo judicial da identidade da mulher e, caso seja casada, da do seu marido, e ainda o segredo sobre a realização da própria inseminação artificial. O médico não deverá proceder à inseminação se as condições desta tornam improvável a manutenção do segredo.”

<sup>20</sup> Artigo 7º/2: “Nenhuma ligação de filiação entre o dador e a criança concebida por inseminação artificial pode ser estabelecida.”

<sup>21</sup> Artigo 10º: “O pessoal de saúde é obrigado a preservar o anonimato do dador de esperma. Este não deve receber qualquer informação sobre a identidade do casal ou da criança.”

<sup>22</sup> Artículo 5º/5: “La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Los hijos nacidos tiene derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su entidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinárias que comportem un comprobado peligro para la vida del hijo, o quando proceda com arreglo a las leyes procesales penales, podrá relelarse la identidad del donante, sempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidade de la identidad del donante.”

julho<sup>23</sup>, como o referendo suíço de 1985 direcionam-se no mesmo sentido. Contudo, a lei sueca 1140/1984 de 20 de dezembro<sup>24</sup> e a lei do Reino Unido de 1975 consagra a admissibilidade de conhecer a identidade do dador.

Desde o século XX que se justificava o anonimato como modo de assegurar o número de dadores suficientes para os tratamentos e afastar a chance de interferência futura na vida da criança gerada para se manter a estabilidade familiar. Em relação ao primeiro argumento, a diminuição do número de dadores originaria a redução das possibilidades de escolha de material biológico por parte dos casais inférteis (opção por determinadas características, como cor do cabelo, olhos, pele, para que a aparência da criança se vá assemelhar ao quadro familiar), enfraquecimento dos padrões de exigência de qualidade do material biológico utilizado, prejudicando quem os utiliza, disparo dos preços do material biológico, crescimento da lista de espera, maior probabilidade de gravidezes múltiplas (fruto de terapias agressivas na tentativa de maximizar os resultados) e desenvolvimento de mercados paralelos para obtenção de dadores.

A atual lei da PMA – Lei nº 58/2017 de 25 de julho – optou pelo dever de sigilo: Artigo 15º (confidencialidade): “1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento

---

<sup>23</sup> Article 3º da lei nº 94-653 du 29 Juillet 1994 relative au respect du corps humain: “Aucune information permettant d’identifier à la fois celui qui a fait don d’un élément ou d’un produit de son corps et celui qui l’a reçu ne peut être divulgué. Le donneur ne peut connaître l’identité du receveur ni celle du donneur.

En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l’identification de ceux-ci.”

Article 9º: Le fait de divulguer une information permettant à la fois d’identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d’emprisonnement et de 200 000 F d’amende” (Article 511-10).

Le fait de divulguer une information normative permettant d’identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l’accueille est puni de deux ans d’emprisonnement et de 200 000 F d’amende” (Article 511-23).

<sup>24</sup> Artigo 4º: “Toda a criança concebida por inseminação artificial nos termos do artigo 3º quanto atingir um grau de maturidade suficiente tem o direito de acesso aos dados relativos ao dador que se encontrem no registo especial do hospital. Incumbe ao Comité da Previdência Social ajudar a criança a obter as informações desejadas.”

do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.”. Contudo, este sigilo não é absoluto. É admissível a sua quebra por motivos de “ordem médica fundamentada ou outras ordens igualmente ponderosas”.

Portanto, a regra é a não identificação do dador, excetuando por motivos de saúde da criança gerada com recurso à PMA, por motivos de impedimento legal de casamento ou por motivos justificáveis por sentença judicial (artigo 15º/4 da referida lei). Segundo Vale e Reis, “razões ponderosas” parecem estar pensadas para situações de invencível necessidade psicológica de o filho conhecer o seu progenitor, sob a pena de retardamento do desenvolvimento da própria personalidade. O pedido judicial deve, pois, ser fundamentado com a demonstração da necessidade especial de, no caso concreto, ver efetivado aquele

direito ao conhecimento das próprias origens.

Os juristas portugueses a favor do anonimato apoiam-se na necessidade de acautelar a “intimidade da vida privada e familiar”<sup>25</sup> tanto dos beneficiários como dos dadores, cuja violação por quem seja obrigado ao sigilo pode culminar em responsabilidade civil (ao abrigo do artigo 70º do Código Civil). Deste modo, alegam: A promoção do bem estar da criança, referente a possíveis traumas pelo conhecimento da existência de uma terceira pessoa na procriação; Desresponsabilização da paternidade do dador anónimo; Garantia para os pais sociais da impossibilidade do dador reclamar qualquer direito sobre o filho biológico; Modo de encorajar a doação; O conhecimento da identidade do dador pode colocar em risco a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada; A revelação de determinados elementos sobre a sua origem biológica da criança pode fazer com que alguns dadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais.

## V – CONHECIMENTO DA IDENTIDADE DO DADOR

Ao Homem é necessário que lhe sejam fornecidas as ferramentas necessárias para se autoconhecer, em “coisas tão simples como saber a quem se deve a estatura baixa, a cor do cabelo, o carater extrovertido ou a predisposição para a demência senil”<sup>26</sup>. Há quem defenda que a impossibilidade deste conhecimento é bastante prejudicial para a pessoa<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Artigo 26º (*Outros direitos pessoais*) da CRP: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. (...)”

<sup>26</sup> Leonor Ruiz, “Limites al secreto en la adopción, in “Osser sull’Europa – Familia – Parte I, 2005, pp. 820.

<sup>27</sup> “As dúvidas acerca das próprias origens, que por vezes surgem numa certa fase da vida, em geral durante a puberdade, podem acarretar graves consequências no equilíbrio físico-psicológico e na evolução da personalidade.” Salvatore Patii, in “Sulla

O direito ao conhecimento das origens genéticas, que datou 1976, com a dissertação de doutoramento<sup>28</sup> de Wilhelm Kleineke, consiste na faculdade reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respetivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente<sup>29</sup>. Isto significa, o acesso à identidade de quem tenha contribuído biologicamente para a sua formação, ainda que apenas ao nível da gestação.

O primeiro argumento, na história, para derrubar o anonimato do dador foi a nocividade da existência de tal segredo no seio familiar.

Quanto à possibilidade de diminuição dos dados pela revelação da sua identidade, esta parece ser injustificada, pois entende-se que apenas ocorrerá a introdução de uma nova categoria de dados. Ao invés dos estudantes universitários, motivados sobretudo por questões económicas, surgirão pessoas mais velhas, com vidas mais estáveis.

A nível internacional destaque para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o artigo 119º da Constituição da Suíça – que consagra expressamente “o direito a conhecer a ascendência”<sup>30</sup> –, para a teoria do Bundesverfassungsgericht<sup>31</sup> – cuja decisão jurisprudencial de 1989, que marca a defesa constitucional do direito ao conhecimento das origens genéticas na Alemanha – e ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 138/2005, de 26

---

configurabilita di un diritto deela persona”, Milão, nº 3–4, 1987, pp. 1316

<sup>28</sup> “Das Recht aut Kenntnis der eigenen Abstammung”, Dissertation zur Erlangung des Doktrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universitât zu Göttingen, Göttingen, 1976.

<sup>29</sup> Eryk Jayme, “Pós-modernismo e direito da família”, in Boletim da Faculdade de Direito, nº 78, Coimbra, pp. 213.

<sup>30</sup> Article 119º/2: “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 et respecte notamment les principes suivants: (...)

g. toute personne a accès aux données relatives à son ascendance.”

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemão.

de Maio de 2005<sup>32</sup> – cujo objeto é a interpretação do artigo 39.2 da Constituição Espanhola.

A nível nacional merecem destaque os estudos de Guilherme de Oliveira.

Na nossa Constituição não encontramos a enunciação do direito ao conhecimento das origens biológicas. Todavia, o caráter taxativo dos direitos fundamentais e a cláusula aberta do artigo 16º, nº 1 da CRP leva a distintas opiniões sobre a existência do referido direito. Deste modo, há quem aponte na sua admissibilidade através da sua extração de preceitos constitucionais e de outros direitos fundamentais consagrados expressamente. Sendo estes: a “dignidade da pessoa humana”<sup>33</sup>, “o direito ao desenvolvimento da personalidade”<sup>34</sup>, “direito à identidade pessoal”<sup>35</sup> e “direito à integridade pessoal”<sup>36</sup>.

Segundo Stella Barbas, a inseminação artificial é um atentado contra o direito a um património genético não manipulado e o segredo em relação ao dador claramente contraria a primeira parte do artigo 26º da CRP: “Direito à identidade pessoal”, isto é, a garantia daquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular e irredutível, que “abrange, seguramente, além do direito ao nome, um direito à historicidade pessoal”<sup>37</sup>, na sua vertente da revelação da identidade *strito sensu* do dador e na vertente de fornecimento de informações médicas do dador. Por sua vez, por direito ao nome entende-se o direito a ter um nome, defendê-lo e impedir que seja usado por outrem enquanto o direito à historicidade pessoal consiste no direito a conhecer a identidade dos progenitores. Deste modo, dever-se-ia consagrar

---

<sup>32</sup> Existência de uma íntima conexão do artigo 39.2 com a “dignidade da pessoa” (artigo 10.1 da Constituição Espanhola), desde a perspectiva do direito do filho a conhecer a sua identidade e a configuração da paternidade como um projeto da pessoa.

<sup>33</sup> Artigo 26º/2 da CRP.

<sup>34</sup> Artigo 26º/1 da CRP.

<sup>35</sup> Artigo 26º/3 da CRP.

<sup>36</sup> Artigo 25º/1 da CRP.

<sup>37</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, anotação do artigo 26º, nota II, pp. – 179.

constitucionalmente o direito à paternidade real – Conhecimento da identidade dos pais biológicos, tal como está estabelecida na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem<sup>38</sup>.

Ainda, Stella Barbas critica o anonimato, este protege o recetor e o dador, desconhecendo até que ponto protege a criança. Sabemos que o anonimato: Ofende o direito da criança ao conhecimento do seu património genético, o que colide com o direito fundamental de conhecer as origens biológicas (Artigo 26º/1 CRP); Despreza, também, o direito essencial à identidade da pessoa materializada (Pessoa colocada à disposição do casal); Condiciona o estabelecimento da filiação; Possibilita futuros incestos e impedimentos dirimentes; Implica a desumanização do processo reprodutivo; Indeterminação de formas de transmissão hereditárias de certas doenças; Inacessibilidade ao património genético do dador para detetar doenças genéticas e anomalias graves; Possibilidade de difusão de taras genéticas e de doenças pelo sémen; Nascimento de uma pessoa equipável a um produto industrial, sem raízes familiares.

## VI – CONCLUSÃO

As leis e as práticas jurídico-sociais derivadas sobre o divórcio, o aborto, a esterilização, a alteração das características sexuais, a procriação artificial, as manipulações genéticas, a convivência de facto, as relações familiares de homossexuais, o reconhecimento e legitimação da eutanásia, a ficção do momento da morte, entre outros temas contestados, tem evoluído. Sobre tudo, no sentido de desenraizar as bases jurídicas tradicionais, incorporando a bioética e as novas realidades.

Não obstante o embrião humano ser um dado objetivo e

---

<sup>38</sup> Artigo 2º: “a) Todas as pessoas têm direito ao respeito da sua dignidade e dos seus direitos, independentemente das respectivas características genéticas.

b) Essa dignidade impõe que os indivíduos não sejam reduzidos às suas características genéticas e que se respeite o carácter único de cada um e a sua diversidade.”



natural, a sua qualidade como sujeito de Direito depende das circunstâncias culturais da sociedade em que se encontra. Tal como a procriação genética também é um dado natural e biológico, onde surge uma nova conceção de pessoa e do seu estatuto jurídico.

Uma das maiores inquietações dos cientistas é a “coisificação”, não só do material genético, mas do próprio Homem. Receia-se que “a biologia possa negligenciar uma atividade tendente ao conhecimento dos sistemas vivos naturais para se concentrar sobre o domínio intelectual e técnico dos sistemas vivos artificiais”<sup>39</sup>. Poderá, além disso, derrogar-se o princípio da subsidiariedade, com a transferência das técnicas de PMA como auxílios médicos para instrumentos primários de reprodução.

Apesar, também, da preocupação com a apropriação do genoma humana pelas entidades privadas, o Comité Nacional de Ética, em 1991, considerou-o património da humanidade, não passível de apropriação privativa de comercialização. O Serviço de Patentes Americano<sup>40</sup> e a Comissão<sup>41</sup> Europeia têm-se pronunciado no mesmo sentido.

A discriminação genética consiste no tratamento desigual ou injusto contra um indivíduo ou contra membros da família desse mesmo indivíduo, baseada em diferenças reais ou potenciais do seu genoma, relativamente ao que é considerado genoma normal<sup>42</sup>. A sua ocorrência verifica-se, sobretudo, no emprego e em seguros, quando uma instituição deva atribuir um benefício ou serviço à pessoa em causa e não o faz. Questiona-se a legitimidade de companhias de seguro e entidades patronais exigirem testes genéticos, ainda que por causas que aparentem

---

<sup>39</sup> In Henri Atlan, “Entre le cristal et la fumée”, Ed. Le Seuil, 1979, pp. 23.

<sup>40</sup> “Os dados relativos às sequências de ácido desoxirribonucleico não podem ser patenteados em si mesmas.” In “Recueil international de Législation sanitaire”, 1993, 44(2), pp. 386.

<sup>41</sup> “Uma patente sobre uma parte do corpo humano é inaceitável.” In Documents de Séance du Parlement Européen, (A3 – 0050/92), 29 de janeiro de 1992, pp. 51.

<sup>42</sup> V. Martin R. Natowicz et. Al., “Genetic Discrimination and the Law”, American Journal of Human Genetics, 50, 1996, pp. 466.

ser justificadas, como detetar potenciais sensibilidades a materiais ou produtos utilizados por essa atividade. Também se questiona, a admissibilidade de, futuramente, as próprias escolas exigirem testes de aptidões genéticas. A meu ver, em ambos os casos, a resposta é negativa. Enfatizo o direito fundamental à vida privada, que seria violado com a quebra de confidencialidade ao revelar os resultados. Contudo, não excluiu a possibilidade de casos extremos em que haja a necessidade de expor tais resultados.

Guido Penings, um dos defensores de “double track” systems – sistema de dupla via –, propõe a aceitação de dadores que querem permanecer anónimos e de dadores que permitem a revelação da sua identidade. Deste modo, os beneficiários optariam entre os dadores dos dois grupos. Tal não me parece resolutivo, uma vez que, a escolha entre ter o direito a conhecer, ou não, as suas raízes biológicas permanece no arbítrio dos pais. Isto até pode culminar em uma situação de violação do princípio da igualdade tutelado constitucionalmente (artigo 13º CRP). De igual modo, também é duvidosa a constitucionalidade em relação ao estabelecimento da filiação.

Perfilho da opinião Luís Archer que afirma que “o anonimato do dador ofende o direito fundamental à identidade pessoal, subalternizando-o a um suposto direito dos inférteis a terem um filho objetificado”. Todo o cerne da discussão desta questão deve concentrar-se, maioritariamente, na proteção da criança gerada através de PMA. Claro que, em segundo plano, poderá acautelar os beneficiários, mas nunca deve a defesa destes prevalecer à da criança. Deste modo, na minha opinião, todos temos o direito a saber a forma como fomos gerados e o direito a conhecer-se a si próprio ou a definir integralmente a sua identidade genética. Cada um de nós tem, e se não tem deveria ter, \*\*\*

Em suma, “é manifesta a insuficiência deste quadro legal para solucionar os inúmeros problemas levantados pela PMA e, portanto, é igualmente patente a necessidade de uma intervenção

legislativa nesta matéria, dado que a lacuna atualmente existente não permite a regulamentação geral da PMA, nem assegura uma aplicação uniforme das várias técnicas de PMA aos casos individuais. Aguarda-se, assim, uma regulamentação específica da PMA, nomeadamente no que concerne aos aspetos gerais do sigilo médico e do conhecimento pelo filho da identidade do dador, do consentimento da mulher, do marido e do dador, da criopreservação de embriões e do destino dos embriões excedentários e dos pontos concretos relativos à inseminação homóloga e heteróloga, à fertilização *in vitro* e à maternidade de substituição”.<sup>43</sup>



## VII - BIBLIOGRAFIA

O direito ao conhecimento das origens genéticas, Rafael Luís Vale e Reis, 2008, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 13 – 503.

Direito de Saúde e Bioética, António Marques dos Santos, 1996, AAFDL, Lisboa, pp. 189-216.

Estudos de direito da bioética, volume II, José de Oliveira Ascensão, 2005, Almedina, Lisboa, pp. 13-86.

Direito ao património genético, Stella Marcos de Almeida Neves Barbas, 1998, Almedina, Lisboa, pp. 17 – 175.

In Revista Referência – II – nº 12 – 2010

<http://www.gddc.pt/>

<http://www.pgdlisboa.pt/home.php>

<https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/consentimento-informado-esclarecido-e-livre-dado-por-escrito.aspx>

<https://www.priberam.pt/>

---

<sup>43</sup> Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, Direito ao património genético, Stella Marcos de Almeida Neves Barbas, 1998, Almedina, Lisboa, pp. 62.

<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt>

<https://www.sns.gov.pt/noticias/2017/01/11/procriacao-medica-mente-assistida-2/>