

Secção Autónoma de Direito

**CRITÉRIOS DE PARENTALIDADE:
TENSÕES NA LEI DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA**

Paulo Aguiar e Matos

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Novas Fronteiras do Direito

Orientador:
Professor Doutor Pierre Guibentif,
Professor associado com agregação
ISCTE-IUL

Dezembro, 2009

Resumo

Em Portugal, a Lei 32/2006 regulamenta, a par de outras questões controversas, a procriação heteróloga e as condições pessoais para aceder às técnicas de procriação assistida. As potencialidades decorrentes das tecnologias de procriação com recurso a dador, designadas heterólogas, são fonte de perturbação para a sociedade. Proliferam discussões políticas e jurídicas sobre, por um lado, a interferência de um estranho na relação conjugal e o estatuto que este, enquanto dador, deve ter relativamente ao nascituro, ou seja, problematiza-se a relevância do vínculo genético na determinação da relação de filiação. Por outro, relaciona-se a procriação com os modelos de família, ou seja, discute-se a aceitação social e jurídica de famílias que escapam ao modelo biparental, de sexo diferente e em contexto de casamento.

A análise que apresento neste texto tem três propósitos principais: (1) identificar as tensões entre concepções de parentalidade evidenciadas nos debates político e jurídico a propósito da aplicação das técnicas heterólogas de procriação assistida; (2) explicitar as soluções legislativas encontradas na ordem legal portuguesa; (3) compreender o modo como as esferas política e jurídica influenciaram as soluções legais encontradas. Pretendi analisar a discussão política e jurídica em torno de três tópicos: (a) deve ser admitida a procriação heteróloga? (b) Sendo admissível, deve garantir-se o anonimato do dador ou deve salvaguardar-se o direito a conhecer a identidade do dador? (c) Quem deve poder aceder às técnicas? Apenas casais heterossexuais estáveis? Qualquer pessoa fora de uma relação de conjugalidade? Casais do mesmo sexo?

Palavras-chave:

procriação heteróloga / parentalidade / produção do direito / sistemas político e jurídico

Abstract

In Portugal, Law 32/2006 regulates, along with other controversial issues, procreation with donor gametes and the personal conditions for access to assisted procreation techniques. The potential generated by procreation technologies with donor are a source of disturbance to society. There are political and legal discussions about the interference of a stranger in the conjugal relationship and his status, as donor, for the unborn child, i.e., it's questioned the relevance of the genetic link determining the filial relationship. Moreover, the procreation it's related with family patterns, i.e., it's questioned the social and legal acceptance of family that diverge from the biparental, married and heterosexual family model.

My analysis has three main purposes: (1) identify tensions within the parenthood conceptions in political and legal debates about the application of assisted procreation techniques with donor; (2) present the solutions drawn in Portuguese legal order; (3) understand how political and legal system influenced the legal solutions. I wanted to analyze political and legal discussion about three topics: (a) procreation with donor should be allowed? (b) law should protect the anonymity of the donor or should allow donor identification? (c) Who should have access to the techniques? Only heterosexual couples? Anyone outside of a conjugal relationship? Same-sex couples?

Keywords:

procreation with donor / parenthood / production of law / legal and political systems

ÍNDICE	pag.
Introdua�o.....	1
Capítulo 1. Problematizar a parentalidade.....	3
1.1. Procria�o assistida com recurso a dador:.....	4
.1.1. Parentalidade: critérios biológicos ou critérios volitivos.....	4
.1.2. Acesso às técnicas: mono e homoparentalidade?.....	5
.2. Os valores em confronto, numa perspectiva teórica.....	6
.3. Os debates político e jurídico documentados.....	17
Capítulo 2. Legislar sobre a procria�o assistida.....	19
2.1. O processo legislativo.....	19
2.1.1. Artigo 1839.� do Código Civil.....	19
2.1.2. Revisão constitucional de 1997.....	20
2.1.3. Decreto 415/VII: aprova�o e veto presidencial.....	21
2.1.4. Aprova�o da Lei 32/2006.....	22
2.2. As solu�es legais: procria�o heteróloga, anonimato do dador, heteroparentalidade.....	23
Capítulo 3. Questionar a procria�o e a parentalidade.....	26
3.1. Os argumentos mobilizados.....	32
3.1.1. Combate � esterilidade.....	33
3.1.2. Direito � procria�o.....	34
3.1.3. O superior interesse da criana.....	39
3.1.4. Direito � identidade pessoal.....	44
3.1.5. Dignidade humana.....	45
3.1.6. Projecto de parentalidade.....	48
3.1.7. Direito � igualdade e não discrimina�o.....	49
3.1.8. Consanguinidade.....	51
3.2. Compara�o com outros dispositivos.....	52
3.2.1. A adopa�o.....	52

3.2.2. A maternidade de substituição.....	55
3.3. Referências do debate político.....	61
3.3.1. O debate jurídico.....	61
3.3.2. O debate médico.....	62
3.3.3. As posições da comissão de ética.....	63
3.3.4. A igreja católica.....	65
3.3.5. As associações LGBT.....	65
3.3.6. Outros ordenamentos jurídicos	66
Capítulo 4. Interpretar o debate e a lei	70
Conclusão.....	80
Bibliografia.....	82

Introdução

Em Portugal, o primeiro corpo de normas sobre procriação medicamente assistida foi aprovado apenas em 2006, com 16 anos de atraso relativamente à aprovação de legislação semelhante no Reino Unido. A Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, visa regulamentar juridicamente, a par de outras questões controversas, a procriação com recurso à dação de gâmetas (espermatozóides ou ovócitos) de terceiros e as condições pessoais para aceder às técnicas. No primeiro contacto que tive com o tema – no âmbito da disciplina *Direito e Bioética*, coordenada pela Professora Doutora Paula Lobato Faria, na parte curricular do Mestrado *Novas Fronteiras do Direito* – pareceu-me que o debate ocorrido durante o processo de aprovação da lei indicia que os desenvolvimentos tecnológicos em matéria de reprodução abalam os padrões dominantes de parentalidade e de relações familiares, quer porque questionam a preponderância do nexa biológico no estabelecimento de relações de filiação, quer porque dissociam a procriação da sexualidade heterossexual; manifestam-se tensões acerca dos modelos de família e dos critérios de parentalidade, sua relevância e significado. Esta ideia inicial nasceu fundamentalmente das minhas primeiras leituras jurídicas sobre o tema onde pude verificar que, na literatura jurídica, dominam as posições restritivas em relação ao acesso e possibilidade de utilização das técnicas com dador. E desta constatação nasceram as interrogações orientadoras da análise que aqui apresento.

Pretendi, portanto, analisar as tensões, em termos de critérios de parentalidade, evidenciadas durante o processo de produção da Lei 32/2006. Para tanto, tomei como principal objecto de análise o teor dos debates político e jurídico ocorridos durante esse processo e o seu reflexo nas soluções que ficaram consagradas na lei. Início o texto (Capítulo 1) com a exposição dos contornos do problema, do enquadramento teórico e da estratégia metodológica que adoptei. No Capítulo 2 apresento as etapas do processo legislativo que culminou na aprovação do texto da Lei 32/2006 bem como o teor das iniciativas legislativas sucessivamente apresentadas. A exposição prévia destes elementos confere maior sentido ao essencial da abordagem descritiva e analítica

contida no Capítulo 3, no qual analiso comparativamente os debates político e jurídico na tentativa de compreender a razão de ser das posições que aí defendidas, bem como as conexões de desfasamentos entre os dois debates. É sustentado nestes dados que apresento, no último capítulo, um conjunto de conclusões sobre as tensões presentes no processo legislativo sobre a procriação assistida com dador.

Capítulo 1. Problematizar a parentalidade

A utilização de técnicas assistidas de procriação permite contornar a esterilidade de um dos membros do casal recorrendo-se a um dador de gâmetas; possibilita, também, que uma mulher sozinha ou um casal de mulheres concretize o seu desejo de maternidade sem necessidade do acto sexual; torna, até, possível que um homem sozinho ou um casal de homens aceda à paternidade desde que possam recorrer à maternidade de substituição.

As tecnologias de procriação com recurso a dador, designadas heterólogas, embora em permanente desenvolvimento, não são novas e têm sido debatidas e contestadas, regulamentadas e restringidas, porque as suas potencialidades são fonte de perturbação para a sociedade. A dissociação entre procriação e acto sexual, acompanhada do recurso a material genético de terceiro, permite superar situações de infertilidade, que afectem um ou ambos os membros de um casal, mas gera, também, a possibilidade de retirar o exclusivo da procriação à parceria heterossexual. Proliferam discussões políticas e jurídicas sobre, por um lado, a interferência de um estranho na relação conjugal e o estatuto que este, enquanto dador, deve ter relativamente ao nascituro, ou seja, problematiza-se a relevância do vínculo genético na determinação da relação de filiação. Por outro, relaciona-se a procriação com os modelos de família, ou seja, discute-se a aceitação social e jurídica de famílias que escapam ao modelo biparental, de sexo diferente e em contexto de casamento.

A análise que apresento neste texto tem três propósitos principais: (1) identificar as tensões entre concepções de parentalidade evidenciadas nos debates político e jurídico acerca da aplicação das técnicas heterólogas de procriação assistida; (2) explicitar as soluções legislativas encontradas na ordem legal portuguesa; (3) compreender o modo como os sistemas político e jurídico *pressionam* as soluções legais encontradas. Como linhas orientadoras para a recolha de dados e para a sua análise, adoptei as seguintes interrogações: (i) Que tensões entre concepções de parentalidade no interior dos sistemas político e jurídico? (ii) Que conexões e desfasamentos entre os dois sistemas? (iii) Que influências sobre as soluções legislativas? Em suma, pretendi

observar o modo como as comunidades política e jurídica debateram e solucionaram os problemas da admissibilidade da procriação heteróloga, do estatuto jurídico do dador, e da limitação de acesso às técnicas. A análise tem por objecto apenas a utilização de técnicas com dador, excluindo-se a abordagem às técnicas homólogas, que não são problemáticas no que respeita às concepções de parentalidade e à determinação da filiação. Por outro lado, não são abordadas outras questões controversas implicadas na utilização de técnicas de procriação, tais como o tratamento dado aos embriões excedentários.

Pretendo analisar a discussão política e jurídica em torno de três tópicos: (a) deve ser admitida a procriação heteróloga, ou seja, a procriação com recurso a dádiva de material genético? (b) Sendo admissível, deve garantir-se o anonimato do dador ou deve possibilitar-se à pessoa nascida através das técnicas o direito a conhecer a identidade do dador? E sendo conhecida essa identidade, deve admitir-se que se estabeleça o vínculo de filiação relativamente ao dador ou, pelo contrário, tal possibilidade deve estar absolutamente excluída? (c) Quem deve poder aceder às técnicas? Apenas casais heterossexuais estáveis? Qualquer pessoa que o pretenda fazer fora de uma relação de conjugalidade? Casais do mesmo sexo?

1.1. Procriação assistida com recurso a dador

1.1.1. Parentalidade: critérios biológicos ou critérios volitivos

A dissociação entre sexualidade e procriação, proporcionada pelas tecnologias de reprodução, tem como consequência directa a dissociação entre parentalidade social e parentalidade biológica ou genética. Até ao desenvolvimento destas técnicas, a tensão entre critérios biológicos, à luz dos quais a paternidade e a maternidade são estritamente determinados por laços genéticos, e critérios sociais ou volitivos, que valorizam o projecto de parentalidade independentemente dos constrangimentos biológicos de parentalidade, apenas estava evidenciada no caso de adopção e em algumas situações de investigação da paternidade. Fora destes contextos, parentalidade social e biológica são entendidas como estando, e devendo estar, associadas. Aliás, os intervenientes no debate conseguem encontrar diferenças significativas entre um contexto de adopção e

um de recurso à procriação heteróloga, justificando-se, na opinião da maioria, regimes diversos na determinação da paternidade e na limitação de acesso às técnicas. Assim, os debates que precederam a aprovação da lei de procriação medicamente assistida tornaram evidente, de forma mais polémica do que parece acontecer com a adopção, as tensões entre os dois critérios relevantes para determinação jurídica da parentalidade. Em certa medida, as técnicas de procriação assistida reactualizam e intensificam a tensão sempre latente entre os dois critérios de parentalidade, o que justifica o interesse de uma abordagem às soluções legais produzidas e, em especial, às dinâmicas associadas à produção de uma lei de procriação assistida.

1.1.2. Acesso às técnicas: mono e homoparentalidade?

Para além da tensão entre critérios de parentalidade, as possibilidades técnicas em matéria de reprodução têm também como consequência a possibilidade de dissociação entre procriação e bi-parentalidade, sendo tecnicamente possível que um indivíduo, fora de qualquer contexto de conjugalidade, assuma, isoladamente, um projecto de parentalidade. Do mesmo modo, ocorre uma dissociação entre procriação e heterossexualidade, sendo possível que duas pessoas do mesmo sexo recorram a técnicas de procriação assistida para concretizarem a sua vontade de procriar. Estas possibilidades parecem desafiar a concepção dominante de família assente na relação conjugal. No caso de uma pessoa fora de um contexto de conjugalidade, a procriação assistida substitui-se à relação sexual e implica a ausência, intencional, de biparentalidade. No caso dos casais do mesmo sexo, as tecnologias de reprodução questionam o pressuposto de que a procriação decorre da relação (hetero)sexual. Portanto, dentro da temática geral da procriação assistida com recurso a dador, a monoparentalidade e a homoparentalidade são problemas específicos a analisar.

1.2. Os valores em confronto, numa perspectiva teórica

As técnicas de procriação assistida e a razão de ser do biodireito

Com o desenvolvimento das tecnologias de reprodução assistida, surgiram novas oportunidades para a concretização do desejo de parentalidade; e com essas oportunidades, surgiu também a necessidade de produzir novas normas legais que as regulamentassem e limitassem. Paula Lobato Faria sintetiza assim os traços de um processo legislativo em matéria de biodireito: “No processo típico de decisão sobre a bionorma a aprovar, o debate toma forma, numa primeira fase, fora do corpo mandatário e coercivo da lei, tentando-se averiguar da aceitabilidade ou não das situações em causa, à luz dos princípios morais e deontológicos que orientam o ser humano e os profissionais de saúde, isto é, a bioética e os seus postulados clássicos (autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça). Este debate tem lugar em instâncias parajurídicas, sobretudo em conselhos e comissões de ética, cujas deliberações, apesar de não terem cunho vinculativo e apresentarem a forma de recomendações, se apresentam de extrema importância e influenciam por vezes de forma decisiva o poder legislativo. A bioética precede, pois, em regra, o biodireito.” (2008: p. 141). Paula Lobato Faria sublinha ainda que “a lei poderia usar a sua força coerciva e proibir todas as técnicas potencialmente geradoras de graves problemas éticos e jurídicos. No entanto, o direito sabe que a maior parte das vezes os avanços da biomedicina representam a solução para necessidades e sofrimentos vividos pelas pessoas. A proibição é, como tal, apenas usada em casos extremos, nos quais a ameaça à integridade e dignidade do ser humano [...] agrega o consenso da sociedade em torno da sua recusa.” (2008: p. 140). Como exemplos de tais casos extremos, refere a clonagem reprodutiva ou a alteração do ADN de células germinais. Porém, no caso das técnicas de reprodução assistida com recurso a dador a ponderação dos valores em confronto é mais polémica e menos óbvia, não havendo, certamente, consenso em torno da matéria, como acontece com “a grande parte dos problemas éticos e jurídicos suscitados pelos avanços da biomedicina” (Faria, 2008: p. 141). Se tomarmos como referência a Lei 32/2006, nem as permissões – a procriação heteróloga – nem as proibições – o acesso por pessoas fora de um contexto de conjugalidade heterossexual – são aceites sem controvérsia e remetem-nos para a razão de ser do biodireito, que “tem enveredado pelo caminho de

determinar o ponto em que será aceitável que as pessoas disponham das capacidades das técnicas da biomedicina ou das biotecnologias [...] sem que tal implique uma perda da liberdade e da dignidade que as identificam e caracterizam como seres humanos” (Faria, 2008: p. 140).

Segundo Paula Lobato Faria, uma das dificuldades de legislar sobre as técnicas biomédicas está em procurar “congregar o consenso dos representantes dos vários profissionais e grupos de interesse envolvidos no dilema moral concreto provocado pela evolução das ciências e técnicas biomédicas, elemento sem o qual poderá vir a perder a sua eficácia real.” (2008: p. 141-142). É a dificuldade em obter um consenso, sentido com necessário, que pode justificar a colocação de algumas restrições legais no acesso às técnicas e a demora em fazer aprovar legislação regulamentadora da procriação assistida.

Estatuto do nascituro e autonomia individual

As questões relacionadas com a procriação assistida heteróloga suscitam um problema acrescido à bioética e ao biodireito. É que um dos pilares de regulação das tecnologias médicas é a aplicação do princípio do consentimento livre e informado do paciente. Ora, não é possível obter o consentimento prévio por parte do indivíduo que será gerado graças às técnicas de procriação assistida. Haverá bases para, em alternativa, se falar em presunção de consentimento? Ou a ideia de consentimento deve simplesmente ser afastada quando se discute a protecção da pessoa futura? Nesse caso, como proteger o interesse e a dignidade do concepturo? Este problema remete-nos, ainda, para a natureza ética e jurídica do concepturo, isto é, de uma existência que não foi ainda sequer concebida; aliás, o problema centra-se sobre os limites à utilização de técnicas de reprodução assistida sem as quais não chegará a haver concepção. A ironia inerente a este problema é que, como refere Jennifer Smith (2003: p. 64), os limites colocados em nome do interesse das potenciais crianças têm como consequência que elas não cheguem sequer a ser concebidas.

Debruçando-se sobre um dilema semelhante mas reportado ao nascituro (havendo já concepção, portanto), a propósito dos limites à manipulação de embriões humanos e ao diagnóstico pré-implantatório, Habermas (2001) preocupa-se

essencialmente com o que o embrião será no futuro e não tanto com o que é enquanto embrião, focando-se sobre a futura auto-compreensão do indivíduo manipulado geneticamente. Entende que a auto-compreensão fica afectada pelo facto de o indivíduo saber que os seus fundamentos genéticos não são resultado de contingências da natureza mas sim de um processo de decisão de outro ser humano. Neste sentido, Habermas não atribui ao embrião o estatuto de pessoa portadora de direitos fundamentais mas reconhece-lhe o direito a protecção jurídica. Em torno desta ideia, distingue as noções de indisponibilidade e inviolabilidade da vida humana. A inviolabilidade apenas pode ser atribuída a uma pessoa (que só o é após o nascimento) e está associada à existência de direitos fundamentais inalienáveis. Porém algo que não é inviolável pode ser indisponível. É o caso do embrião, estando impedida a instrumentalização desta forma (pré-pessoal) de vida humana. Indisponibilidade significa a interdição de intervenção de terceiros no que virão a ser os fundamentos de outra pessoa; o que justifica as restrições ao leque de liberdade de acção, nomeadamente daqueles que pretendem ser pais. Nesta linha de raciocínio, Habermas distingue entre dignidade humana, associando a noção à inviolabilidade da pessoa, e dignidade da vida humana, associando-a à indisponibilidade da vida humana pré-pessoal.

É certo que os dilemas que se colocam, quer em termos de utilização de técnicas de procriação heterólogas, quer de acesso às técnicas por pessoas fora de um contexto de conjugalidade heterossexual são distintos dos enunciados por Habermas porque, nos primeiros, ainda não há concepção. Porém, parece-me existir alguma identidade com o objecto analisado por Habermas e poderá ser útil pensar nestes dilemas também na perspectiva da antecipação da auto-compreensão e da construção identitária do potencial ser humano, e da correlativa indisponibilidade de intervenção nesses domínios por parte de terceiros, nomeadamente de quem pretende ser pai ou mãe através de técnicas heterólogas. É que tal exercício de antecipação adequa-se à inquietação expressa por alguns políticos e juristas acerca da plena estruturação da identidade do indivíduo que, gerado a partir de gâmetas de um dador anónimo, fica impossibilitado de conhecer a sua ascendência genética. Os termos e fundamentos dessa inquietação serão expostos mais adiante; por agora interessa apenas sublinhar a ideia segundo a qual o concepturo é merecedor de protecção jurídica por via de um processo de antecipação do que será a

sua futura auto-compreensão; protecção que, em última análise, pode interditar a própria concepção.

A protecção do concepturo entrará frequentemente em conflito com uma ideia de autonomia individual por parte das pessoas que pretendem concretizar o seu direito à procriação. De facto, este direito inclui hoje o direito ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida por parte dos casais inférteis. Na prática, os desenvolvimentos tecnológicos vieram ampliar os direitos fundamentais dos indivíduos, nomeadamente o direito a procriar. Como refere Habermas, podemos “encarar a nova esfera de decisão recentemente aberta pela engenharia genética como um alargamento material da liberdade reprodutiva e dos direitos parentais, ou seja, dos direitos fundamentais do indivíduo, que este pode fazer valer perante o Estado.” (2002: p. 120-121). Numa perspectiva liberal, a decisão sobre o acesso à procriação assistida deve caber às pessoas que desejam ser pais porque se inclui na sua esfera de autonomia individual, cabendo ao Estado (apenas) a função de possibilitar e organizar esse acesso. E nesta perspectiva, um direito universal de procriação implicaria não apenas a possibilidade de acesso às técnicas de procriação a todos os indivíduos, incluindo pessoas sós e casais do mesmo sexo, mas também a legalização da maternidade de substituição (Borrillo, 2009, p. 368-369). Neste sentido, os desenvolvimentos da técnica aumentam as oportunidades de decisão individual e, portanto, o seu grau de autonomia. Pode falar-se em conflitualidade entre a autonomia da pessoa que pretende ser pai ou mãe e uma eventual autonomia da pessoa que vier a ser gerada com recurso à procriação heteróloga? Mas, se assim for, e uma vez mais, a defesa da autonomia da pessoa futura e potencial pode resultar na sua não concepção.

Claro que é redutor pensar na criação de normas jurídicas para a procriação heteróloga apenas em termos de confronto entre autonomias privadas. Quando se invoca a necessidade de proporcionar à criança um adequado contexto familiar, mobiliza-se também uma concepção ideológica de modelo familiar. Ou seja, trata-se de considerar, expressa ou implicitamente, que há um interesse do Estado em regular as relações familiares e, conseqüentemente, impor limites às possibilidades geradas pelas tecnologias de procriação, já que estas permitem algumas dissociações com o que constitui o fundamento do modelo familiar dominante: biparental e heterossexual. A relação familiar dominante pressupõe o acto (hetero)sexual; quer o casamento quer a

união de facto, cuja conceptualização jurídica foi construída por referência ao casamento, assentam na existência de um relacionamento sexual, e as relações de filiação decorrem também delas da procriação por via do acto sexual. As excepções na construção dos vínculos familiares por referência ao acto sexual são a filiação por adopção e, mais recentemente, as técnicas *in vitro* de procriação assistida. Mas em qualquer destas excepções pode ficcionar-se a existência dessa referência se o acesso for limitado a casais de sexo diferente. Portanto parece ser aceitável o recurso a tecnologias de procriação apenas na medida em que o resultado não se afaste demasiado quer das contingências biológicas quer das concepções culturais dominantes. É o que sublinha Miguel Vale de Almeida, citando Anne Cadoret (“The Contribution of Homoparental Families to the Current Debate on kinship”, s.d.): “Se nalgumas destas modalidades familiares [famílias adoptivas e famílias que recorrem à inseminação artificial com dador anónimo] os pais ainda conseguem representar-se como possíveis genitores das suas crianças e se a ficção filiativa pode por vezes funcionar, tal já não é possível no caso das famílias homoparentais, pois os dois pais do mesmo sexo não são capazes, entre si, de produzir uma criança e apresentar-se como se fossem os genitores [...]. Eles representam situações de reprodução que necessariamente revelam quão social é o parentesco” (Almeida, 2006: p. 23). O mero acesso às técnicas de procriação assistida por parte uma mulher sozinha, circunstância que é legalmente permitida em caso de adopção, funcionando como forma alternativa de procriação e não como método de superação de um problema de infertilidade, abala, simultaneamente, a ideia de parceria sexual e as concepções sobre os contextos familiares considerados ideais para a criança: “Durante muito tempo a sexualidade, a procriação, a filiação e a aliança coincidiam, mesmo que apenas idealmente, assim como a produção e reprodução da família. Não era a “natureza” – a biologia – que fazia esta filiação, mas sim o casamento, a instituição que fornecia o enquadramento da procriação (Cadoret, s.d.: 16). O nosso truque de prestidigitação, como diz Cadoret (ou a nossa construção simbólica), foi tornar credível que é a natureza, a verdade do corpo, que criou a filiação, sem reconhecer que foram os alicerces da filiação e a fabricação da criança dentro do casamento que forneceram a validação. Mas agora torna-se evidente a separação da procriação do casamento, e a separação do fazer crianças do processo de reprodução, mesmo que os dois processos continuem a ser fundamentais para a criança atingir o

estado adulto (Cadoret, s.d.: 16).” (Almeida, 2006: p. 27). Também Daniel Borrillo (2009) considera que a imposição da infertilidade como condição para o acesso às técnicas de procriação assistida tem por objectivo criar uma ficção e procurar que a procriação assistida imite a reprodução biológica, ou seja, tem como fundamento uma ideologia naturalista segundo a qual a verdadeira filiação será aquela em que genitores e parentes jurídicos aparecem associados.

Borrillo refere-se a três modelos que fundamentam as formas jurídicas de filiação. O modelo canónico, de ordem moral, caracterizado pela finalidade reprodutiva do casamento, preeminência de filiação pelo sangue, interdição da inseminação com dador; o modelo civilista, de ordem social, que dissocia casamento de filiação, e filiação de reprodução, onde coexiste a verdade biológica com a vontade, garantindo-se o anonimato dos dadores; e o modelo neo-biológico, de ordem simbólica, que critica a dissociação entre filiação e reprodução, procurando a sua reconciliação, e atribui estatuto legal aos genitores (Borrillo, p. 2009). Referindo-se à realidade francesa, Borrillo considera que se assiste à preeminência do modelo neo-biológico e, portanto, a um processo de naturalização da filiação. No mesmo sentido, Éric Fassin considera que existe uma sacralização da filiação que vai a par da sua (re)naturalização (2009: p. 375) e da confusão entre procriação e reprodução, sublinhando que (re)emerge uma concepção segundo a qual a filiação se justapõe à reprodução (2009: p. 376). Fassin e Borrillo avançam uma hipótese: a naturalização da filiação funciona como um argumento para justificar limitações aos direitos dos homossexuais.

A componente ideológica das restrições legais à procriação assistida é também sublinhada por Susana Silva, para quem “o sistema jurídico português (re)produz a dominação simbólica do vínculo bio-genético na definição de família e de parentesco no âmbito da doação de gâmetas ao enfatizar a importância da verdade genética para a identidade dos indivíduos e ao promover a ideia de que a gestação e a paternidade social são sucedâneos biológicos do elemento genético. O direito e os juristas portugueses contribuem para promover a imagem da doação de gâmetas como uma tecnologia conforme aos valores e às expectativas sociais dominantes no âmbito dos conceitos de família, maternidade e paternidade – uma estrutura familiar assente num casal heterossexual estável capaz de conceber e gerar crianças saudáveis, com as quais mantêm ligações bio-genéticas, e cujos direitos e deveres são delineados a partir do

modelo de família nuclear e patriarcal.” (2009, p. 83). Sublinha ainda que “as regras de estabelecimento da filiação nos casos que envolvem a doação de gâmetas reflectem, ainda que implicitamente, opções morais e éticas que pretendem preservar as situações familiares estabelecidas segundo o modelo ideológico dominante [...] – uma estrutura familiar assente num casal heterossexual com filhos, com os quais têm ligações bio-genéticas [...]. O direito promove a imagem da gestação e da paternidade social como sucedâneos biológicos do elemento genético ao garantir que o estatuto jurídico de mãe depende da gestação e o estatuto jurídico de pai depende do projecto de paternidade do marido ou companheiro da mulher que deu à luz a criança.” (Silva, 2009: p. 90-91, 93).

O processo legislativo

O confronto de valores neste processo legislativo – que são, especialmente, três: (i) a autonomia individual inerente ao direito à procriação; (ii) a protecção jurídica do concepturo; (iii) a salvaguarda de interesses públicos relacionados com a estrutura familiar – suscita o problema da legitimidade das normas legais a aprovar. Em Portugal, a aprovação de legislação sobre a procriação assistida heteróloga foi um processo demorado e complexo. Ora, importa perceber que circunstâncias marcaram este processo legislativo, que vozes o condicionaram e, especialmente, em que medida o discurso dos juristas terá conseguido influenciar as normas legais aprovadas em 2006. Para enquadrar teoricamente esta questão, recorro, uma vez mais, à abordagem de Habermas, desta feita sobre a legitimidade da lei, desenvolvida, em particular, em *Facticidade e Validade* (no original: *Faktizität und Geltung*).

Habermas aborda o problema da legitimidade da lei numa perspectiva discursiva: a validade das normas depende da participação em discursos racionais e da sua aceitação por parte das pessoas por elas afectadas. No processo discursivo existem pretensões de verdade e eventuais objecções por parte dos oponentes, decorrendo, do confronto de argumentos, um acordo racional; como refere Castanheira Neves, “as normas de direito só serão legítimas ‘se os seus destinatários puderem ser compreendidos simultaneamente como autores racionais das mesmas normas’, se puder afirmar-se quanto a elas uma ‘concordante e unitária vontade de todos’ ou reconhecer-se um consenso racional em que se unifiquem vontade e razão” (2003: p. 120-121). Assim, o procedimento discursivo visa a obtenção de um consenso, expressão de um interesse

geral; e os fundamentos da razão decorrem de um processo argumentativo e não de qualquer pressuposto ou fonte transcendente. O carácter discursivo do processo de formação da vontade política e a assumpção da racionalidade das leis assim produzidas estão estreitamente relacionados com o procedimento democrático, que permite a livre circulação de questões, argumentos e informação (Habermas, 1994: p. 448). Sendo fundamentais as pressuposições comunicativas e as condições procedimentais da formação da opinião e da vontade enquanto fonte de legitimidade, pelos quais todos os interessados aceitam voluntariamente as normas, é condição essencial que os interessados participem livremente e em condições de igualdade. Numa situação discursiva ideal existe a livre prática argumentativa – liberdade de participação e ausência de coacção. De facto, o procedimento discursivo pressupõe “a incondicional liberdade dos participantes e bem assim a sua prática autonomia de disposição de interesses e de consentimento” (Neves, 2003: p. 131). “Só na pressuposição dessa liberdade e dessa autonomia [...] o procedimento que as assume e lhes dá efectiva possibilidade de afirmação pode pretender constituir uma validade/legitimidade pela discursivo-argumentativa comunicação” (idem). Trata-se, assim, de um critério externo, relativo à forma do processo: a fonte de legitimidade da lei é o procedimento democrático para a sua produção.

Para operacionalizar sociologicamente a sua concepção processualista de política deliberativa, Habermas desenvolve um modelo que se focaliza na importância empírica de uma circulação de poder prescrita pelo Estado de direito, e que, por esse motivo, se pode considerar oficial. Tal importância depende fundamentalmente de a sociedade civil desenvolver, através de espaços públicos autónomos, impulsos necessários para transportar os conflitos da periferia para o centro do sistema político. Decorre deste modelo que, na produção democrática da lei, as decisões formais e institucionalizadas devem estar receptivas aos *inputs* provindos das esferas públicas informais. Isto significa que o sistema político (e o administrativo em particular) não deve ser um sistema independente, funcionando exclusivamente segundo critérios próprios, mas também não deve ser demasiado subserviente aos interesses particulares que têm acesso ao poder administrativo através de formas não oficiais de influência. Por outro lado, as esferas públicas não devem ser subvertidas pelo poder, já que lhes cabe uma especial responsabilidade no processo democrático. As regulações legítimas de

assuntos particulares requerem a participação nas discussões públicas por parte dos indivíduos interessados (Rehg, 1998: p. xxxi-xxxiii). Quanto aos *inputs* provindos das esferas públicas, Habermas destaca a importância para o processo democrático dos fóruns públicos, das associações informais e dos movimentos sociais, nos quais os cidadãos podem dar voz aos seus assuntos (Rehg, 1998: p. xxxii). Do ponto de vista do sistema administrativo, o espaço público-político e o sistema parlamentar representam o lugar de *input* pelo qual o poder social dos interesses organizados penetra no processo legislativo. Pelo lado de *output*, a administração encontra a resistência dos subsistemas sociais e das grandes organizações que fazem valer o seu poder no processo de implementação. Desta forma, “Habermas consolida uma teoria da ‘circulação do poder’ nas sociedades modernas” (Guibentif, 1992: p. 236), procurando clarificar o conceito normativo de política deliberativa e analisando, numa perspectiva sociológica, as condições de regulação da circulação do poder nas sociedades complexas. (cf. Habermas, 1992: p. xl).

Questionando-se sobre o papel do Estado e da sociedade na acção política, Habermas conclui que apenas o primeiro, enquanto sistema político investido de poderes de decisão, pode actuar; mas a sua acção será legítima apenas se o processo de decisão no estado de direito tiver um carácter discursivo que preserve as fontes democráticas de legitimidade (Rehg, 1998: p. xxx-xxxii). A este propósito, sublinha a importância do discurso público na mobilização de razões e argumentos relacionados com os interesses, valores e identidades dos cidadãos. Desta forma gera-se um poder comunicativo que influencia os processos formais de decisão e acção política. Habermas está, então, preocupado com a ligação entre as fontes discursivas informais da democracia e os processos institucionais de decisão necessários à efectivação das leis. O estado de direito integra os mecanismos e instituições legais necessárias à transformação do poder comunicativo dos cidadãos numa actividade administrativa legítima. Tais mecanismos existem para reduzir a complexidade, mas têm também um carácter reflexivo de dispositivos de regulação correctiva da complexidade social, mantendo-a. Esta regulação correctiva opera na oposição entre opinião pública informal e a formação institucionalizada da opinião e da vontade regulada de forma procedimental.

Em suma, para Habermas a legitimidade do direito é procedimental não se fundando em qualquer pressuposto substantivo: “Não há fundamentos pressupostos de validade do direito. O direito constitui procedimentalmente a sua validade (Neves, 2003: p. 128). É assim que, para Habermas, a formação da decisão política faz-se na relação entre as formas informais de discussão e de formação da opinião, e as instâncias políticas formais de formação da vontade. O domínio informal tem uma capacidade de percepção e problematização dos problemas sociais com relevância política, participando de forma privilegiada na formação da opinião e transformando os problemas em questões públicas. Deste modo tem a possibilidade de encaminhar o tema para as instâncias formais do Estado, que detêm em exclusivo a poder de decisão, sendo que a legitimidade das decisões políticas depende exactamente do carácter discursivo destes procedimentos. Mas a esfera de decisão é também marcada pelos procedimentos formais que regulam as deliberações orientadas para a formação da vontade e tomada de decisão. Note-se que Habermas perspectiva um sistema político aberto às influências dos restantes sistemas sociais, realçando o papel das esferas públicas sensíveis à pressão dos problemas sociais e o poder de influência da opinião (formada na esfera pública) sobre o poder político.

Política: um sistema auto-referenciado

Niklas Luhmann refere-se à diferenciação funcional da sociedade moderna, explicando-a a partir de um acentuar das especializações comunicacionais bem sucedidas. Na base da sua concepção estão duas ideias: (1) os sistemas sociais são compostos não por seres humanos mas sim por comunicações entre seres humanos; e (2) cada sistema social combina uma intensa sensibilidade a questões específicas com indiferença relativamente a tudo o resto (Luhmann, 1981, p. 30-31). Cada sistema é auto-referenciado, isto é, tudo o que o sistema é capaz de fazer é determinado com referência ao que ocorre no seu interior, produzindo e reproduzindo os elementos de que se compõe. Como refere Pierre Guibentif, “cada sistema existe pela maneira como, no imediato, comunicações acontecem como resultando de anteriores e gerando posteriores, relacionando-se umas com as outras, sendo esta relação simultaneamente possibilitada por e constitutiva de uma determinada característica.” (Guibentif, 2005, p. 227). Porém, na definição daquilo que toma como relevante, o sistema é sensível aos interesses da

envolvente social, razão pela qual, o sistema é, simultaneamente, aberto e fechado (Luhmann, 1981, p. 39-40) e, portanto, dinâmico. Cada subsistema mantém uma relação com todo o sistema a que pertence, determinada por uma função específica, e, igualmente, com todos os outros subsistemas (Luhmann, 1981, p. 73). Por exemplo, o sistema político pertence ao entorno do sistema jurídico e este ao entorno do primeiro, o que não exclui as vastas dependências recíprocas entre os dois sistemas. “Admite-se que, embora os acontecimentos de um determinado sistema não sejam directamente relevantes para um outro sistema, este vai desenvolver, no processo de evolução da sociedade, mecanismos facilitando uma atenção focalizada para determinados aspectos do outro sistema e, por assim dizer, um tradução entre os dois sistemas.” (Guibentif, 2005: p. 229). Certo, porém, é que nenhum dos subsistemas assume um papel central na representação da sociedade, nem se pode falar de uma hierarquia entre os sistemas; cada subsistema actualiza a sociedade a partir da sua específica perspectiva. Tomando por referência o sistema político, Luhmann refere que um subsistema é recursivamente fechado e tematicamente aberto (Luhmann, 1981, p. 42). Os problemas que surgem na vida em sociedade são percebidos pelo subsistema e constituem o tema de comunicação.

A comunicação política tender a centrar-se em valores fundamentais aceites pela generalidade das pessoas e através dos quais a sociedade se representa de forma consensual (Luhmann, 1981, p. 111). Por outro lado, o sistema político contém, segundo Luhmann, características específicas que podem curto-circuitar o sistema. É o caso da diferença governo/oposição que submete a maioria das decisões políticas à dicotomia vitória/derrota (1981, p. 43), e é também o caso de um código especial da política que classifica os temas em progressistas ou conservadores (1981, p. 43-44). Estas características podem justificar a ausência de uma decisão – uma não-decisão, segundo Luhmann (1981, p. 44) – pois esta só é tomada quando estão reunidas as condições adequadas no interior do sistema; quando tal não acontece a decisão não é tomada, pelo menos enquanto tal omissão não for censurável (1981, p. 44). Esta lógica marca a descontinuidade da acção política: a efectiva importância dos problemas pode ser preterida em favor da notoriedade de um tema e da visibilidade de uma vitória política.

1.3. Os debates político e jurídico documentados

Para recolha dos dados que permitem responder às questões formuladas, segui uma estratégia metodológica assente na análise documental, que incidiu em particular sobre a literatura jurídica produzida sobre o tema, antes e depois da aprovação da Lei 32/2006. Analisei também toda a documentação que reproduz os trabalhos parlamentares relacionados com as iniciativas legislativas apresentadas durante as várias legislaturas, bem como os próprios textos da lei, especialmente a Lei n.º 32/2006 mas também as disposições relevantes do Código Civil. Também recolhi alguns documentos institucionais dirigidos ao processo legislativo e elaborados por diversas entidades, em particular pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

No sistema político, analisei as várias fases do processo legislativo para identificar as soluções apresentadas, especialmente as que ficaram consagradas na Lei n.º 32/2006, e os argumentos mobilizados pelos vários intervenientes. Incluí na análise não apenas a documentação relativa à fase que conduziu formalmente à Lei n.º 32/2006, mas também a referente a fases anteriores: o processo de revisão constitucional de 1997, por meio do qual a Constituição passou a prever que incumbe ao Estado regulamentar a procriação assistida (alínea e) no n.º 2 do art.º 67.º); a iniciativa legislativa que conduziu à aprovação, em Junho de 1999, do Decreto da Assembleia n.º 415/VII, e que sofreu posterior veto presidencial; e as diversas iniciativas posteriores que viriam a caducar.

No sistema jurídico, analisei aprofundadamente a doutrina jurídica portuguesa sobre este tema. Desta forma, apresento um estado da arte completo e, simultaneamente, adopto o sistema jurídico como principal objecto de análise. Até à entrada em vigor da lei da procriação assistida, o preceito legal mais relevante para a abordagem à procriação heteróloga, e para a consequente determinação do vínculo jurídico de filiação, foi o contido no n.º. 3 do artigo 1839.º do Código Civil. Esta disposição, que veda a impugnação de paternidade ao marido que tenha consentido na inseminação artificial, deu lugar a aprofundadas discussões jurídicas sobre os efeitos e o alcance de proibição de impugnação, nomeadamente se esta proibição se destinava apenas ao marido ou, pelo contrário, a qualquer pessoa, incluindo o filho gerado através de inseminação artificial. Neste último caso, a paternidade do marido que consentiu seria certa, inimpugnável. Para lá da discussão motivada por este preceito, as posições iniciais dos juristas

desenvolveram-se tendo como fio condutor as suas interpretações dos preceitos constitucionais – que se mantêm inalterados na parte relevante para esta matéria desde 1997 –, e, mesmo, dos princípios gerais de direito ou supra constitucionais. Com o decurso dos anos, a literatura jurídica foi cada vez mais produzida tendo como motivação a análise crítica ao conteúdo dos projectos legislativos sucessivamente apresentados e, a mais recente, dirige-se às normas contidas na Lei 32/2006.

Há uma circunstância que condicionou a recolha e o tratamento da informação: as iniciativas legislativas e as discussões por elas suscitadas dirigiram-se a vários problemas que não apenas os da admissibilidade e acesso a técnicas heterólogas e da, conseqüente, determinação da parentalidade. Com estes temas cruzaram-se outros como o do estatuto do embrião, a propósito das experiências com embriões excedentários. Devido ao debate conjunto, imposto pela decisão – assumida, expressamente pelos intervenientes políticos – de produzir um diploma único sobre a matéria, os temas condicionaram-se mutuamente, em particular no debate político, e particularmente no que respeita ao tempo dedicado à sua discussão. A discussão em torno dos critérios de paternidade e das condições pessoais de acesso não foram sequer os problemas específicos mais debatidos; atenção mais demorada mereceram os problemas relacionados com os embriões excedentários e com a experimentação em embriões.

Capítulo 2. Legislar sobre procriação assistida

2.1. O processo legislativo

2.1.1. Artigo 1839.º n.º 3 do Código Civil

Até à aprovação da Lei 32/2006, o vazio legal não era absoluto, existindo um conjunto de normas regulamentadoras da utilização das técnicas e inseminação. É o caso do Decreto-Lei n.º 319/86, 25 de Setembro, que regulamenta apenas alguns aspectos da inseminação e fecundação artificial heterólogas, proibindo a inseminação com sémen fresco e estabelecendo normas relativas à disciplina e actividade dos bancos de esperma. Todavia, este diploma carece, expressamente, de regulamentação que nunca foi criada. Também a Lei n.º 3/84, de 2 de Março, sobre educação sexual e planeamento familiar, prevê no seu art. 9.º, n.º 2 que “O Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade”. Por seu lado, também o Código Penal, no artigo 168.º, criminaliza a inseminação artificial não consentida, sancionando-a com pena de 1 a 8 anos de prisão.

Porém, o preceito mais relevante é o contido no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil, por via do qual, desde 1977, o ordenamento jurídico português veda a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu: “Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”. Mesmo na redacção anterior a 1977, o Código Civil continha já um preceito sobre fecundação artificial: “a fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela, nem para impugnar a paternidade presumida por lei”. As discussões jurídicas sobre a interpretação da norma contida n.º 3 do artigo 1839.º explicitam a tensão entre o critério biológico e o critério volitivo na determinação do vínculo jurídico de filiação. O preceito veda a impugnação de paternidade ao marido que tenha consentido na inseminação artificial, situando-se a controvérsia na possibilidade das restantes partes envolvidas poderem impugnar a paternidade. Em particular, pode a criança nascida

através de inseminação artificial, ao atingir a maioridade, impugnar a paternidade estabelecida relativamente ao marido da progenitora? E, num segundo nível, pode tentar estabelecer a paternidade relativamente ao dador?

2.1.2. Revisão constitucional de 1997

No sistema político, as primeiras preocupações para regulamentar de forma abrangente as técnicas de reprodução assistida surgiram em 1986, quando, pelo Despacho n.º 37/86, de 4 de Abril, do Ministro da Justiça Mário Raposo, foi nomeada a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, presidida por Pereira Coelho. Essa comissão chegou a elaborar vários documentos, incluindo o Projecto sobre a Utilização de Técnicas de Procriação Assistida, apresentado no Verão de 1987, que, em termos de soluções legislativas, permitia a procriação artificial heteróloga, com carácter subsidiário face às técnicas homólogas e desde que um dos membros do casal beneficiário fornecesse os seus próprios gâmetas. Previa também a gratuidade da dação, o anonimato do dador e a exclusão de maternidade/paternidade do dador, mas salvaguardava-se a possibilidade de acesso a informação pertinente para os impedimentos matrimoniais. Previa-se ainda a nulidade do contrato de gestação. Este projecto, porém, nunca deu lugar a uma iniciativa legislativa (Aguilar, 2000: p. 703-704). Em 1995, o ministério da saúde, liderado por Paulo Mendo, encomendou a Agostinho Almeida Santos um estudo e um projecto de diploma legislativo que regulamentasse a procriação medicamente assistida (DAR, I Série – N.º 98, 1997/07/19, p. 3570; cf. também Jorge Roque Cunha, DAR I série, n.º 95/VII/4, 1999/06/18, pp. 57).

Só após estas duas tentativas de gerar um diploma legislativo sobre a procriação assistida, ambas de iniciativa governamental, foram apresentadas projectos legislativos de origem parlamentar. Destaca-se a 4.^a revisão constitucional (1996/1997), em resultado da qual foi aditada a alínea e) ao artigo 67.º: “Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: [...] Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Houve consenso parlamentar em torno da proposta, centrando-se a discussão apenas sobre a formulação da norma. O texto da proposta inicial era o seguinte: "Regular as condições em que são

permitidas técnicas de procriação assistida, por forma a salvaguardar a dignidade humana": porém, o presidente da comissão chamou a atenção dos deputados para o facto de: "Regulamentar as condições em que são permitidas técnicas de procriação assistida,..." não é apenas "... por forma a salvaguardar a dignidade humana;", este é um pressuposto, uma condição limite. Um dos objectivos é também garantir às pessoas que recorrem à procriação assistida o direito a ter filhos. Portanto, não é apenas "por forma a", quando muito é "salvaguardando" ou "com salvaguarda da dignidade humana". (DAR, II Série – RC, N.º 29, 1996/09/27, p. 870). O texto resultante da discussão – Regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana – foi aprovado por unanimidade, embora com a ausência do PCP e do PEV, na reunião de 13 de Maio de 1997 da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (cf. DAR, II Série – RC, n.º 89, 1997/05/14, p. 2579).

A inclusão deste preceito na Constituição teve como principal consequência esclarecer quaisquer dúvidas existentes quanto à constitucionalidade da procriação assistida, remetendo-se para a lei ordinária a sua regulamentação.

2.1.3. Decreto 415/VII: aprovação e veto presidencial

Ainda durante o ano de 1997, e antes mesmo da publicação da Lei Constitucional, é aprovado em Conselho de Ministros e apresentada à Assembleia da República uma proposta de lei com o intuito de regulamentar as técnicas de procriação assistida. A proposta n.º 135/VII foi aprovada na generalidade em 9 de Junho de 1998, com os votos a favor do PS e do CDS-PP e abstenções do PSD, do PCP e do PEV (DAR I Série, n.º 80/VII/3, 1998/06/12, pp. 23). Tinha como principais características a admissibilidade da procriação heteróloga, mas com carácter subsidiário face à homóloga, o anonimato do dador e a respectiva exclusão da paternidade/maternidade, e a nulidade do contrato de gestação. Posteriormente, foi constituído um grupo de trabalho composto por deputados das Comissões de Assuntos Constitucionais e de Saúde, que, relativamente à proposta inicial, introduziram algumas alterações, entre elas a questão da identificação do dador. O texto inicial excluía, em regra, o acesso à identidade do dador por parte das pessoas nascidas na sequência de processos de procriação

medicamente assistida, só sendo admitido o acesso à sua identificação por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial. No texto aprovado permitia-se que a pessoa nascida acesse, sem restrições, à identidade do dador após a maioridade: As pessoas nascidas na sequência de processos de procriação medicamente assistida podem, após a maioridade, requerer [...] informações sobre todas as circunstâncias do seu nascimento, incluindo a identificação dos dadores de gâmetas ou do embrião (artigo 12.º, n.º 2). As alterações resultaram essencialmente de acordo entre o PS e o CDS, como se pode concluir das declarações de Maria de Belém de Roseira, anos mais tarde (DAR n.º 58/X/1, 2005/10/22, p. 2656). Com as alterações introduzidas, a proposta foi aprovada na Assembleia da República, em 17 de Junho de 1999, com votos a favor do PS e do CDS, votos contra do PCP e do PEV e a abstenção do PSD, dando origem ao Decreto n.º 415/VII.

Porém, o decreto foi vetado pelo Presidente da República, Jorge Sampaio, em 30 de Julho de 1999 (DAR, II série-A, n.º 82/VII/4, p. 2316). O veto ocorreu por pressão da comunidade científica, como se conclui pelas posições expressas pela Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução, pela Sociedade Portuguesa de Genética Médica, pelo Colégio de Genética Médica da Ordem dos Médicos, pela Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução e pela Associação Portuguesa de Bioética (2005: p. 3), que, entre outros motivos expressos, discordaram da norma que permitia a identificação da ascendência biológica (cf. também: Maria de Belém Roseira, 2007, p. 55-56; Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, DAR II-Série-A, n.º 59-X-1, 2005/10/22, p. 14; Projecto de Lei n.º 141/X (BE) – Exposição de motivos, DAR II-Série-A, n.º 34-X-1, 20/07/2005, p.62). O Decreto já não foi reapreciado naquela legislatura devido à proximidade das eleições legislativas (cf. António de Almeida Santos, DAR, I série, n.º 105/VII/4, 1999/09/02, p. 4).

2.1.4. Aprovação da Lei 32/2006

Na IX legislatura, BE, PS e PCP apresentam projectos de lei que, todavia, nunca chegaram a ser discutidos e caducaram com a interrupção da legislatura. Na legislatura

seguinte, os mesmos três partidos apresentaram novamente os seus projectos, aos quais se juntou uma iniciativa do PSD. Motivada por estas iniciativas, a Comissão Parlamentar de Saúde promoveu, em Janeiro de 2006, a audição a várias entidades sobre o tema. Posteriormente, criou-se, na mesma Comissão, um grupo de trabalho integrado por deputados de todos os grupos parlamentares com assento na Comissão de Saúde e presidido Maria de Belém de Roseira. O texto elaborado pela Comissão foi aprovado, em votação final global, no dia 25 de Maio de 2006, dando origem ao Decreto da Assembleia da República n.º 64/X. Nesse mesmo dia, deu entrada na Assembleia da República uma petição, subscrita por mais de setenta e oito mil cidadãos, solicitando a realização de um referendo sobre a matéria. Antes da votação, o CDS-PP apresentou um requerimento solicitando o seu adiamento, pelo prazo de uma semana, mas o pedido foi rejeitado, com votos contra do PS, do PCP, do BE e do PEV, e votos a favor do PSD, do CDS-PP e de uma deputada do PS. O Decreto aprovado na Assembleia foi, posteriormente, referendado pelo Presidente da República Cavaco Silva que, não obstante, o fez acompanhar de uma mensagem à Assembleia, com chamadas de atenção dirigidas fundamentalmente à protecção da vida embrionária.

Deste processo resultou a Lei 32/2006, publicada no dia 26 de Julho. Um grupo de deputados veio a requerer a declaração de inconstitucionalidade da lei, com fundamento em inconstitucionalidade formal e violação da Lei Orgânica do Referendo – por a votação na Assembleia da República ter desconsiderado a petição de referendo de iniciativa popular –, e ainda em inconstitucionalidade material de diversas das suas normas, incluindo as que permitem a procriação heteróloga e consagram o anonimato do dador. Pelo Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, o Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade formal da lei nem a inconstitucionalidade de nenhuma das suas normas.

2.2. As soluções legais: procriação heteróloga, anonimato do dador, heteroparentalidade

Numa análise sumária à Lei 32/2006, destacam-se algumas soluções legislativas. Em primeiro lugar, as técnicas de procriação assistida, mesmo as homólogas, são, à luz

da lei, um método subsidiário, e não alternativo, de procriação (artigo 4.º, n.º 1), podendo ser utilizadas apenas mediante diagnóstico de infertilidade, ou para tratamento de doença grave, ou ainda existindo risco de transmissão de doenças (artigo 4.º, n.º 2). Portanto, o recurso às técnicas de procriação não pode decorrer de uma mera opção da pessoa que pretende ser pai ou mãe. Por outro lado, a biparentalidade e a heterossexualidade são condições de acesso à procriação assistida, só podendo recorrer às técnicas casais de sexo diferente, com relação estável, isto é, casadas ou vivendo em união de facto entre si (artigo 6.º, n.º 1), excluindo-se, portanto, quer os casais de pessoas do mesmo sexo quer as pessoas fora de um contexto de conjugalidade. Também por aqui, ao não se admitir o acesso à procriação assistida a pessoas fora de um contexto de conjugalidade heterossexual, se conclui o carácter subsidiário do recurso à procriação assistida.

Contudo, ficou consagrada a possibilidade de recurso à procriação heteróloga (artigos 10.º, 19.º e 27.º), embora com carácter subsidiário relativamente à homóloga, já que as técnicas com dador só podem ser utilizadas se, face aos conhecimentos médico-científicos disponíveis, não for possível obter-se a gravidez com recurso a técnicas homólogas. Existe, portanto, uma dupla subsidiariedade: da procriação assistida em relação à procriação natural e das técnicas heterólogas relativamente às técnicas sem recurso a dador (artigos 4.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1).

Afasta-se o estabelecimento de qualquer vínculo de filiação entre a criança fruto das técnicas heterólogas e o dador (artigo 10.º, n.º 2), estabelecendo-se a filiação relativamente ao cônjuge ou unido de facto que prestou consentimento. Na ausência de consentimento lavra-se registo de nascimento apenas com a maternidade, não se aplicando o disposto nos artigos 1864.º a 1866.º do Código Civil, o que se justifica por o dador não ser considerado progenitor e o companheiro não ter dado o seu consentimento. Acresce que a paternidade pode ser impugnada pelo marido ou por aquele que viva em união de facto com fundamento em ausência de consentimento ou na circunstância do filho não ter nascido da inseminação para que o consentimento foi prestado. Em suma, a filiação nunca se estabelece relativamente ao dador e carece de consentimento para se estabelecer relativamente ao cônjuge ou unido de facto. Não obstante, é atribuída relevância à paternidade biológica para efeitos de impedimentos matrimoniais (artigo 15.º, n.º 3).

A lei de procriação assistida estabelece como regra o anonimato do dador, mas prevê exceções. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida pode fornecer dados de natureza genética (excluindo a identificação do dador) por razões médicas comprovadas, e identificar situações de impedimento matrimonial. Pode mesmo ser permitida a identificação do dador em situações excepcionais – razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial – sem necessidade do seu consentimento (artigos 15.º, n.º 4, e 30.º, n.º 2, alínea i)).

Capítulo 3. Questionar a procriação e a parentalidade

As iniciativas legislativas das diversas legislaturas, que, em geral, admitiam a utilização de técnicas de procriação com recurso a dador e abriam uma excepção relevante ao critério genético de parentalidade, suscitaram debates paralelos nos sistemas político e jurídico. Entre os políticos, sempre dominou a aceitação das técnicas heterólogas, foi essa a solução consagrada na lei e o único projecto a não admitir a procriação com recurso a dador foi o do PSD, embora admitisse a adopção de embriões. De salientar, contudo, que o PS, quer na iniciativa apresentada pelo governo em 1997 quer nos projectos de lei apresentados nas IX e X legislaturas, impunha que um dos membros do casal beneficiário contribuísse com os seus gâmetas.

Os juristas, pelo contrário, tendem a rejeitar a intervenção de um dador relativamente ao qual não se possa estabelecer uma relação de filiação. Defende-se que a estreita relação entre filiação e vínculo biológico só deve ser quebrada pelo vínculo adoptivo, excepção aceitável pelo valor social deste instituto em prol do interesse da criança. Entre os juristas cuja posição analisei, os únicos a considerar admissível a procriação com recurso a dador são Duarte Pinheiro e Pamplona Corte-Real. Numa posição ambígua, João Loureiro considera que se trata de “uma esfera em que cabe à comunidade política decidir”, entendendo que a Constituição nem veda o recurso às técnicas heterólogas nem impõe a sua aceitação (2006b, p. 20).

Há uma forte polémica doutrinal sobre se a procriação assistida com dador deve ser aceite como um modo de constituição do vínculo filial. Alguns juristas, como Leite de Campos, alegam a exclusividade da dimensão biológica da relação de filiação, defendendo que a procriação heteróloga “introduz uma paternidade fictícia” (2008: p. 79). Para Leite de Campos, “A filiação é hoje, e sempre foi, uma relação assente na biologia. Tem-se entendido que está em causa um elemento fundamental do estatuto jurídico da pessoa humana, da sua dignidade natural: ser filha dos seus pais biológicos – e não de quem o legislador entenda.” (2008: p. 84). Francisco Aguilar também enfatiza a preponderância do critério biológico, defendendo que “deverão os conceitos constitucionais de paternidade, maternidade, filhos e família (na perspectiva filial) ser

entendidos na sua acep o biológica.” (2000: p. 665), e admitindo como única excep o a adop o, por também ter protec o constitucional. Para Francisco Aguilár, existe um *numerus clausus* filial resultante do artigo 36.  da Constitui o, que impõe ao legislador ordinário legislar “no sentido da interdi o do recurso   procria o assistida com recurso a dador” (2000: p. 674). Concretiza esta ideia argumentando que o legislador constituinte n  remete para a lei ordinária os requisitos da filia o, ao contrário do que acontece com os requisitos do casamento, como resulta do artigo 36.  da Constitui o, “o que, mais um vez, salienta o facto de a filia o natural se impor ao Estado como algo de pr -jurídico, inerente   natureza humana e como tal insusceptível de ‘experimentalismos’ privatistas pseudo-sociológicos. Ao Estado e   sociedade caberá, apenas, proteger a filia o natural nos termos do n.  1 do art. 67.  da C.R.P.” (2000: p. 664). Entende ainda que o direito ao conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica directa prevalece sobre qualquer outro, sendo inconstitucional o anonimato do dador “por negar os direitos de conhecimento da ascendência e descendência biológicas directas” (2000: p. 708).

O entendimento mais extremado na defesa do carácter exclusivamente biológico dos laços de filia o   desenvolvido por Rafael Reis que se refere aos laços de filia o com o dador como “vínculos falsos” (2008: p. 452) e defende que a pessoa gerada com recurso a técnicas heteróloga deve ter a possibilidade de impugnar esses vínculos e até, em certas circunstâncias, de estabelecer o vínculo de filia o relativamente ao dador (2008: p. 501). Sublinhando a essencialidade do direito ao conhecimento das origens genéticas, Rafael Reis retira da  três níveis de consequências: (1) o direito da pessoa gerada   obten o de informa o que permita a identifica o do dador; (2) a faculdade de impugnar os vínculos estabelecidos em rela o aos beneficiários no caso de procria o heteróloga; (3) o estabelecimento dos vínculos relativamente ao dador, no caso de procedência da ac o de impugna o e se o dador der o seu assentimento (2008: p.501).

Contrariando estes entendimentos, Oliveira Ascensão defende que actualmente há três formas de vínculo de paternidade: natural, adoptiva, e por insemina o artificial consentida pelo cônjuge (2000: p. 660-661). Em sentido idêntico parece ir Tiago Duarte para quem a rela o de filia o decorrente da procria o assistida constitui um novo tipo vínculo filial que se baseia no consentimento (2003: p. 63). Também para Fernando

Araújo é certa a paternidade do marido que consente na procriação heteróloga, e para Oliveira Ascensão o dador não é pai por ausência de projecto de parentalidade; entendendo estes dois juristas que a procriação com dador constitui uma nova forma de filiação. No mesmo sentido, Pamplona Corte-Real considera que as disposições legais sobre procriação heteróloga consagram “uma nova modalidade de constituição de vínculo de filiação [...] situada bem ao lado da filiação biológica e da filiação adoptiva” (2005: p. 103).

Apesar das dissonâncias quanto à admissibilidade da procriação heteróloga, juristas e políticos não discordam quando se trata de lhe atribuir carácter meramente subsidiário. O debate político, apesar da aceitação das técnicas com dador, sempre foi marcado pela preocupação em garantir o carácter excepcional da sua utilização, mesmo relativamente às técnicas homólogas. Nenhum dos partidos optou por permitir o acesso à procriação assistida como forma alternativa de procriação, já que mesmo para os políticos que sublinham, no seu discurso, a diversidade de modos de constituição da família – o que, neste contexto, se consubstanciou na defesa do acesso por mulheres fora de um contexto de conjugalidade, concretizada nos projectos do BE e do PCP –, acabou sempre por se impor como condição de acesso a existência de uma situação de infertilidade ou de doença genética ou infecciosa.

Este conjunto de posições, quer as contrárias às técnicas heterólogas quer as que as aceitam mas com carácter subsidiário, está directamente relacionado com a proibição de acesso às técnicas por parte de pessoas sós ou de casais do mesmo sexo, o que pressuporia, no caso das mulheres, o recurso a dador de esperma, ou, no caso dos homens, o recurso a dação de ovócitos conjugado com maternidade de substituição. Embora, sendo tecnicamente possível que as pessoas nestas condições acedam à procriação, legalmente, como resultado de um quase consenso nos sistemas político e jurídico, tal é proibido em Portugal. É quase unânime que só deve ser permitido o acesso à procriação assistida a casais estáveis de sexo diferente. As vozes dissonantes são, entre os juristas, Pamplona Corte-Real, que defende o acesso quer por mulheres quer por casais do mesmo sexo, e, entre os políticos, os deputados do BE e do PCP que, nos seus projectos de lei, propunham o acesso por mulheres fora de um projecto de conjugalidade. Porém, nos textos dos projectos destes partidos, exigia-se um diagnóstico de infertilidade, pelo que também aqui se excluía, embora apenas de forma

implícita, a homoparentalidade e mesmo a monoparentalidade. A exposição de motivos do projecto do PS apresentado em 2005, à semelhança do que já acontecera em 2002, continha uma tímida abertura à possibilidade de acesso às técnicas de procriação a pessoas fora de um contexto de conjugalidade heterossexual, pois, embora prevendo que apenas os casais heterossexuais estáveis pudessem aceder às técnicas de procriação, incluía a referência “a não ser em situações muito excepcionais”. Todavia, nenhum dos articulados concretizava esta excepção.

Controvérsia maior incide sobre a questão da identificação do dador. Durante o processo que conduziu à aprovação do texto da Lei 32/2006, a garantia do anonimato pareceu ser uma questão essencial para o PS, ao ponto de fazer depender a dádiva de ovócitos – e atendendo à “impossibilidade técnica de congelar os gâmetas femininos de forma idêntica à dos gâmetas masculinos” – da efectiva garantia de anonimato dos intervenientes (cf. Exposição de motivos, p. 22, e artigo 24.º do projecto de lei). O texto do PCP tinha norma idêntica mas alargada à dádiva de embriões e de esperma (artigo 25.º, n.º 1). Por outro lado, ambos os textos previam uma punição para a violação do anonimato com pena de prisão até dois anos (artigo 32.º no texto do PS, e artigo 35.º no texto do PCP). É de realçar, contudo, que, em 1999, durante a VII legislatura, no decurso do processo legislativo que culminou no Decreto que veio a sofrer o veto presidencial, o PS, cujo projecto inicial previa o anonimato do dador, acordou incluir a regra de identificação do dador. Essa posição terá resultado de uma cedência do PS nas negociações com o CDS para garantir a aprovação do diploma, e foi uma das motivações para o veto presidencial. Em 2002, e apesar do veto, os socialistas incluíram a regra de identificação do dador na sua iniciativa, mas viriam a abandoná-la rapidamente propondo o anonimato, numa substituição ao texto original da iniciativa ainda antes de qualquer votação (DAR II – série A, n.º 29/IX/1).

A discordância sobre a procriação heteróloga não impediu os deputados do PSD de se pronunciarem sobre o anonimato, centrando mesmo sobre esta questão o essencial das suas preocupações, como se conclui da declaração de Luís Marques Guedes: “O nosso voto de abstenção tem [...] a ver com [...] o facto de — e, para nós decisivo —, em sede de Comissão, ter sido possível, apesar de tudo, minorar os efeitos perversos da aceitação da fecundação heteróloga, retirando a inaceitável proposta do anonimato.”

(declaração de voto, plenário de 17 de Junho de 1999, DAR I série, n.º 95/VII/4, 1999/06/18, pp. 35).

No sistema jurídico é maioritária a posição segundo a qual, num processo de procriação heteróloga, deve ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador por parte da pessoa gerada a partir dessas técnicas. Sintetizando, é possível distinguir três posições nesta matéria: (1) direito ao conhecimento da informação genética relevante (sem conhecimento da identidade); (2) direito ao conhecimento da ascendência genética (origens), que não implica, necessariamente, o estabelecimento da filiação; (3) direito ao estabelecimento da filiação, o que pressupõe o conhecimento das origens. A doutrina jurídica defende maioritariamente a consagração da possibilidade de identificação do dador, mas sem estabelecimento de vínculo legal de filiação. Poucos são que defendem o acesso à mera informação sobre a constituição genética dos ascendentes biológicos; é o caso de Ana Paula Guimarães que considera haver um interesse do dador ao anonimato e que para salvaguardar o direito à identidade pessoal basta a descrição dos principais caracteres genéticos do dador; João Álvaro Dias entende que o anonimato garante a estabilidade emocional familiar; e Guilherme de Oliveira sublinha que o dador age na expectativa de não ser conhecido. Expressando posições claramente opostas, Francisco Aguiar e Rafael Reis propõem o estabelecimento de vínculo legal com o dador, embora apenas sob determinadas condições.

Aprofundando aqui a elaboração de Rafael Reis sobre a questão, vemos que, para este jurista, o direito ao conhecimento das origens biológicas, embora não consagrado expressamente na Constituição portuguesa, deve ser “erigido a partir da tutela que a nossa Lei Fundamental oferece à dignidade da pessoa humana, aos direitos à identidade e à integridade pessoal e ao direito ao desenvolvimento da personalidade” (2008: p. 68). Relativamente ao vínculo de paternidade do marido (ou unido de facto) da beneficiária, entende Rafael Reis que, “em bom rigor, não estamos perante uma verdadeira presunção legal de paternidade” mas sim “perante uma ficção jurídica, um caso de determinação legal da paternidade”, pois não assenta “em qualquer juízo de probabilidade biológica” (p. 444). De facto, “Os termos em que a presunção de paternidade do marido da mãe é construída no Código Civil assenta [...] num juízo de probabilidade legal quanto à verdade biológica dessa circunstância” (p. 449), enquanto

que a presunção da Lei 32/2006 assenta “num deliberado (legal) desvio à verdade biológica” (p. 449). Face a este desvio, defende que “a possibilidade de eliminação dos vínculos falsos constitui uma dimensão mínima de tutela do direito ao conhecimento das origens genéticas, pelo que deve assegurar-se ao filho a possibilidade de proceder a essa impugnação”, o que não lhe garante, porém, “o preenchimento dos pressupostos para o subsequente estabelecimento do vínculo de paternidade, na medida em que a lei protege o dador quanto a esses efeitos”. Considera, mesmo assim, que não dar ao filho “a possibilidade de, pelo menos, afastar um vínculo falso, parece ser [...] uma solução demasiado violenta na óptica do direito ao conhecimento das origens genéticas, e a Lei 32/2006 não manifesta qualquer repúdio, por mais ténue que seja, a esta impugnação” (p. 452). Sublinha ainda Rafael Reis que “as soluções que resultam do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006” são de duvidosa constitucionalidade porque deixam “uma reduzidíssima margem de concretização ao direito ao conhecimento das origens genéticas em sede de PMA heteróloga” (p. 475); por esse motivo, defende que “o legislador português, cumprindo a sua vinculação à tutela do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas, deveria ter optado pela regra da admissibilidade, como ponto de partida, do conhecimento da identidade do dador [...], faculdade que apenas deveria ser paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a protecção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinassem. Assim sendo, a invocação de ‘razões ponderosas’, ao invés de servir para justificar excepcionalmente a quebra do anonimato, corresponderia a um apelo, por parte do dador, a uma cláusula de salvaguarda que evitasse a revelação da sua identidade, nos casos em que, comprovadamente, ela lhe causasse um prejuízo maior do que aquele que a efectivação do direito a conhecer as origens genéticas visa evitar” (p. 477). Quanto à proibição de estabelecimento dos vínculos parentais relativamente aos dadores, considera que este ponto máximo de tutela que o ordenamento jurídico pode oferecer em sede de direito à historicidade pessoal “deverá aceitar as restrições que se justifiquem perante a necessidade de tutelar outros valores desde que não se ofenda o seu limite mínimo de tutela [... . . .] aceitar-se-á a referida restrição tendo em vista a tutela do direito geral dos casais inférteis a recorrer à PMA (que [...] encontra ressonância constitucional), desde que se assegure um sistema que garanta uma realística possibilidade de acesso à

identidade do dador [...].” (p. 480). Questiona, porém, a imperatividade da solução legal que impede o estabelecimento dos vínculos relativamente aos dadores “quando os envolvidos estejam de acordo quanto ao estabelecimento dos vínculos e já não haja que considerar a posição de terceiros. Por exemplo, se o filho impugna a paternidade falsa estabelecida por presunção, descobre a identidade do dador de sémen e este aceita perfilhá-lo não compreendemos a bondade material de uma eventual solução que impeça esse estabelecimento. Os preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que protegem os dadores do estabelecimento dos vínculos jurídicos devem ser interpretados de modo a não afastarem a possibilidade do seu estabelecimento, nestas situações de concordância de vontades após a descoberta, por qualquer razão, da identidade daqueles [...]. Desde que, obviamente, não esteja estabelecido outro vínculo de maternidade ou paternidade.” (p. 480-481).

3.1. Os argumentos mobilizados

Durante o processo legislativo, foram vários os discursos mobilizados para a discussão pública. Estão em causa um conjunto de liberdades individuais, em especial, o direito à procriação, decorrente do direito a constituir família. Não se trata aqui apenas do direito à maternidade e à paternidade, porque tal direito pode ser garantido pela adopção, mas sim do acesso a esses direitos por via da procriação. Discute-se se estes direitos conflituam com o interesse da criança e, em caso afirmativo, qual deve prevalecer. Por outro lado, discute-se quem deve ter acesso a tais direitos: só casais estáveis de sexo diferente ou também mulheres sozinhas; a possibilidade de acesso por casais do mesmo sexo não foi sequer introduzida no debate político. No cruzamento destas questões, sobressai ainda um interesse público em disciplinar as relações familiares e a reprodução. Importa, pois, aprofundar os argumentos utilizados pelos diversos intervenientes.

3.1.1. Combate à esterilidade

A Lei 32/2006 trata a procriação assistida como um recurso médico para solucionar um específico problema de saúde: a infertilidade. Desde 1997, a propósito da proposta de lei 135/VII, até 2006, com a aprovação da Lei 32/2006, esse parece ser o principal argumento mobilizado pelos políticos para justificar a necessidade de disciplinar e garantir o acesso às técnicas de procriação assistida. Em particular, os deputados do PS, do PCP e do BE afirmam tratar-se de um problema de acesso à saúde. Por exemplo, Bernardino Soares, na discussão na generalidade em 1997, defendeu que “A infertilidade é um problema de saúde grave. [...] O tratamento da infertilidade não é, não deve ser encarado como um capricho, como algo de supérfluo ou acessório. O tratamento médico da infertilidade é um direito, que é o mesmo que dizer que, a par de outras formas de tratamento, o recurso à procriação medicamente assistida deve ser garantido a quem sofre daquela patologia. (DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, p. 46) (cf. também Alberto Marques, discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 26-7; Bernardino Soares, na discussão sobre a proposta de referendo, DAR I série n.º 20, 2006/11/16, p. 59; Projecto de Lei n.º 151/X, Exposição de Motivos, DAR II-Série-A, N.º 47-X-1, 07/09/2005, p. 22). Porém, é preciso notar que, muitas vezes, a discussão política sobre a procriação assistida não distingue entre técnicas homólogas e heterólogas. Ora, se para as primeiras se aceita, sem controvérsia, que constituem uma solução médica para a resolução dos problemas da esterilidade, já quanto às heterólogas não é pacífico, entre os políticos, que se trate verdadeiramente de uma forma de cura desse problema de saúde e, portanto, que exista essa justificação médica para a sua utilização. Efectivamente, o recurso a gâmetas de dador é por vezes entendido como uma forma de responder ao desejo de procriar, contornando o problema da esterilidade sem o resolver. Não é fácil identificar o posicionamento dos partidos perante esta questão. Tomando como exemplo a posição do BE, umas vezes afirma-se que a procriação assistida, incluindo a heteróloga, tem como única finalidade resolver a infertilidade: “Que fique claro: as técnicas de procriação medicamente assistida têm uma única finalidade, a de resolver os problemas de todos — repito, «todos» —, pessoas e casais, que sofrem problemas de infertilidade. A procriação medicamente assistida não é um método alternativo de acesso à

maternidade ou à paternidade, é, antes, um conjunto de actos médicos que respondem a uma situação médica. (Ana Drago, DAR, I Série, n.º 58, 2005/10/22). Porém, na exposição de motivos do seu projecto, o mesmo partido parece aceitar a ideia segundo a qual as técnicas heterólogas não constituem uma forma de cura para os problemas reprodutivos: “a infertilidade pode actualmente ser tratada e, nos casos em que assim não acontece, pode garantir-se aos interessados uma alternativa para a maternidade e paternidade.”. As posições do PS e do PCP também não são claras; apontam a existência do problema mas, utilizando o argumento de forma genérica, não esclarecem a sua perspectiva quanto à especificidade da procriação heteróloga em matéria de combate à infertilidade. Posição clara têm, pelo contrário, os deputados do PSD, que não consideram as técnicas heterólogas uma forma de tratamento da infertilidade (cf. Carlos Andrade Miranda, DAR I série n.º 20, 2006/11/16, p.55; Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito, Poças Santos, declaração de voto, DAR I série, n.º 95, p. 56-57).

Poucos são os juristas que concordam com o recurso à procriação heteróloga como forma de combate à infertilidade. O exemplo mais expresso é o de Pamplona Corte-Real, para quem a infertilidade é “uma maleita, um padecimento a que a dação de sémen ou de ovócitos visa fazer face, tão só no plano médico” (2005: p. 100). Também Guilherme de Oliveira parece ter entendimento semelhante: “o fornecedor de esperma [...] é o interveniente responsável e utilíssimo num processo novo que se destina fundamentalmente a suprir a esterilidade masculina, ou a evitar o receio de transmissão de doenças hereditárias graves, em casais tristes pela ausência de filhos.” (1998: p. 500). A maioria dos juristas rebate este argumento defendendo que as técnicas heterólogas não curam a infertilidade, apenas permitem a obtenção de um filho recorrendo a gâmetas de terceiros. Na opinião de Oliveira Ascensão, “quando a infertilidade não puder ser superada por técnicas de procriação medicamente assistida aplicadas ao casal [...], a anomalia não se elimina criando outra anomalia, que é a resultante da procriação heteróloga.” (2008: p. 18-19). Para Francisco Aguilar, o direito à saúde esgota-se na utilização subsidiária das técnicas homólogas, “pois a cura da esterilidade não passa pelo reconhecimento da ascendência natural relativamente aos filhos de outrem” (2000: p. 707). Também Leite de Campos (2008: 86) e Stela Barbas consideram que a procriação heteróloga não é cura da esterilidade.

3.1.2. Direito à procriação

Os argumentos do debate sobre a procriação assistida como acto médico são, no essencial, transpostos para um outro acerca da amplitude do direito à procriação e à constituição de família, onde se confrontam duas ideias: aquela segundo a qual a imposição constitucional de regulamentar a procriação assistida surgiu com o intuito de prever um conjunto de procedimentos que incrementem o acesso ao direito à procriação; e outra com base na qual se sustenta que o preceito constitucional surgiu essencialmente como uma necessidade de impor limites a esses procedimentos. Para alguns deputados está claramente em causa o direito à procriação: Vital Moreira no processo da 4.^a revisão constitucional defendeu, desde logo, que a regulamentação pretende garantir o direito a ter filhos, tendo como limite a salvaguarda da dignidade humana (Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, II Série - RC – N.º 89, 1997/05/14). Também para Alberto Marques, é incumbência do Estado garantir o direito à procriação, enquadrando a procriação artificial entre os métodos de planeamento familiar e nas tarefas do Serviço Nacional de Saúde (discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 25-6). Já para Barbosa de Melo está claramente em causa a necessidade de impor limites à utilização das técnicas de procriação assistida, por considerar que a procriação com recurso a dadores viola “a exigência constitucional segundo a qual a lei da procriação assistida visa ‘proteger a família’” (discussão na generalidade, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 48). Considera, este deputado, que se trata de regular uma "inevitabilidade" ou mesmo uma "fatalidade", sendo que “Para um legislador prudente e avisado o que há a fazer é, pois, regular a aplicação da tecnociência à geração ou gestação humanas de forma a proibir as modalidades que sejam intoleráveis à luz dos valores éticos e jurídico-constitucionais mais cimeiros” (Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, 1997, p. 1249). Também para Pedro Roseta, é necessário “afirmar que os limites a estabelecer não podem ser apenas os da possibilidade técnica da realização. Nem tudo o que é tecnicamente possível pode ou deve ser feito” (discussão na generalidade, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, p. 51). Em sentido idêntico, Maria José Nogueira Pinto, sublinha a importância de “preencher esse vazio

legal de forma a criar limites éticos à utilização da ciência e da tecnologia que, no nosso entendimento, estão ao serviço da dignidade do ser humano e não o ser humano ao serviço desse desenvolvimento científico e tecnológico.” (declaração de voto oral, plenário de 17 de Junho de 1999, DAR I série, n.º 95/VII/4, 1999/06/18, pp. 36). Esta parece ser, de facto, uma preocupação dominante entre os políticos que pautou também a proposta de lei apresentada pelo Governo em 1997: “[...] a inércia legislativa, independentemente do quadrante jurídico em que tenha lugar, representa só por si uma escolha de valores. Sem lei, os limites, excepção feita à ética, à moral e à consciência individual, são apenas os do tecnicamente possível. Ora, não é de excluir que sectores socialmente significativos possam ser, relativa ou absolutamente, insensíveis a imperativos de consciência, porque seduzidos por uma mirífica onnipotência dos progressos técnicos e das suas eventuais benesses. Se em cada sociedade há grupos que não concebem a técnica sem ética, outros haverá para quem o carácter eminentemente instrumental da técnica acaba por ser absolutizado e erigido a categoria que só à ética deve caber: ser um fim em si mesma.” (DAR, II série-A, N.º 69/VII/2, p. 1324).

Por ilustrar uma tentativa de síntese entre o elogio ao progresso científico e a necessidade de avaliar e limitar os efeitos desse progresso, transcrevo aqui uma intervenção de Bernardino Soares na discussão na generalidade da proposta de lei apresentada em 1997: “A evolução da ciência e da técnica na área da reprodução medicamente assistida é, provavelmente, um dos mais fascinantes caminhos percorridos pela Humanidade nas últimas décadas. [...] E isto é inegavelmente progresso! É progresso no conhecimento, na busca constante de uma maior proximidade da verdade científica. É progresso na diminuição do sofrimento e das dificuldades do homem, o que é, afinal, o objectivo de toda a evolução científica. Por isso, a investigação científica é em si um facto positivo e deve ser estimulada. [...] A história da Humanidade fez-se sempre, e continuará a fazer-se, do aproveitamento do progresso científico e técnico, que é progresso humano, em prol da Humanidade, da resolução dos seus problemas e da melhoria das suas condições de vida. [...] A ponderação a fazer das soluções que, finalmente, acabem por vigorar deve ter como pano de fundo a vantagem para a Humanidade dos avanços científicos e técnicos, que não é contraditória com a sua regulação por princípios justos. O que é preciso garantir é o caminho sem temores para o progresso e para uma vida melhor para homens e mulheres”. Bernardino Soares

ressalva, porém, que tal “não significa que nos devemos conformar em absoluto com as novas realidades que a investigação científica e técnica nos proporciona. O avanço científico deve ser avaliado passo a passo, à luz dos princípios que perfilhamos, o que é bem diferente de limitar a priori a busca de novas respostas e novas soluções.” (DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 46-47).

O direito à procriação tem como suporte fundamental o artigo. 36.º da Constituição: direito fundamental de constituir família. Parece ser consensual na doutrina jurídica que o direito a constituir família se concretiza em dois direitos distintos e independentes: o direito a contrair casamento e o direito a procriar: “O art. 36.º, n.º 1 da CRP, ao antepor o direito a constituir família ao direito a contrair casamento, parece legitimar a tutela constitucional do direito a procriar, autónoma mesmo da tutela ao casamento” (Corte-Real, 2005: 101). Porém, a doutrina jurídica discute, pelo menos desde o início da década de 1990, se o direito a procriar abrange o recurso às tecnologias de reprodução assistida. Socorro-me aqui da análise de Guilherme de Oliveira, para melhor enquadrar a questão: “Julgo razoável afirmar que há um direito fundamental de procriar tanto segundo os velhos métodos como recorrendo à procriação assistida. O art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República estabelece que ‘Todos têm o direito de constituir família...’ este preceito – no significado mais próprio – quer dizer que todos têm o direito de ter filhos e de ver os laços biológicos reconhecidos pelo sistema jurídico. [... . . .] a liberdade fundamental de transmitir a vida não deve deter-se apenas porque, num caso especial, o exercício dessa liberdade carece de um auxílio médico [... . . .] o ‘direito ao filho’ pode ser entendido como um direito fundamental de todos os cidadãos, sob a forma de uma liberdade constitucional, impondo ao Estado o dever de se abster e a obrigação de assegurar as condições mínimas de exercício [...]” Guilherme de Oliveira reconhece, porém, que existem dois direitos em conflito, pelo que, embora considerando que “a natureza de ‘liberdade fundamental’ impõe que o livre acesso a todos os métodos de procriação assistida seja reconhecido”, ressalva a existência de “limitações a estas regras de universalidade e de admissibilidade plena de todos os métodos”, entendendo que “fica a ideia de que esta liberdade fundamental se pode afirmar apenas com referência ao combate contra um modo particular de ausência de saúde – a esterilidade (ou, por extensão, o perigo de transmissão de doenças graves).” (1990: p. 34-43).

Porém, são muitos os juristas que relativizam a importância, e defendem uma interpretação mais restritiva, do direito à procriação. Francisco Aguilar considera que o direito a procriar deve ser entendido como o direito à descendência biológica directa e não como o reconhecimento da ascendência relativamente a filhos não biológicos – “filhos de outrem”, nas suas palavras – até, porque, como refere, a procriação heteróloga “não constitui forma de suprimento da insuficiência fisiológica reprodutiva”, donde retira a inexistência de um direito fundamental à procriação com recurso a dador (2000: p. 672-673). Outros juristas defendem que o direito a procriar não pode ser satisfeito pela instrumentalização de outra pessoa: “não me parece admissível que se atribua à vontade do casal a onipotência de ultrapassar todos os limites, sobretudo quando este limite é um ser humano.” (Leite de Campos, 2008: p. 85). Duarte Pinheiro também considera “que o direito a procriar está limitado pelo interesse da futura criança.” (2008: p. 245). Há aqui, segundo esta perspectiva, um confronto entre o direito do adulto a procriar e o interesse da criança. Também Paulo Otero considera que a procriação heteróloga não se incluiu no direito a procriar previsto no art. 36.º da Constituição. Por seu lado, Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram duvidoso que o direito a procriar envolva o direito à procriação heteróloga (1993: p. 223), à semelhança de Fernando Araújo que considera duvidoso haver um direito a procriar por estar ligado a um “dom da natureza” (1999: p. 20-21), ressalvando, contudo, que ultrapassar a infertilidade do homem e evitar a transmissão de doenças são vantagens da procriação assistida (1999: p. 24). Por outro lado, segundo Rafael Reis, “esse direito fundamental a constituir família deve abranger o direito dos cidadãos a recorrer às técnicas de procriação, mas talvez apenas tutele directamente esse direito no que respeita aos casais heterossexuais com união estável e inférteis, na medida em que deve reconhecer-se o carácter subsidiário das técnicas de PMA enquanto projecto subjectivo de procriação” (2008: p. 375).

Posição contrária tem Duarte Pinheiro, para quem a proibição das técnicas heterólogas “nega o exercício do direito de procriar ao membro do casal (que pode fazê-lo, com gâmetas próprios) enquanto estiver unido ao outro.” (2005: p. 775). Considera, mesmo, que “o biologismo não é um valor absoluto”, acentuando que é “até a exclusão total dos processos heterólogos que é susceptível de contribuir para a desagregação do casal”, na medida em que nega o referido exercício do direito de procriar. (2008: p. 230-

231). É também com base no direito à procriação, ou, em sentido mais amplo, no direito à constituição de família, que, segundo Pamplona Corte-Real, “parece inequívoco que um qualquer vínculo de ordem filial [com os dadores de gâmetas] não deve nem pode ocorrer. Não tanto, ou não somente pela ausência de um projecto enquanto progenitor, mas sobretudo por, ajustadamente crê-se, se ver na infertilidade uma maleita, um procedimento a que a dação de sémen ou de ovócitos visa fazer face, tão só no plano médico.” (2005: p. 100).

Todavia, como pano de fundo destas discussões está a posição consensual segundo a qual as técnicas de reprodução assistida apenas podem constituir um método subsidiário e excepcional de procriação, a usar quando as técnicas homólogas não sejam suficientes para resolver os problemas de infertilidade ou quando esteja em causa impedir a transmissão de doença grave ao nascituro.

3.1.3. O superior interesse da criança

A defesa dos interesses da criança é um argumento colocado frequentemente em confronto com o direito à procriação, entendendo-se, habitualmente, que este direito deve ceder perante aquele valor. Alguns políticos consideram que o recurso à procriação medicamente assistida deve ter como condição a garantia do desenvolvimento integral da criança, o que só pode ocorrer no seio de uma estrutura familiar biparental. É esta a posição do PS: “o recurso à procriação medicamente assistida deve assegurar à criança condições para o seu desenvolvimento integral, particularmente o direito a beneficiar da estrutura familiar, biparental, da filiação. Assim, só devem poder beneficiar das técnicas de procriação medicamente assistida casais heterossexuais, com estabilidade de relação” (proposta de lei do governo em 1997, exposição de motivos, p. 1325; cf. também o projecto de lei n.º 151/X - Exposição de motivos, DAR II-Série-A, N.º 47-X-1, 07/09/2005, p. 22). PSD e CDS são os partidos que mais frequentemente invocam a prevalência do interesse da criança; para Barbosa de Melo, “o critério geral de uma boa lei da procriação medicamente assistida deve assentar no reconhecimento de que a criança a procriar é, ela mesma, o centro de toda a valoração dos interesses [...]. Os interesses dos adultos [...] estão-lhe subordinados sempre e em qualquer caso.”

(discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 47); com posição semelhante, Duarte Lima explica que “valorizamos mais a criação das condições que, para nós, são fundamentais, que toda a criança que nasce deve ter. Ora, entre elas, para nós, em primeiro lugar está o direito legítimo de ter um pai e de ter uma mãe. Consideramos que esse direito é um direito superior, que do ponto de vista ético deve prevalecer em relação ao direito legítimo da mulher só.” (DAR n.º 58/X/1, 2005/10/22, p. 2646); já segundo Teresa Caeiro “a assistência deve ser prestada a pessoas casadas ou a pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto há mais de dois anos, desde que sejam maiores de 18 anos e que a mulher tenha até 45 anos ou o homem tenha até 55 anos. Esta limitação assenta num princípio fundamental em torno deste debate: o superior interesse do filho.” (DAR n.º 58/X/1, 2005/10/22, p. 2652). O PCP faz uma valorização diferente dos interesses em confronto: “Se a reprodução assistida é uma terapêutica para responder à questão da infertilidade, por que se excluem as mulheres que não vivem em situação conjugal? [...] Provavelmente, os defensores da solução da proposta de lei argumentam com a prevalência do direito à identidade do indivíduo nascido fruto da utilização destas técnicas. Neste caso, contudo, estão igualmente em causa outros direitos fundamentais, que são o direito à saúde da mulher e o seu direito a constituir família.” (Bernardino Soares, discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. p. 46).

O argumento é também mobilizado pelos juristas, que associam a noção de superior interesse da criança a duas expressões contidas na Constituição em matéria de direitos da família, para assim justificar o acesso às técnicas apenas por casais heterossexuais estáveis: “ambiente familiar normal” (artigo 69.º, n.º 2) e “paternidade e maternidade conscientes” (artigo 67.º, n.º 2 alínea d). Oliveira Ascensão entende que é do interesse da criança a integração num “meio familiar normal”, o que afasta o acesso por mulheres sós e por casais homossexuais (2000: 648), já que esse interesse não é salvaguardado “no ambiente desviante do par homossexual, nem no ambiente carente da pessoa sozinha” (2008: p. 18). Em sentido semelhante, Paulo Otero considera que há uma “proibição de privação deliberada de uma estrutura familiar normal”, donde retira que não é admissível que a criança seja privada de uma estrutura biparental de filiação, justificando-se, assim, a “exclusão da admissibilidade de homossexuais ou mulheres

solteiras terem acesso a qualquer processo de procriação artificial” (1999: p. 78-79). Paulo Otero chega mesmo a considerar de duvidosa constitucionalidade uma norma que permita o acesso por casais em união de facto por considerar discutível que a união de facto proporcione um ambiente familiar normal. Também Duarte Pinheiro considera que "Sendo o direito de procriar intrinsecamente limitado pelo interesse da criança, é compreensível que seja dada preferência ao seu exercício por aqueles que estão em melhores condições de proporcionar à criança vindoura 'um ambiente familiar normal'. A monoparentalidade não se enquadra na 'normalidade' do ambiente familiar que constitui um ideal constitucional para a infância" e considera que "a homossexualidade [...] continua a ser uma orientação minoritária que ainda não é tida como 'normal'. [...] Na óptica social dominante, é aconselhável que a parentalidade seja exercida por um casal 'mais padronizado', óptica que é constitucionalmente apoiada, por força da conexão que o artigo 69.º, n.º 2, [...] estabelece entre interesse da criança e 'ambiente familiar normal'". (2005: p. 772-773) (cf. também Pinheiro, 2008: p. 228). Já segundo Tiago Duarte, o legislador entende de forma constitucionalmente legítima que só os casais heterossexuais estáveis estão "em condições de assumir uma paternidade e maternidade conscientes" (1997: p. 37). E Francisco Manuel Fonseca de Aguiar (2000) refere-se à natureza pré-jurídica da filiação natural, enquanto algo inerente à natureza humana e à obrigação do Estado em proteger a filiação natural conforme prevê o artigo 67.º, n.º 1 da Constituição, e invoca ainda a noção de *família normal* a propósito da expressão *ambiente familiar normal* contida no artigo 69.º, n.º 2, referindo que "não é concebível a criação de uma família biologicamente disfuncional".

A voz dissonante é a de Pamplona Corte-Real, para quem o acesso por mulheres sós se justifica dada a proliferação de famílias monoparentais, e o impedimento de acesso às técnicas por parte de casais homossexuais é "atentatório dos princípios constitucionais da igualdade e do respeito pela liberdade de orientação sexual" (2005). Com o argumento semelhante, Guilherme de Oliveira parece também aceitar o acesso por mulheres sós (2004: 775-6).

3.1.4. Direito à identidade pessoal

Sendo certo que nenhum político questiona o carácter essencialmente biológico da parentalidade, acontece que alguns deputados valorizam muito essa dimensão, assim recusando a procriação heteróloga por entenderem que afecta o vínculo parental (cf. Carlos Andrade Miranda, DAR I série n.º 20, 2006/11/16, p.55-7). A principal preocupação centra-se na privação das raízes genéticas e da relação filial com o progenitor (Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito, Poças Santos, declaração de voto, DAR I série, n.º 95, p. 56-57). É também referido que o recurso a dador constitui uma “quebra da unidade procriativa do casal, pela intromissão de um elemento fundamental, portador de determinantes genéticos da pessoa vindoura, que lhe é estranho” (Pedro Roseta, discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 51). Estas posições são contestadas por deputados do PS, PCP e BE, que atribuem importante relevância ao elemento social. Francisco Louça, por exemplo, entende que “É muito retorcido pensar que o dador de um espermatozóide tem alguma relevância do ponto de vista da concepção e da vida concreta da criança, que conhece o seu pai e a sua mãe e que com eles vive desde o dia em que abre os olhos na maternidade.” (DAR n.º 58/X/1, 2005/10/22, p. 2655).

Uma linha de argumentação semelhante é mobilizada por alguns políticos para contestar o anonimato do dador, invocando-se que está em causa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores e alertando-se para as “consequências psicológicas e sociais resultantes da dissociação das paternidades genética e social” (Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito, Poças Santos, declaração de voto, DAR I série, n.º 95, p. 56-57). É também esta a linha de argumentação usada na petição dos deputados a requerer a declaração de inconstitucionalidade da Lei 32/2006.

Também entre os juristas, é invocado este direito para defender que a criança nascida de técnicas heterólogas deve poder aceder à identificação do dador, estabelecendo-se uma relação próxima entre o conhecimento do património genético e das origens biológicas com o direito à identidade pessoal consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição. O direito a conhecer a ascendência genética, como condição de concretização do direito à identidade pessoal, está, pois, no centro da discussão acerca da procriação assistida. Trata-se do que alguns autores referem como o direito à

historicidade pessoal (Gomes Canotilho, Vital Moreira, 2007: 462; Paulo Otero, 1999: p. 72-73; João Loureiro, p. 2006b: 48). Para Oliveira Ascensão (2007) “Um ser que nasce sem história, a partir de gâmetas anónimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado.”. Em sentido idêntico, afirma Stela Barbas que “O anonimato conduz, necessariamente, ao nascimento de uma pessoa sem raízes como um qualquer produto industrial” (1998: p. 174-5), acrescentando ainda que “O conhecimento das raízes genómicas permite [...] satisfazer necessidades do foro psicológico, na medida em que o desejo de saber as origens pode consubstanciar um elemento essencial para a integração psicossocial de determinados indivíduos.” (2008: p. 37, 40). Paulo Otero defende que o direito ao conhecimento da origem genética deve prevalecer sobre qualquer outro direito, sendo inconstitucionais as normas que vedem ao indivíduo o conhecimento sobre a forma como foi gerado ou o respectivo património genético, bem como o direito a conhecer a identidade dos progenitores (1999: p. 72-74). Também Diogo Leite de Campos (2006) considera inconstitucional a regra do anonimato: “deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica”; “Considero que o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse da pessoa que haja que proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, e que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem o direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano.”. Em sentido idêntico também Pedro Vaz Patto (2006: p. 129) e Jorge Duarte Pinheiro (2008: p. 233-234) entendem que a regra do anonimato viola o direito à identidade pessoal. Francisco Aguilar também infere o “direito fundamental ao conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica directa” dos direitos à identidade pessoal e à identidade genética: “Não duvidamos da existência de um direito fundamental ao conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica directa. [...] de que normas de direito fundamental directamente estatuída(s) pela Constituição poderemos inferir o direito fundamental ao conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica directa? Em nossa opinião, tal direito é adscrito aos direitos à identidade pessoal e à identidade genética. Do primeiro, concretiza a ideia de identidade pessoal relativa, na sua dimensão de historicidade pessoal, do segundo, ao densificar o primeiro, se

concretiza a ideia de estabelecimento da ascendência biológica directa.” (2000: p. 669-670). Para melhor sustentar a sua posição, Aguilar mobiliza o contributo teórico de Guilherme Oliveira: “Coube, entre nós, a Guilherme de Oliveira [*Critério Jurídico da Paternidade...*, p. 244], a primeira referência a um ‘direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira’ [... :] ‘o direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira ganhou uma relevância tal que nos permite considerá-lo como um aspecto dos direitos fundamentais da pessoa – designadamente, como uma faceta do direito à integridade pessoal e à identidade (arts. 25.º e 26.º da Constituição da República) que tutelam a ‘localização social’ do indivíduo’”. (2000: p. 667).

Também para Tiago Duarte, a lei que vede o conhecimento da origem genética, estabelecendo o anonimato dos dadores em sede de procriação heteróloga e, assim, impedindo a identificação dos antecessores genéticos, viola o art. 26.º da Constituição, que consagra o direito à identidade pessoal, e em especial o seu n.º 3, que estabelece o direito à identidade genética. (1997: p. 39, 41, 44-47). Rafael Reis, procurando determinar o alcance do conceito ‘razões ponderosas’ que a Lei 32/2006 prevê como condição excepcional para a revelação da identidade do dador (“por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”, artigo 15.º, n.º 4), defende que: “entendeu o legislador que a existência no sujeito gerado com recurso à procriação assistida de um desejo inexpugnável de conhecer as suas origens genéticas, em termos tais que o seu entorpecimento lhe afecta o desenvolvimento da própria personalidade, justificava a revelação da identidade do dador de gâmetas” (2008: p. 441). Por fim, reconhecendo a existência do direito à identidade pessoal, constitucionalmente consagrado, Ana Paula Guimarães defende uma posição intermédia “que, ao mesmo tempo, salvaguardasse tanto quanto possível os interesses do dador e não colidisse com o direito do ser humano conhecer a sua origem genética. [...] Uma coisa é dar-se ao indivíduo a possibilidade de acesso a uma descrição dos principais caracteres genéticos do dador, outra é dar-se a possibilidade de conhecer a identidade do dador.” (1999: p. 42-43).

Em suma, um grande número de juristas entende que o anonimato choca com o direito da criança a conhecer as suas origens genéticas, direito que está associado ao desenvolvimento completo do indivíduo. Porém, pronunciando-se recentemente sobre a regra do anonimato do dador em função do direito à identidade pessoal, o Tribunal

Constitucional, no acórdão 101/2009, não a considerou inconstitucional por entender que o direito à revelação da verdade biológica pode conhecer limites perante outros valores: “[o] reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal”. O Tribunal Constitucional, seguindo de perto a posição de João Loureiro (1999, p. 288), defende ainda que “A garantia da identidade genética [...] refere-se especialmente à intangibilidade do genoma e à unicidade da constituição genómica de cada um e tem essencialmente o sentido de impedir a manipulação genética do ser humano e a clonagem”, não sendo as técnicas de procriação assistida aceites na Lei 32/2006 violadoras dessa garantia.

3.1.5. Dignidade humana

Entre os argumentos usados por quem expressa posições mais restritivas no acesso e na utilização das técnicas de procriação assistida destaca-se o da defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Este argumento ganha força acrescida porque o próprio texto constitucional impõe ao Estado a regulação da procriação assistida “em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana” (art. 67 alínea e)).

Este princípio é invocado pelos políticos para condenar o recurso à doação de gâmetas, entendido como uma forma de instrumentalização da vida humana, quer do dador – “reduzido a simples produtor de células reprodutivas e a sua desresponsabilização de um projecto em que intervém” (Pedro Roseta, na discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 51) – quer do nascituro.

Porém, são principalmente os juristas quem, para defender a proibição da procriação heteróloga, faz apelo ao respeito pelo princípio da dignidade humana. Francisco Aguilár assenta mesmo o essencial da sua argumentação nesse princípio, defendendo que não é legítimo recorrer, nos casos de procriação assistida, a “um critério determinante da filiação diferente do biológico”, porque do princípio da dignidade da pessoa humana decorre o “direito fundamental ao conhecimento e estabelecimento da

ascendência biológica directa” (2000: p. 670-671). Ou seja, considera inconstitucional uma norma que admita a doação de gâmetas para técnicas heterólogas, por força da imposição “do crivo biológico como elemento determinador da filiação natural”, sendo que “os dadores estariam a renunciar, antecipadamente, à ascendência jurídica do futuro ser” e, portanto, a violar o princípio da dignidade da pessoa humana (2000: p. 707-708). E, mesmo se o legislador ordinário permite a procriação com dador, entende Francisco Aguilar que também é inconstitucional qualquer preceito que impeça o estabelecimento da paternidade relativamente ao dador (2000: p. 678, 692, 706). Por outro lado, para Francisco Aguilar, “nada de mais contrário à dignidade da pessoa humana, do que fazer depender o estabelecimento da filiação da vontade dos progenitores: o filho nascido de uma técnica de P.M.A. seria convertido num verdadeiro instrumento de livre arbítrio dos respectivos pais” (2000: p. 665). Em suma, para Francisco Aguilar devem retirar-se três consequências do princípio da dignidade da pessoa humana: “1. na vertente do ‘conhecimento’, [...]a proibição do anonimato do dador de gâmetas; 2. na vertente do ‘estabelecimento’, [...]a proibição da imposição de um critério atribuidor da filiação natural diverso do biológico e da proibição de imposição de um critério complementar ao biológico; 3. na sua globalidade, [...]a proibição] da interdição ‘de investigação da paternidade ou da maternidade biológica’.” (2000: p. 670-671).

Também Stela Barbas considera que a procriação heteróloga é inconstitucional por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois os dadores estariam a renunciar, antecipadamente, à ascendência jurídica do futuro ser, rompendo com o crivo biológico como elemento determinador da filiação natural, o que constituiria uma instrumentalização da vida humana. Em sentido idêntico, Paulo Otero considera existir um limite constitucional à extensão do direito de procriação natural a formas de procriação artificial (1999: p. 21). João Carlos Loureiro também rejeita a admissibilidade de dação de gâmetas com base no princípio da dignidade da pessoa humana e refere-se ao “direito à conversão da filiação biológica em filiação jurídica” (2006: p. 18 ss., 26).

Já para Duarte Pinheiro, numa posição próxima da que ficou consagrada na Lei 32/2006, “Não há um direito a escolher livremente entre a procriação mediante acto sexual e a procriação assistida. O princípio da dignidade da pessoa humana, adverso à instrumentalização do ser humano e da sua faculdade reprodutiva, opõe-se à utilização

da procriação assistida como um processo normal, incondicionalmente alternativo à procriação através de relações sexuais. [...] O recurso à procriação assistida só pode ser encarado quando a outra forma de procriação não constitua uma autêntica opção, nomeadamente em situações de esterilidade” (2008: p. 224). Entende que a utilização de processos heterólogos “só deve ser autorizado quando a procriação por processos homólogos não seja possível ou quando implique elevados riscos para a saúde dos beneficiários ou do nascituro” (2008: p. 231-232)

Verifica-se que, associado ao argumento da dignidade da pessoa humana, é frequentemente invocado o princípio da não instrumentalização da pessoa humana. Leite de Campos faz decorrer directamente a regra da não instrumentalização da vida humana do princípio da dignidade humana, considerando que as técnicas de procriação assistida que rompem com os vínculos biológicos violam a dignidade do ser humano (2006: p. 84-86). Por seu lado, Pedro Vaz Patto, refere a “instrumentalização do terceiro estranho ao casal (a mãe de substituição e o dador de gâmetas) e do seu corpo” (2006: p. 128-129), considerando que “os gâmetas não podem ser doados como se doam órgãos, porque contêm o que há de mais caracteristicamente pessoal, os determinantes genéticos que identificam a pessoa como ser único e irrepetível” (2006: p. 129-130). Vaz Patto também apela ao princípio da não instrumentalização da pessoa humana para defender a restrição no acesso às técnicas de procriação: “[...] o princípio da não instrumentalização da pessoa humana implica que as técnicas de procriação artificial se apliquem apenas a casais heterossexuais com garantias de estabilidade e com condições adequadas para o completo e harmónico desenvolvimento do nascituro”.

Apesar da desenvolvida argumentação em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário notar que o preceito contido na alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição remete para o artigo 1.º do mesmo texto, onde se estabelece que a República Portuguesa se baseia na dignidade da pessoa humana. Ora, como se refere no acórdão 101/2009 do Tribunal Constitucional, “o princípio da dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjectivas, mas antes como um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos.”. Assim, segundo o mesmo acórdão, “[a]o remeter para a

dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República pretende, por conseguinte, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais directamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), o direito a constituir família (artigo 36.º), e, ainda, o direito à saúde (artigo 64.º). Sem ignorar, nesse plano, que no universo subjectivo de protecção da norma estão não apenas os beneficiários e as pessoas envolvidas como participantes no processo, mas também as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.” Temos então que, o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado à procriação assistida delimita e integra uma diversidade de direitos fundamentais que se dirigem aos beneficiários, a todas as pessoas envolvidas e às pessoas que vierem a nascer em virtude das técnicas de procriação assistida.

3.1.6. Projecto de parentalidade

O argumento mais usado para discordar do estabelecimento de vínculo legal de filiação com o dador é aquele segundo o qual o dador não pode ser considerado pai por lhe faltar um projecto de paternidade. É esta a posição de Tiago Duarte (1997: p. 63, 66), bem como de Oliveira Ascensão (2007), para quem o não estabelecimento de um vínculo jurídico de filiação com o dador se justifica porque o mero dador de gâmetas “Não participa de um projecto de paternidade nem é responsável por um acto gerador consciente.” (cf. também Oliveira Ascensão, 2008: p. 17). Também Duarte Pinheiro considera ser a vontade do beneficiário que desencadeia a procriação (2008: p. 223), referindo que, para além de o dador não manifestar a vontade de assumir um projecto parental (2005: p. 782), é o beneficiário da procriação assistida quem “teve um papel causal determinante no nascimento. Foi a sua decisão que desencadeou o processo de procriação.” (2008: p. 224). Entende que pode ocorrer a constituição do vínculo de filiação através do elemento volitivo e que o dador não é pai jurídico “porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projecto parental” (2008: p. 223).

Também Antunes Varela considera a necessidade de existência desse “elemento voluntário mínimo” (1994: p. 360).

Rebatendo esta ideia de projecto de parentalidade e a relevância do elemento volitivo, Francisco Aguilar afirma a ilegalidade de qualquer negócio jurídico sobre a filiação, nomeadamente os contratos de doação de gâmetas, pois tal representaria “a actuação da autonomia privada num campo, o da fixação da filiação, que se lhe encontra vedado” (2000: p. 690). Defende mesmo que “Este argumento [de que a ausência de um projecto de paternidade ou maternidade explica o corte da filiação jurídica face ao dador] [...] afigura-se-nos claramente improcedente: é que o projecto de paternidade/maternidade [...] também pode não existir no âmbito do estabelecimento da filiação natural sem recurso às técnicas de P.M.A., e não obstante, ninguém defende para esta última hipótese a negação da filiação jurídica ao progenitor que [...] não tivesse qualquer projecto de paternidade/maternidade... Em suma: não se justifica o porquê da exigência, apenas para este caso de filiação natural, de um elemento volitivo. Acresce que o critério biológico da determinação da filiação é exclusivo, negando-se constitucionalmente, um *tertium genus* filial.” (2000: p. 678-679).

3.1.7. Direito à igualdade e não discriminação

No plano político, os defensores do acesso por mulheres fora de um contexto de conjugalidade referem que a proibição desse acesso constitui uma discriminação injustificável e inconstitucional. Para Odete Santos é inconcebível “que um Estado se arrogue o direito de impor escolhas morais através da proibição às mulheres que vivem sós, solteiras ou divorciadas, que sejam estéreis, inférteis, de recorrer à procriação medicamente assistida [...]. O direito à saúde é um direito de toda a gente, seja qual for a condição pessoal desse indivíduo. [...] esta solução viola os direitos individuais, viola o próprio texto da Constituição, que diz que não pode haver discriminação em função das condições pessoais de cada um. Isto é claramente discriminatório!” (plenário de 17/06/1999, DAR I série, n.º 95/VII/4, 1999/06/18, p. 34). Na mesma linha de argumentação, Bernardino Soares, chama a atenção para as alterações de concepção de família que têm acontecido na sociedade: “é real a multiplicação de situações de

monoparentalidade nos dias de hoje. O próprio regime da adopção, em que, notoriamente, o principal interesse a proteger é o da criança, permite a adopção por indivíduos singularmente considerados, sem que nessas situações se possa concluir que está menos acautelada a protecção da criança. Também o Código Civil, ao prever a investigação da paternidade confina a possibilidade de propor acção com esse fim a um período de tempo relativamente limitado e, logo, não atribui ao conhecimento da paternidade um valor absoluto. Portanto, o direito do indivíduo à historicidade pessoal não inclui obrigatoriamente o conhecimento da paternidade sem que, com isso, fique beliscado o seu direito à identidade. A verdade é que existem muitas mulheres que optam por ter filhos fora de situações conjugais ou similares, mesmo sem recorrerem à reprodução assistida e é hoje inaceitável sujeitá-las a qualquer condenação ou ostracismo, muito menos a uma menoridade imposta por lei. Não há, portanto, nenhuma razão para a limitação do acesso, no exercício do seu direito à saúde, de uma mulher às técnicas de procriação medicamente assistida apenas porque não vive em situação conjugal. (DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 46-47). Note-se, porém, que o projecto do PCP, tal como o do BE, defendia o acesso por mulheres sozinhas mas em dependência de um diagnóstico de infertilidade.

Entre os juristas cujas posições analisei, Pamplona Corte-Real é o único a defender o acesso por casais do mesmo sexo, por entender que impedir o recurso à procriação artificial quer por mulheres sós quer por casais homossexuais unidos de facto é “atentatório dos princípios constitucionais da igualdade e do respeito pela liberdade de orientação sexual” (2005: p. 102). Em contraposição, João Álvaro Dias, Tiago Duarte e João Loureiro consideram que é legítima a proibição a pares homossexuais e mulheres sós. Segundo João Loureiro, "Não há aqui qualquer discriminação em função da orientação sexual, nenhuma violação do princípio da igualdade. Com efeito, existe um fundamento material de diferenciação que não permite tratar da mesma forma casais heterossexuais e pares homossexuais: apenas os primeiros estão aptos a assegurar a nota da biparentalidade diferenciadora, elemento que deve integrar o processo de socialização. As imagens do masculino e do feminino são elementos importantes no processo de construção da identidade pessoal. [...] Rejeita-se, deste modo, o modelo da ‘indiferenciação’: na linguagem simbólica da cultura ocidental, recusa-se a mesmidade e afirma-se a complementaridade." (2006b: p. 36). Para Tiago Duarte, é

constitucionalmente legítimo restringir o acesso às técnicas de procriação assistida aos casais heterossexuais estáveis (incluindo casais em união de facto), porque “no artº 67º da Constituição faz-se referência a uma paternidade consciente o que, certamente, abrangerá uma maternidade consciente também. Assim, não julgamos inconstitucional a opção [...] em que apenas se permite o acesso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida a casais heterossexuais estáveis, independentemente de vínculo matrimonial. Isso significa que apenas esses, dentro das condições médicas atrás descritas, estão, no entender constitucionalmente legítimo do legislador, em condições de assumir um paternidade e maternidade conscientes.” (1997: p. 37).

3.1.8. Consanguinidade

Um argumento usado com alguma frequência por quem defende a identificação do dador é a necessidade de evitar o casamento consanguíneo. Há diversos políticos a chamar a atenção para os riscos de consanguinidade decorrentes dos procedimentos de procriação assistida. Um exemplo é a fundamentação do pedido de fiscalização da constitucionalidade da lei 32/2006, mas, no plano político, esta preocupação percebe-se principalmente pelo teor de todos os projectos de lei que ressalvavam a possibilidade de os nubentes acederem a informação sobre a eventual existência de impedimento matrimonial por consanguinidade.

Esta é também uma questão enunciada pelos juristas. De acordo com Stela Barbas, o anonimato do dador “Pode ser fonte não só de futuros incestos como também de impedimentos dirimentes ao casamento” (2007: p. 174-175) (cf. também Stela Barbas, 2008: p. 41). Também Duarte Pinheiro defende que “É preciso garantir que a pessoa nascida mediante o recurso a técnica heteróloga de procriação medicamente assistida não venha, futuramente, a casar com a pessoa que fez a dação ou com os descendentes do dador.” (2005: p. 776), uma vez que “Há um forte interesse público contrário ao casamento consanguíneo” (2008: p. 234). Duarte Pinheiro manifesta preocupação quanto à relativização da garantia de não ocorrerem casamentos consanguíneos: “a protecção do interesse público de não celebração de casamento consanguíneo incumbe exclusivamente a uma das partes que pretende contrair

matrimónio, a qual, dada a extensão da regra do sigilo ao próprio acto de PMA (art. 15.º, n.ºs 1 e 5, da LPMA), pode nem sequer saber que nasceu em consequência de processo de PMA heteróloga” (2008: p. 234-236). Preocupa-se com esta circunstância que, na sua opinião, “relativiza a proibição ancestral do incesto” (2008: p. 236).

3.2. Comparação com outros dispositivos

3.2.1. A adopção

Parece evidente que existe alguma identidade entre a procriação assistida heteróloga e a adopção, que justificará também uma identidade de disciplina legal quanto aos critérios de estabelecimento da filiação e às regras de identificação dos genitores. Em algumas circunstâncias, especialmente quando é discutida a questão da identificação do dador, os políticos comparam o regime da filiação aplicável aos dois dispositivos, invocando que a regra do anonimato é seguida no regime da adopção. Como refere Francisco Louça, “Nos artigos 1985.º e 1987.º do Código Civil estabeleceu-se que, se for vontade do pai natural ou da mãe natural que à criança adoptada fique vedado o conhecimento do parentesco biológico, assim acontecerá. Por decisão deles! Porque, naturalmente, no conhecimento da criança adoptada o que decide a afectividade, a sua vida, o seu crescimento é a relação com as pessoas que a adoptaram, que são, para todos os efeitos, a sua mãe e o seu pai. (DAR n.º 58/X/1, 2005/10/22, p. 2655). Também Maria de Belém Roseira chama a atenção para a identidade entre os dois institutos quanto à questão do acesso, já que a lei civil permite a adopção por uma única pessoa, defendendo que pode justificar-se um tratamento equivalente para a procriação heteróloga (DAR I série n.º 58/X/1, 2005/10/22, p. 2650).

Porém, entre os políticos, há quem considere a existência de motivos suficientemente diferenciadores que justifiquem um tratamento diverso a conferir à procriação medicamente assistida. Quer quanto à admissibilidade da procriação heteróloga, quer no que respeita ao regime de filiação, o principal argumento mobilizado é o da intencionalidade, pois, enquanto que na adopção o elemento volitivo se limita ao desejo, por parte de quem pretende ser pai ou mãe, de adoptar uma criança

já concebida, ocorrendo a dissociação entre a parentalidade social e biológica para suprir uma situação preexistente de carência familiar, na procriação heteróloga essa dissociação é intencional e ocorre especificamente para substituir a procriação biológica. Argumenta-se ainda que não há identidade entre as duas situações porque “na adoção não há os problemas de instrumentalização das pessoas” (Pedro Roseta, na discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 52), ou porque a adoção visa responder a um mal já existente: a criança carente de pai e mãe (Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito, Poças Santos, declaração de voto, DAR I série, n.º 95, p. 56-57). Estes políticos chegam mesmo a, discordando da possibilidade de recurso à procriação heteróloga, apresentar a adoção como a (única) forma de realizar o desejo de paternidade ou maternidade por parte dos casais inférteis (Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito, Poças Santos, declaração de voto, DAR I série, n.º 95, p. 56-57).

A generalidade dos juristas não aceita o argumento segundo o qual existe uma identidade entre a relação filial na procriação assistida heteróloga e a relação filial na adoção. Consideram que são situações diferenciadas, porque no caso da adoção existe uma criança que carece de progenitores, enquanto que na procriação assistida heteróloga acontece a concepção deliberada de uma criança com um único progenitor, ou mesmo sem nenhum. Francisco Aguilar sublinha a diferença de tratamento que o texto constitucional confere à adoção e à filiação em caso de procriação assistida heteróloga, pois, relativamente à adoção, existe “uma autorização constitucional de ruptura do vínculo jurídico da filiação natural em benefício do menor” (2000: p. 666), que decorre do artigo 36.º, n.º 7. Portanto, a adoção é uma modalidade de filiação subsidiária relativamente à filiação natural (idem), e tem tutela constitucional que prevalece no confronto com o direito ao conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica directa, restringindo-se este à sua dimensão de direito ao conhecimento da ascendência biológica (2000: p. 673). Entende que o mesmo não acontece nos casos de procriação assistida, pois, para estes casos, a Constituição não consagra uma modalidade específica de filiação, pelo que, “não resta outra alternativa senão a respectiva recondução ao domínio da filiação natural” (2000: p. 666). Ou seja, para Francisco Aguilar, “a filiação resultante do âmbito da P.M.A. é uma filiação natural, devendo, enquanto tal, ser submetida às mesmas regras de determinação da ascendência jurídica” (2000: p. 689).

Por fim, refere também que a admissão das técnicas de procriação heteróloga tem como consequência o esvaziamento do conteúdo do instituto da adopção, afectando a referida consagração constitucional (2000: p. 708). Com fundamentação muito próxima, Oliveira Ascensão sublinha o muito maior valor da adopção e considera que a procriação heteróloga deve ser subsidiária relativamente à adopção (2007: p. 994-995). Pedro Vaz Patto, também enfatiza a especificidade da adopção: “é um remédio para uma situação de carência ou de abandono, que não é criada deliberadamente como o são as situações que possam resultar da procriação artificial. É sempre, e tão só, o supremo bem da criança a ditar a constituição da adopção e as suas modalidades, sem que a esse bem se possam sobrepor as pretensões dos candidatos à adopção” (2006: p. 130). Posição menos restritiva desenvolve Guilherme de Oliveira, para quem, embora se deva fazer um esforço de encaminhar os casais inférteis para a adopção, não deve o recurso à procriação medicamente assistida ficar subordinado à verificação de impossibilidade de recurso à adopção, ou seja, não deve ter carácter subsidiário relativamente à adopção e, muito menos, se deve proibir a procriação heteróloga (1990: p. 54-56). Aliás, Guilherme de Oliveira defende mesmo que o regime de anonimato ou identificação do dador e o regime de conhecimento da ascendência genética no instituto da adopção devem ser coincidentes (1989: p. 19), considerando até que o segredo da identidade do dador é mais razoável do que o segredo da identidade dos pais biológicos na adopção, pois o dador deu um contributo útil para um processo de procriação na expectativa de não ser reconhecido como pai jurídico ou sequer ser identificado como progenitor (1998: p. 499-500).

Vale a pena destacar a posição desenvolvida por Rafael Reis (2008), dada a forma absoluta como defende o direito ao conhecimento das origens genéticas mesmo, e especialmente, aplicado à adopção, considerando até que o adoptado deve poder impugnar os vínculos de paternidade. Na sua leitura, o artigo 1985.º do Código Civil “assegura, reciprocamente, a não revelação da identidade entre os pais biológicos e adoptivos”, mas não esclarece “se o regime de segredo quanto à identidade dos pais biológicos, nos casos em que estes queiram permanecer anónimos, se aplica também ao próprio adoptado” (p. 294). Ora, defende Rafael Reis, “o adoptado tem o direito de aceder ao conteúdo dos documentos registais, dessa forma se inteirando da identidade da sua progenitura” (p. 301), e distingue “o problema do conhecimento da identidade

dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida” dos “casos de conhecimento da família biológica pelo adoptado” (p. 310), considerando que “O problema do conhecimento pelo adoptado da identidade dos pais biológicos merece ser colocado num plano superior de protecção comparativamente à posição daquele que foi gerado na sequência de uma técnica de procriação assistida heteróloga” (p. 311). Entende, desta forma, que deve ser reconhecido ao adoptado o direito a impugnar os vínculos de maternidade e paternidade relativamente à família adoptiva, “na medida em que, merece tutela o desejo de eliminação do registo pessoal de um vínculo que não corresponde à verdade biológica, desde que essa pretensão não configure, no caso concreto, um abuso de direito ou viole em termos inaceitáveis interesses preponderantes igualmente tutelados” (p. 318).

Quanto à possibilidade de acesso por uma pessoa só, refere Tiago Duarte que “no caso da adopção já existe uma criança que merece uma situação familiar o mais estável possível. Na impossibilidade de ter um pai e uma mãe terá só um pai ou só uma mãe. Neste caso [...] o critério do mal menor tem categoria ética. Diferentemente o que iria passar no caso da Procriação Medicamente Assistida era a concepção deliberada de crianças que, logo à partida, não teriam à sua espera uma família completa.” (1997: p. 37). Em sentido idêntico, Jorge Duarte Pinheiro defende que: “No momento de decidir acerca da constituição do vínculo adoptivo, estamos perante uma criança que existe e que carece de pais; se ela não pode ter dois, que tenha, pelo menos, um. No momento de decidir acerca da procriação assistida, a criança ainda não existe; deste modo, custa a aceitar que se afectem recursos médicos [...] com vista à concepção deliberada de uma criança que, quando nascer, terá somente um pai afectivo.” (2008: p. 227).

3.2.2. A maternidade de substituição

Com frequência, as disciplinas jurídicas sobre procriação assistida também incluem no seu objecto a chamada maternidade de substituição. São situações em que uma mulher suporta uma gravidez por conta de outrem, entregando a criança após o parto. Aqui, há uma descoincidência entre as maternidades genética e uterina, o que enreda a discussão acerca de quem é a mãe jurídica. De facto, a mãe portadora pode ser

também genética (fornecedora dos gâmetas) ou apenas mãe uterina, sendo os gâmetas fornecidos pela mulher beneficiária, ou pode mesmo acontecer que a mãe genética seja uma terceira mulher.

A Lei 32/2006 não admite a maternidade de substituição, estipulando a nulidade do negócio, mesmo que gratuito, que tenha a maternidade por objecto (artigo 8.º). Porém, prevê-se, em caso de violação desta proibição, a atribuição da maternidade jurídica da criança que vier a nascer à mãe portadora, isto é, à mulher que suporta a gravidez (art. 8.º n.º 3).

Os políticos poucas vezes mostraram abertura para a aceitação da maternidade de substituição; só timidamente BE e PS a propuseram. No caso do BE, o seu projecto da IX legislatura admitia, em certas situações, a maternidade de substituição, mas o projecto de lei da X legislatura era completamente omissivo sobre esta questão. Mesmo em matéria de sanções, neste último projecto não foi incluída qualquer disposição a punir a maternidade de substituição onerosa, ao contrário do que aconteceu no projecto anterior. Quanto ao PS, a situação é inversa; na iniciativa anterior propunha-se a proibição, mas no texto da X legislatura admitia, embora a título excepcional, a maternidade de substituição não onerosa, caso se tratasse do “único recurso para responder à situação concreta de infertilidade” (artigo 27.º n.º 1). Relativamente ao vínculo a estabelecer em caso de violação da proibição, a maioria dos políticos defendeu a regra segundo a qual a mãe é a mulher que gera, o que pode ser entendido quer como uma defesa do vínculo uterino em detrimento do vínculo genético quer como uma forma de sancionar severamente este tipo de contrato. O CDS assume a única posição discordante, defendendo que, caso a proibição seja violada, a maternidade deve ser atribuída à mulher que recorre à portadora desde que seja também fornecedora de gâmetas.

Quanto aos juristas, a maioria não aceita a maternidade de substituição, mas dividem-se no que respeita à atribuição da maternidade jurídica. Os mais defensores do biologismo entendem que a maternidade legal deve ser sempre atribuída à mulher que contribui com o ovócito mesmo que não participe de um projecto de maternidade, mas há também juristas que atribuem especial relevância ao elemento volitivo, defendendo a atribuição da maternidade à mulher que recorre à portadora mesmo não sendo fornecedora do ovócito. A maioria privilegia o vínculo genético em detrimento da

relação uterina, atribuindo a maternidade à mulher que recorre à portadora desde que seja também fornecedora de ovócito. É útil notar a distinção, traçada por alguns juristas, entre o contrato de mera gestação – caso em que a mãe beneficiária é também mãe genética, sendo a mulher que suporta a gravidez apenas mãe uterina – e o contrato de maternidade – caso em que a mulher que suporta a gravidez também é mãe genética. Para Tiago Duarte, “o problema de saber se a mãe portadora deve ser, ou não, considerada mãe jurídica apenas se coloca [...] nos casos em que a chamada mãe uterina [...] não contribui também com o seu óvulo. A não ser assim não há uma separação entre quem fornece o óvulo e quem suporta a gravidez e a maternidade torna-se óbvia” (1997: p. 86). Em sentido idêntico, Oliveira Ascensão defende que “a filiação significa sempre integração numa estirpe. Prevalece a família de sangue. Por isso, quando sobrevém uma gestação sem derivação biológica, é a gestação quem deve ceder. A chave genética é o elemento de imputação essencial. [...] A mera portadora não pode ser mãe [...], por a gestação não ser o critério decisivo da maternidade.” (2000: p. 668). Contudo, Oliveira Ascensão reconhece que a derivação biológica é necessária mas não é suficiente, sendo também essencial um projecto de parentalidade; assim, “A mãe é portanto aquela de quem provém o ovócito, desde que esteja empenhada num projecto de paternidade. [...] Temos de distinguir consoante o ovócito é da encomendante da gestação ou de terceira mulher. Se é da encomendante, é ela a mãe. [...] Se o ovócito é de terceira mulher, esta pode participar de um projecto de maternidade ou não. Se participa, [...] é juridicamente a mãe. Se não participa, há mera dação de gâmetas e não é mãe. Estaremos então na hipótese [...] de nenhuma das três 'mães' ser, afinal, mãe.” (2008: p. 24-25). Também numa posição que combina os elementos biológico e volitivo, mas conferindo maior peso a este, Duarte Pinheiro defende que “se a mãe de recepção contribuiu [...] com o seu óvulo [...] a maternidade deve ser estabelecida em relação à mãe de recepção porque se conjugam dois elementos fortes no domínio do estabelecimento da filiação: o elemento biológico e [...] a vontade de assumir o projecto parental. [...] Se a mãe de recepção não contribui com o seu óvulo, a maternidade será estabelecida relativamente à mãe de gestação, quando esta, tendo contribuído com o óvulo, declare ser mãe da criança. Aqui de novo se conjuga o elemento biológico e, embora tardiamente, o elemento volitivo [...]. Se a mãe de gestação contribuir com o seu óvulo mas não declarar sua a maternidade, a maternidade da mãe de recepção será

estabelecida graças exclusivamente à relevância do elemento volitivo. Se o óvulo pertencer a uma terceira mulher (simples dadora) a vontade será novamente decisiva. Recaindo duas pretensões de maternidade sobre a mesma criança, vencerá a pretensão da mãe uterina [...] porque a gestação surge como elemento sucedâneo (biológico) do elemento genético." (2005: p. 783-784).

Sem atribuir relevância ao projecto de maternidade, Stela Barbas considera que "A mãe será sempre a que forneceu o elemento biológico fundamental para a determinação do património genético da criança.", mesmo quando a mãe genética é apenas dadora do óvulo (1998: p. 158-159). Numa posição idêntica mas desenvolvida com maior pormenor, Rafael Luís Vale e Reis defende que, nos ordenamentos que admitem a maternidade de substituição, nos casos em que a mãe portadora forneceu igualmente o óvulo, "ao sujeito nascido deverá ser reconhecido o direito de impugnar a maternidade assim estabelecida, bem com de aceder à informação sobre a identidade da mãe biológica (que aqui coincide com a mãe portadora) [...]. Se a mãe portadora não forneceu o óvulo, tendo este sido obtido junto da mulher beneficiária, e sendo esta considerada a mãe da criança, deve reconhecer-se ao filho um autónomo direito a conhecer a identidade da portadora (apesar de esta não ter contribuído com material biológico do qual aquele foi gerado) [...]. Nos casos em que o ovócito provém de uma terceira mulher, poderá defender-se o direito do filho de impugnar a maternidade estabelecida relativamente à mulher beneficiária. Será sempre de defender, porém, o direito deste a conhecer a identidade da dadora do ovócito (ou embrião) [...] e, ainda, o direito de conhecer a identidade da mulher portadora. Em qualquer dos casos, sendo procedente uma impugnação, e havendo concordância da dadora, deve admitir-se o estabelecimento da maternidade relativamente a ela [...]." (2008: p. 483-485).

Alguns juristas revelam-se favoráveis à maternidade de substituição. É o caso de Francisco Aguilar, que defende "a irrelevância, na perspectiva filial, do contrato de mera gestação: neste caso, a mãe uterina não é a mãe biológica, não representando, por conseguinte, o contrato de gestação uma violação do princípio da tipicidade das fontes de filiação, pois que o futuro ser é [...] descendente da mãe biológica, não podendo, deste modo, a mera "mãe uterina" pretender dispor de um vínculo filial, de que, na realidade, não dispõe. Termos em que, o contrato de mera gestação, enquanto tenha por objecto o simples suportar altruísta da gravidez de um filho de outrem, e desde que seja

gratuito, se nos afigura como plenamente válido.” (2000: p. 687). Porém, Francisco Aguilár refere-se apenas aos casos em que há dissociação da mãe uterina e mãe genética, já que considera nulos os contratos de maternidade em que se cumulam ambos os papéis.

Outros juristas desenvolvem uma posição favorável à maternidade de substituição mobilizando o argumento da não discriminação, pois, como refere Fernando Araújo, a proibição discrimina a mulher com problemas de infertilidade a nível uterino: "A permissividade que os vários ordenamentos jurídicos têm patenteado relativamente à fertilização 'in vitro', por contraste com a proibição do 'aluguer do útero', significa uma nova discriminação, agora contra as mulheres que [...] são incapazes de levar a cabo uma gravidez" (1999: p. 46) (em sentido semelhante: Luísa Neto, 2004; e Tiago Duarte, 1997: p. 86-87). Como refere Fernando Araújo, “a ideia de que é mais condenável «alugar o útero» do que vender esperma não deixa de introduzir um elemento de discriminação sexista, sobretudo na medida em que sugere que uma mulher, porque é a única que suporta a gestação e porque é culturalmente condicionada a assumir a parte principal no cuidado da prole, é menos capaz de dispor racionalmente das suas determinações biológicas, ou tem ao menos um dever moral de considerar essas determinações como os aspectos centrais da sua identidade e da sua vida, como o próprio cerne da sua existência” (1999: p. 30-31). Servindo-se do mesmo argumento, Pamplona Corte-Real afirma que a proibição “acaba por poder acarretar um tratamento discriminatório da mulher com problemas de infertilidade situados não a nível ovular, mas uterino (2005: p. 105). Todavia, ressalva que são de evitar estes “negócios que possam representar um aviltamento ou mercantilização do corpo, e que sobretudo envolvam o ter de se suportar uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição da mulher que dá à luz como mãe hospedeira, devem ser tidos por nulos os negócios jurídicos, onerosos ou gratuitos, que subjazem a tal situação..” (2005: p. 104-105). Neste último argumento, Pamplona Corte-Real aproxima-se dos juristas que retiram a proibição da maternidade de substituição do princípio da dignidade da pessoa humana, já que, como referem Duarte Pinheiro (2008a: p. 284; 2008b: p. 336) ou Pedro Vaz Patto (2008: p. 129), estaríamos perante uma inadmissível instrumentalização do corpo da mulher portadora.

Os argumentos jurídicos em torno da admissibilidade da maternidade de substituição e, em especial, do critério para a atribuição dos vínculos jurídicos vêm

especificar, para uma situação distinta, algumas das posições desenvolvidas para a procriação com dador. Vemos como alguns juristas, embora seguindo linhas de argumentação distintas no que respeita à relevância atribuída ao critério biológico, atingem respostas jurídicas semelhantes.

Ainda em matéria de maternidade de substituição, justificam-se duas referências internas e um elemento comparativo. Por um lado, é de realçar que, à luz do código de deontologia médica, a maternidade de substituição só pode ser ponderada em situações da maior excepcionalidade (artigo 63.º, n.º 5). Esta abertura, embora com carácter muito excepcional, destoa na opinião social dominante, que recusa a maternidade de substituição, como se ilustra pelo parecer da Associação Portuguesa de Bioética: “Atenta a instrumentalização do corpo da mulher que assume a obrigação de gerar a criança para a entregar após o seu nascimento, parece-nos que o recurso à maternidade de substituição deverá ser sempre considerado nulo quer tenha sido celebrado a título gratuito, quer o tenha sido a título oneroso. Deverá sê-lo por ofender o referido princípio da eminente dignidade da pessoa humana.” (2005).

Para introduzir também alguns elementos comparativos que podem ser úteis à análise das posições expressas pelos políticos e juristas portugueses sobre a maternidade de substituição, exponho aqui alguns casos relatados por Richard Storrow com referência à realidade dos Estados Unidos da América. Em 1993, num caso de maternidade de substituição gestacional – gestação de um embrião criado com gâmetas do casal que pretendia ter filhos –, o supremo tribunal da Califórnia não encontrou na legislação estadual qualquer preferência entre as reivindicações de maternidade com base numa contribuição genética ou numa contribuição gestacional; perante duas reivindicações de maternidade válidas e legítimas, o tribunal decidiu reconhecer primazia ao elemento volitivo manifesto no contrato de maternidade, atribuindo a maternidade à mãe gestacional (2002: p. 606). Já em 1994, num caso de maternidade de substituição tradicional – a mãe gestacional é também a mãe genética – o mesmo tribunal recusou validade ao contrato de maternidade, considerando que, neste caso, a quebra de vínculo maternal com a mãe biológica seria incompatível com os princípios inerentes às relações de parentalidade (2002: p. 607). Em 1998, num terceiro caso de maternidade de substituição gestacional, em que nem os membros do casal que pretendia ter filhos nem a mãe de substituição deu qualquer contributo genético, e sendo

desconhecida a identidade das pessoas que contribuiram com o material genético, o tribunal decidiu atribuiu a maternidade legal à mãe intencional, já que encontrou um paralelismo entre esta e o marido que consente a inseminação artificial (2002: p. 607-608). Considerou-se aqui que o acto intencional da mãe determinou a sua maternidade legal tal como o acto de consentimento na inseminação artificial da mulher determina a paternidade legal do marido. Já num caso colocado ao supremo tribunal de Massachusetts, a decisão foi em sentido diferente, considerando este tribunal não haver identidade de circunstâncias, que justifiquem o tratamento análogo, entre a mulher que suporta uma gravidez num âmbito de uma maternidade de substituição e um dador de esperma, porque a primeira nunca é anónima e o seu envolvimento e contributo é muito superior ao do dador (2002: p. 608-9).

3.3. Referências do debate político

3.3.1. O debate jurídico

No debate político, são quase inexistentes as referências à doutrina jurídica. Nem as exposições de motivos dos projectos legislativos nem os relatórios das comissões parlamentares contêm referências às posições que os juristas foram desenvolvendo. Percebe-se, porém, que alguns argumentos utilizados foram previamente construídos na doutrina jurídica. Os políticos apropriam-se desses argumentos no seu discurso, sem sentir necessidade de fazer referência à origem da sua construção. É o caso por exemplo da noção de *historicidade pessoal*, utilizada na exposição de motivos do projecto do PSD, e que foi originariamente desenvolvida por Gomes Canotilho e Vital Moreira.

Há um episódio revelador, ocorrido em 1998, na discussão na generalidade que se seguiu à proposta de lei apresentada pelo Governo, onde Maria de Belém Roseira, então Ministra da Saúde, procura enfatizar a importância dos contributos dos profissionais de saúde em detrimento da contribuição dos juristas: “muitas das questões que aqui foram levantadas foram colocadas por juristas, quando as respostas a algumas delas devem ser dadas por médicos[... . . .C]reio que temos de nos convencer de que há questões que estão a ser abordadas do ponto de vista jurídico e que correspondem a

algumas [...] enormidades do ponto de vista médico, portanto, não devem ser discutidas por nós” (DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, p. 52-3). Este episódio antecipa a relevância que virá a ser dada aos argumentos médicos, mas parece criticar uma ênfase atribuída ao debate jurídico que nunca foi mobilizado de forma expressa para a argumentação política.

Mas o ponto que nos indica claramente a diminuta relevância atribuída pelos políticos aos contributos desenvolvidos pelos juristas, é a divergência de posições quanto às questões mais controversas. À parte questões como a subsidiariedade da procriação assistida heteróloga, as restrições no acesso às técnicas por parte de pessoas sós ou por casais do mesmo sexo, ou a proibição da maternidade de substituição, que parecem ser quase consensuais em todas as esferas sociais, as posições políticas, que viriam a ter consagração legal, contrariam claramente as posições defendidas pela generalidade dos juristas. Assim aconteceu com a permissão de utilização de técnicas heterólogas, com a regra de anonimato do dador e com a determinação da maternidade jurídica quando ocorra a violação da proibição de maternidade de substituição.

3.3.2. O debate médico

A afirmação de Maria de Belém Roseira que transcrevi no ponto anterior pode também ser entendida como um reparo à diminuta atenção que, à época, era concedida às posições das entidades científicas das áreas da biologia e da medicina. De facto, o episódio do veto presidencial ao decreto aprovado na Assembleia da República (Decreto n.º 415/VII) veio revelar, por um lado, que naquele período não ocorreu uma suficiente articulação com as entidades médicas mas, por outro, que o sistema político se mostrou permeável às pressões exercidas pelo sistema científico. Demonstrativo da maior permeabilidade do sistema político, nesta matéria, às pressões do sistema científico do que às do sistema jurídico, são, quer o maior número de referências às posições das entidades científicas, quer a tomada de posições políticas e, em consequência, as opções legislativas tomadas em maior consonância com as que as entidades científicas desenvolveram. A título de exemplo, na exposição de motivos do projecto do BE pode ler-se que: “o presente projecto de lei segue [...] pareceres e trabalhos de vários

cientistas nacionais e recomendações internacionais, como as da European Society of Human Reproduction and Embriology (ESHRE) e da European Society of Human Genetics (ESHG)”.

Analisando o código de deontologia médica, encontramos um preceito dirigido à procriação assistida, considerando-se lícita a sua utilização: “É lícito o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, como forma de tratamento da esterilidade. Estas técnicas deverão ser utilizadas como auxiliares da concretização de um projecto parental, o que implica a consideração não só do desejo dos candidatos a pais, mas sobretudo dos interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido através da procriação medicamente assistida.” (artigo 62.º). Todavia, não se faz aí distinção entre técnicas homólogas e heterólogas.

3.3.3. As posições da comissão de ética

No decurso do debate político foram feitas diversas referências aos documentos elaborados pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Incidem sobre a problemática da procriação assistida em especial os Pareceres 3/CNE/93, 23/CNECV/97 e 44/CNECV/04 deste Conselho, cuja posição, em síntese, é a seguinte: não deve recorrer-se à procriação heteróloga excepto “por ponderadas razões estritamente médicas, quando esteja em causa a saúde reprodutiva do casal, podendo nesse caso haver recurso à doação singular de gâmetas, desde que tal seja autorizado por uma entidade independente”; deve salvaguardar-se “a possibilidade de identificação do dador de gâmetas a pedido do seu filho biológico quando atingir a maioridade legal, no reconhecimento do direito à identidade pessoal e biológica”; todavia, não deve ocorrer qualquer vínculo de filiação com o dador de gâmetas; podem ser beneficiários das técnicas de procriação apenas os casais heterossexuais casados ou vivendo em união de facto.

As posições do Conselho foram referidas pelo PSD, que as invocou com frequência para fundamentar a sua rejeição da procriação heteróloga (Luís Marques Guedes, declaração de voto oral, plenário de 17 de Junho de 1999, DAR I série, n.º 95/VII/4, 1999/06/18, pp. 35), e pelo BE, mas, neste caso, apenas para sublinhar a

controvérsia que o tema suscitou mesmo no interior do Conselho, como as diversas declarações de voto demonstraram. Note-se, a propósito, que nessas declarações de voto de alguns conselheiros se mantinha o sentido de rejeição da procriação heteróloga, apenas dissonando nos fundamentos da rejeição.

Embora propondo soluções semelhantes às defendidas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, parece-me relevante incluir aqui as propostas da Associação Portuguesa de Bioética. Para esta entidade, deve ser permitido, a título subsidiário, o recurso a dação de gâmetas desde que seja garantido o anonimato do dador. Defende que a criança não deve poder aceder à identidade do dador “em nome da paz social e, sobretudo, do interesse dos próprios intervenientes no processo. O dador não tem qualquer intenção de assumir responsabilidades parentais relativamente à criança a nascer, nem qualquer relação do ponto de vista afectivo com a mãe desta. O conhecimento da sua identidade apenas traria problemas acrescidos à criança, à sua família social e ao próprio dador.” (2005: p. 36). Salvaguarda-se, contudo, o acesso às características genéticas do dador por parte da criança “em caso de necessidade para a sua saúde ou para fins de aconselhamento genético”, ou para verificar se existe impedimento de casamento por consanguinidade (2005: p. 35). A Associação Portuguesa de Bioética ressalva, todavia, que “Quanto mais pessoas participarem no acto de concepção, gestação e educação de uma criança maior é o risco de existirem conflitos de interesses entre elas, que se podem reflectir no bem-estar e na educação da criança. Neste sentido pode considerar-se ser no interesse superior da criança o ter pelo menos um progenitor que será simultaneamente biológico e social.” (2005).

Referindo-se também ao eventual direito a uma família biparental e heterossexual estável, a Associação Portuguesa de Bioética (2005: 5) considera que este é “um dos aspectos mais controversos do debate em torno da Procriação Medicamente Assistida e que carece [...] de uma reflexão social mais aprofundada.” (2005: p. 11). Contudo, para esta associação, não existem diferenças significativas entre o acesso por uma mulher só ou por uma casal heterossexual: “Atento o facto de tratando-se de um casal heterossexual a inseminação com dador implicar sempre a participação de um terceiro – estranho ao casal – na concepção da criança, a situação não parece ser significativamente diferente daquela em que uma mulher isolada recorre a um dador de gâmetas.” (2005: p. 35). Uma nota final para referir a proposta da Associação

Portuguesa de Bioética de fixação de “um número máximo de crianças a nascer com gâmetas de um mesmo dador, a fim de se reduzir o risco de ulterior consanguinidade” (2005: p. 36); esta necessidade de impedir a ocorrência de casamentos consanguíneos parece ser uma preocupação consensual.

3.3.4. A igreja católica

Ao longo das várias fases do processo legislativo, encontrei uma única referência às posições da igreja católica para suportar a rejeição da procriação heteróloga, numa declaração de voto dos deputados Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito e Poças Santos (DAR I série, n.º 95, p. 56-57), mas sem que especificassem o conteúdo dessa posição.

Em nota sintética do conselho permanente da conferência episcopal portuguesa, emitida em Janeiro de 2006, e referindo-se ao debate parlamentar que ocorria à época, a igreja católica em Portugal defendeu que: as técnicas de procriação medicamente assistida “devem ser reservadas a casais heterossexuais, para assegurar o dever ético de oferecer ao novo ser um homem como pai e uma mulher como mãe”, não deve ser admitido “o recurso a gâmetas fora do casal em virtude da grave dissociação entre paternidade genética e social”; não é aceitável “o recurso a mães portadoras porque atinge a interação profunda entre a criança e a mãe e porque experiências noutros países têm gerado muitas situações intoleráveis de conflito entre os pais biológicos e a mãe portadora, com enorme prejuízo para a criança a gerar”; “Sendo o embrião uma vida humana dotada de dignidade, as técnicas usadas devem evitar a existência de embriões excedentários, mesmo destinados a uma segunda gravidez do casal. De nenhum modo estes embriões sejam utilizados para a investigação, enquanto vivos.”

3.3.5. As associações lgbt

Tudo indica que as associações LGBT não foram ouvidas na Assembleia da República durante o processo legislativo, nomeadamente nas audições parlamentares

que decorreram no início de 2006: a associação ILGA Portugal queixou-se desse facto em comunicado de imprensa de 31 de Janeiro de 2006. Noutros comunicados de imprensa, a associação considerou que os projectos de lei em discussão eram discriminatórios com base na orientação sexual e, portanto, inconstitucionais. Referindo-se especificamente ao projecto do Partido Socialista, o partido com maioria parlamentar, considerou-o “ultra-conservador”, por referir “que «a criança deve ter o direito a beneficiar da estrutura familiar, biparental, da filiação» e que «só devem poder beneficiar das técnicas de procriação medicamente assistida casais heterossexuais, com estabilidade de relação»” (Comunicado de imprensa, 26/10/2005). Criticou igualmente os restantes projectos: “O projecto do BE desculpa-se dizendo que, ‘embora reconhecendo a complexidade da sociedade e as diferentes possibilidades de constituição de famílias’, se optou por tratar apenas os casos de infertilidade e de prevenção de doença genética ou infecciosa. É grave que apenas um partido se lembre da existência de múltiplas formas de família que deveriam ser igualmente válidas perante a lei - e é grave que esse partido não actue em conformidade com este princípio.” (idem). A mesma associação critica ainda a impossibilidade das mulheres, sós ou em casais do mesmo sexo, poderem aceder às técnicas de procriação assistida: “Aparentemente, os vários partidos determinaram que as mulheres portuguesas [...] não sabem tomar decisões de forma consciente e por isso não devem poder fazê-lo de forma livre.”

3.3.6. Outros ordenamentos jurídicos

No debate político, são escassas as referências concretas quer a ordenamentos jurídicos estaduais quer a ordenamentos supra-nacionais. Há algumas referências genéricas, mas sem qualquer aprofundamento sobre os respectivos regimes jurídicos. Na VII legislatura são referidos os casos sueco, para rejeitar a regra do anonimato do dador (Pedro Roseta, na discussão na generalidade da proposta de lei n.º 135/VII, DAR, I série, N.º 77/VII/3, 1998/06/05, pp. 51) e italiano, para sustentar a condenação da procriação heteróloga (Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito, Poças Santos, declaração de voto, DAR I série, n.º 95, p. 56-57). Na VII legislatura invocou-se ainda o

quadro normativo da União Europeia: “recomendação do Parlamento Europeu, em 1989, sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, a rejeitar a reprodução heteróloga” (Pedro Roseta, Pedro Campilho, Carlos Brito, Poças Santos, declaração de voto, DAR I série, n.º 95, p. 56-57). De facto, numa resolução, datada de 16 de Março de 1989 (Jornal Oficial n.º C 096 de 17-04-1989, pp. 171 e ss.), o Parlamento Europeu, analisando a fertilização artificial *in vivo* e *in vitro*, rejeitou as formas de reprodução heteróloga.

Depois, na X legislatura, continuam a ser raras as referências a outros ordenamentos. Na exposição de motivos do projecto do PCP é feita uma ligeira alusão ao ordenamento do Reino Unido, onde deixou de estar consagrado o anonimato do dador. E no relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais são referidas as realidades jurídicas de alguns países europeus: quanto à possibilidade de utilização de técnicas com dador, alude-se à situação em França, onde a procriação heteróloga tem de resultar de gâmetas de pelo menos um dos membros do casal; em matéria de acesso são indicados os ordenamentos de Espanha e Reino Unido – onde não se limita aos casais o recurso às técnicas, podendo a elas aceder qualquer mulher, maior de idade, ou mesmo um casal de mulheres – e da Alemanha – onde, pelo contrário, uma mulher sozinha não pode recorrer à procriação assistida, que é exclusivo dos casais que tenham contraído casamento, tendo os casais heterossexuais a viver em união de facto de dirigir-se à Comissão Regional da Ordem Federal dos Médicos, que decide caso a caso, da Suíça e de França, onde só os casais heterossexuais podem ser beneficiários das técnicas.

Como referi, foram escassas e pouco desenvolvidas as referências a outros ordenamentos legais. Dada a importância de elementos comparativos para relativizar e melhor analisar os posicionamentos dos juristas e políticos portugueses e as soluções legislativas encontradas, aprofundo aqui algumas referências enunciadas pelos políticos e acrescento informação sobre outros ordenamentos que não foram sequer referidos no debate.

Quanto à possibilidade de recurso a técnicas heterólogas, Itália é o único país europeu onde se proíbe qualquer tipo de reprodução heteróloga (*Legge 19 febbraio 2004, n.º 40*). Noutros países, como a Alemanha, Áustria, Suíça e Noruega é permitida a doação de sémen mas proíbe-se a doação de ovócitos. Mas, a maioria dos ordenamentos jurídicos permite a doação de gâmetas, bem como a doação de embriões.

No que respeita à identificação do dador, observa-se, nos países nórdicos e anglo-saxónicos, uma tendência para abandonar a regra do anonimato. É o caso da Suécia, Suíça, Noruega e Reino Unido. O caso inglês é particularmente interessante porque, quase duas décadas depois da aprovação de legislação que consagrava o anonimato do dador, veio agora consagrar-se a possibilidade de acesso à sua identidade. No diploma aprovado em 1990 (*Human Fertilisation and Embryology Act*) não era atribuída particular relevância às origens genéticas, e a única informação disponibilizada à pessoa gerada através de técnicas de reprodução assistida era sobre o próprio modo pelo qual foi gerada (Wallbank, 2004: p. 255), proibindo-se qualquer informação sobre a identidade do dador (Schenker, 1997: p. 176-177). Existia, porém, a possibilidade de solicitar informação sobre a existência de vínculos de sangue com pessoa com quem pretendesse casar (Department of Health, 2002: p. 4). Em 2002 iniciou-se uma consulta pública sobre a questão do anonimato; os argumentos contra o anonimato centravam-se no interesse do nascituro, entendendo-se que o conhecimento sobre as origens genéticas é importante para garantir o integral desenvolvimento emocional da criança, sendo que os direitos desta não podem ser subjugados aos dos pais e dos dadores. Entre os argumentos favoráveis à manutenção da regra do anonimato, invocou-se que os direitos dos pais e dos dadores também merecem tutela, a existência de risco de ferir a paz familiar, e a possibilidade do recrutamento de dadores poder ser afectado (Wallbank, 2004: p. 258). As alterações foram aprovadas em 2008.

Ainda em matéria de anonimato há a referir o caso francês, cujo ordenamento impõe a identificação do dador (Aguilar, 2000: p. 701-703, 708). Em Espanha prevê-se que as pessoas nascidas de procriação heteróloga acedam a informações gerais sobre os dadores, mas, em regra, sem a sua identificação.

Relativamente ao acesso às técnicas, a acrescentar aos casos indicados no relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, é importante referir o caso dinamarquês, onde, apesar de ser considerado um dos países mais liberais em matéria de reconhecimento de direitos aos casais do mesmo sexo, foi aprovada, em Maio de 1997, legislação que permitia a utilização da procriação assistida apenas a mulheres numa relação heterossexual estável, excluindo-se assim os casais de lésbicas e as mulheres sozinhas. No debate que se prolongou para lá da aprovação do diploma legal manifestou-se a preocupação com o bem-estar da criança por se entender que esta tem

direito a um pai e uma mãe. Sublinhou-se a importância de não colocar em causa o princípio de que a criança necessita de um pai, temendo-se que a aceitação da maternidade autónoma nesta matéria afectasse a importância do pai noutras áreas do direito da família. Não estaria, assim, em causa a capacidade das mulheres sózinhas ou em casais do mesmo sexo exercerem adequadamente o seu papel parental mas antes a convicção de que a existência de um pai é importante para a criança (Lttichau, 2004: p. 82-88). Mas, recentemente, em Maio de 2006, a legislação foi alterada, tendo o parlamento dinamarquês aprovado, por apenas um voto de diferença, legislação que permite o acesso por mulheres sózinhas ou no seio de um casal do mesmo sexo.

Uma referência ainda ao Canadá, onde, em alguns Estados, é possível que duas mulheres acedam à procriação assistida, ficando a parceira da mulher inseminada como co-parente. Embora não existindo uma norma legal específica para a homoparentalidade, algumas decisões judiciais aplicaram a presunção de parentalidade (idêntica à lei portuguesa) a casais de lésbicas. A questão da determinação da filiação só se torna problemática se o dador reivindicar o seu estatuto de pai. Mesmo neste caso, no Québec tende-se a atribuir decisiva relevância ao projecto de parentalidade, excluindo-se o dador da paternidade jurídica por este não ter participado do projecto de parentalidade. (Boyd, 2007: p. 3-4, 14).

Por último, quanto ao regime de filiação, as soluções, nos ordenamentos onde é permitida a procriação heteróloga, são relativamente consensuais. Na maioria dos regimes legais atribui-se a parentalidade ao beneficiário da procriação assistida, consagrando-se o corte da relação filial com o dador. É o caso, por exemplo, na Alemanha – que tem regras gerais de determinação da filiação muito semelhantes às portuguesas – bem como em Espanha, França e Reino Unido. Mesmo em Itália, onde é proibida a procriação heteróloga, recusa-se, caso ela ocorra, qualquer pretensão de paternidade ao dador.

Capítulo 4. Interpretar o debate e a lei

Potencialidades procriativas perturbadoras

Os desenvolvimentos tecnológicos em matéria de reprodução permitem a dissociação entre procriação e acto sexual. As consequências dessa dissociação são perturbadoras para a sociedade, a julgar pelos argumentos mobilizados e pelo tempo investido na discussão pública de três dos vários aspectos suscitados por esses desenvolvimentos: (1) a admissibilidade da procriação heteróloga, (2) o anonimato do dador, (3) as condições pessoais de acesso às técnicas. De facto, as novas potencialidades tecnológicas colocam os sistemas jurídico e político sobre pressão: entende-se ser necessário garantir que as possibilidades geradas pela tecnologia não se constituam automaticamente em ocorrências efectivas; ambos os sistemas assumem, portanto, que há uma necessidade de disciplina jurídica. As novas potencialidades técnicas em matéria de reprodução geram uma conflitualidade entre esses dois sistemas e o sistema científico, uma vez que “a tecnociência biomédica está sempre na iminência de se tornar maleficiente – que de modo nenhum é o mesmo que dizer que o seja efectivamente” (Cascais, 2006: p. 1023). A este propósito convém lembrar que a liberdade de investigação científica também é um valor constitucionalmente protegido (artigos 42.º e 73.º, n.º 4, da Constituição).

No que respeita ao acesso às técnicas, a lei aprovada consagra o quase total consenso em torno da defesa de uma concepção heterossexual de família. No sistema político, mesmo as posições dos partidos habitualmente mais liberais nesta matéria foram tímidas, e no seio do PS não houve vozes favoráveis, ao contrário do que acontece, por exemplo, com a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Do exterior do sistema político, as pressões são pouco acentuadas, mesmo por parte das organizações LGBT, o que se pode explicar que pelo seu fraco dinamismo quer porque as suas reivindicações se centram ainda na questão do casamento.

Para as restrições no acesso, podemos encontrar, como refere Miguel Vale de Almeida, uma justificação simbólica. É que no seio de um casal de sexo diferente que recorre a dador para procriar pode ficcionar-se socialmente a situação de uma

procriação natural, uma vez que existe uma correspondência em termos de visibilidade decorrente da biparentalidade heterossexual. Tal não acontece no caso da mulher sozinha ou do casal do mesmo sexo que acede às técnicas; neste caso não é possível ficcionar que a criança é fruto da procriação natural.

Independentemente das razões que possamos encontrar para impor limites legais à livre utilização das técnicas de procriação, o que se pode concluir com segurança é que o regime legal português ainda não atribui relevância decisiva ao elemento volitivo no plano da determinação dos vínculos de filiação. E subsiste a concepção segundo a qual a actividade procriativa deve ser controlada pelo Estado com o argumento de que o interesse da criança é um interesse público a proteger.

Interpretação restritiva do direito de constituir família

Todo o processo legislativo dirigido à procriação assistida, desde os primeiros esboços políticos, passando pela revisão constitucional em 1997, até à lei aprovada na Assembleia da República em 2006, procurou resolver o dilema entre o progresso científico aplicado ao domínio da reprodução e a necessidade de impor limites às potencialidades de tal progresso, tendo em consideração que as técnicas de procriação assistida obrigaram a actualizar a interpretação do direito de constituir família consagrado no artigo 36.º da Constituição. Argumenta-se que o direito à procriação, corolário do direito de constituir família, inclui o (e é ampliado pelo) direito a aceder às tecnologias de reprodução assistida. Porém, no político, como no jurídico, tem-se procurado garantir que a procriação assistida seja utilizada como último recurso para o acesso ao direito a procriar por parte dos casais com problemas de infertilidade. Para além das disposições legais claramente restritivas – a infertilidade, comprovada através de diagnóstico médico, é condição de acesso às técnicas – há normas de carácter mais estritamente ideológico do que de efectiva restrição – a informação sobre as implicações éticas, sociais e jurídicas é colocado como condição do consentimento livre e esclarecido por parte dos beneficiários, e a informação acerca das condições de acesso à adopção, bem como da sua relevância social, é consagrado como um direito dos beneficiários – mas igualmente reveladoras da preocupação dos políticos em clarificar o carácter subsidiário e excepcional deste modo de procriação. Deste modo, a Lei 32/2006 consagrou limitações à autonomia individual e ao desejo de procriar e restringiu a

dissociação plena entre procriação e acto sexual. Como resultado desta limitação, embora sendo tecnicamente possível que, quer as pessoas fora de um contexto de conjugalidade, quer os casais do mesmo sexo acedam à procriação, legalmente, como resultado de um quase consenso nos sistemas político e jurídico, tal é proibido em Portugal. Mesmo os projectos de lei do BE e do PCP que propunham o acesso por mulheres sós mantinham como condição a situação de infertilidade. Vários intervenientes no debate argumentaram que as técnicas de procriação não estariam, nestes casos, a solucionar um real problema de infertilidade, funcionando antes como um meio para contornar os constrangimentos biológicos, isto é, a necessidade de um acto (hetero)sexual. Concretizando este entendimento dominante, a legislação criada veio restringir as oportunidades associadas às técnicas de procriação assistida. Impede as dissociações entre procriação e conjugalidade e entre procriação e heterossexualidade, exactamente porque impõe limites à dissociação entre procriação e acto sexual. Percebe-se que invocar o direito à procriação para as pessoas inférteis tem implícita a aceitação de que a procriação assistida é um método subsidiário e não alternativo de reprodução; portanto, recusa-se a procriação assistida como meio de procriação alternativo, livremente disponível para quem pretenda procriar sem recurso ao acto sexual. A subsidiariedade da procriação heteróloga é uma questão consensual entre os intervenientes políticos e jurídicos, não havendo ninguém a defendê-la como uso alternativo de procriação.

Uma vez mais de percebe que as limitações legais às possibilidades geradas pelas tecnologias reprodutivas vieram preservar o modelo de parentalidade assente no vínculo biológico, negando relevância aos actos de mera vontade: vontade de procriar mesmo por pessoa contextualmente impossibilitada de o fazer. Desta limitação se conclui que, sob a aparência de uma disciplina liberal no acesso às técnicas, o direito à procriação, na sua vertente medicamente assistida, colocado em dependência de um problema de saúde e restringido a casais heterossexuais com relacionamento estável, constitui uma interpretação restritiva do direito constitucional a constituir família (artigo 36º da Constituição). Ora, como referem André Pereira e Vera Raposo, “[c]aso se entenda que a reprodução configura um direito fundamental da pessoa, mais propriamente um direito de quarta geração – inclusive com assento constitucional, por via do direito a constituir família (art. 36.º [...da Constituição]), ou eventualmente do

direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1 CRP), ou ainda, mas em termos mais longínquos, do direito à saúde (art. 64º CRP) – poderemos deparar-nos aqui com uma violação inconstitucional de um direito fundamental.” (Raposo, 2006: p. 93).

Note-se, ainda, que a Lei 32/2006 contém algumas incoerências, pois embora proíba o acesso fora de um contexto de conjugalidade heterossexual, a verdade é que no caso de recurso às técnicas por mulher casada, ou em união de facto, mas sem consentimento do marido, ou unido de facto, fica apenas estabelecida, para efeitos de registo, a maternidade, afastando-se a regra de geral de investigação oficiosa da paternidade. Acresce que a lei prevê a possibilidade de impugnação da paternidade com fundamento em ausência de consentimento (artigo 20.º, n.º 5), o que pode também resultar numa situação de monoparentalidade que a própria lei pretende proibir.

A relevância da bio-identidade

Ao permitir a procriação heteróloga e ao estabelecer o vínculo de filiação com o marido ou com o homem vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que aquele tenha havido consentimento na inseminação, e, concomitantemente, excluindo totalmente desse vínculo o dador de sémen (artigos 20.º, n.º 1 e 21.º), a Lei 32/2006 não acolhe as posições de juristas que advogam a essencialidade do elemento biológico na parentalidade e, neste sentido, parece optar pelo vínculo social em detrimento do biológico. Porém, a lei de procriação medicamente assistida, embora permitindo a procriação heteróloga, que faz cair o vínculo genético como elemento essencial da paternidade, remete essas técnicas para uma posição subsidiária. Só é possível recorrer a elas se a procriação homóloga for impossível. Nesta subsidiariedade está patente a relevância que políticos e juristas atribuem ao vínculo genético em detrimento do projecto de parentalidade; ao admitir-se a procriação heteróloga apenas em circunstâncias excepcionais, a lei consagra a vontade de dissociar o mínimo possível a parentalidade social e a parentalidade biológica. Parece haver um esforço de naturalização da parentalidade possibilitada pela reprodução assistida: aceita-se que as possibilidades tecnológicas sejam utilizadas para corrigir as falhas da natureza mas não para violar os seus pressupostos.

Por outro lado, embora, para determinação da filiação, o texto legal dê primazia ao critério volitivo em detrimento do critério biológico, nele não se descarta em absoluto a necessidade de descoberta da verdade biológica, seja porque se prevê que a pessoa nascida em consequência de processos de procriação heteróloga possa obter as informações de natureza genética que lhe digam respeito, seja porque se consagra a possibilidade de obter informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas, seja ainda por se atribuir relevância à paternidade biológica para efeitos de impedimentos matrimoniais.

A Lei 32/2006 contém diversas remissões para o regime jurídico da parentalidade contido no Código Civil, o que, dada a primazia do critério biológico que aí vigora, contrariamente ao que acontece na lei de procriação medicamente assistida, parece originar dificuldades na conciliação dos dois regimes. De facto, o critério biológico é, pelo menos no plano da intenção expressa da lei civil, o critério regra na determinação da paternidade. Esse critério é invocado mesmo pelo recurso à presunção, já que, quando nos artigos 1796.º, n.º 2, e 1826.º, n.º 1, do Código Civil se estipula que a paternidade é presumida em relação ao marido da mãe, ocorre, de facto, a presunção do fundamento biológico da paternidade. Mas importa não esquecer que, no sistema legal português, a determinação da paternidade está estritamente relacionada com o casamento, pois fora deste – na união de facto, por exemplo – a filiação não se estabelece por presunção mas sim pelo reconhecimento.

Os argumentos em torno da importância do conhecimento das origens genéticas são, objectivamente, algo difíceis de sustentar se tomarmos como comparação a ausência de preocupação com a correspondência entre a paternidade biológica e a paternidade social nos casos de procriação natural. É que, estabelece o Código Civil que, sem prejuízo da possibilidade de impugnação, a paternidade jurídica decorre de uma presunção legal e não da efectiva aferição do vínculo genético. Por este motivo, a recusa da procriação assistida com dador só pode situar-se no plano ideológico. É certo, porém, que este dispositivo funciona também em favor da defesa da paz familiar, pelo que, na análise às tensões entre critérios de paternidade não será de excluir a tensão entre a conceptualização biológica de paternidade e as limitações ao critério biológico exactamente em nome deste valor. Em favor da paz familiar funciona também uma outra excepção à relevância atribuída pela lei ao vínculo de sangue; é o caso dos

nascimentos registados sem identidade do pai quando exista indício de que a criança é fruto de uma relação incestuosa; nesta circunstância, ao contrário do que acontece com qualquer caso de registo apenas com a identidade da mãe, o funcionário do Registo Civil não deve a remeter a tribunal a respectiva certidão, que, nos restantes casos, sustentará o processo de averiguação oficiosa de paternidade a promover pelo Ministério Público (artigo 121.º n.º 3 do Código do Registo Civil: A remessa da certidão não tem lugar se, conhecido o nome do pretense pai, o conservador verificar que este e a mãe são parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral). Ou seja, como refere Machado (1999), “a relevância atribuída pela lei aos laços de sangue no estabelecimento da paternidade é restritiva, surgindo uma distinção entre laços de sangue ‘reconhecíveis’ e ‘outro laços de sangue’ que devem ser excluídos e mesmo, se possível, ocultados”.

Em última instância, toda esta problemática remete para a tensão entre parentalidade enquanto realidade biológica e parentalidade como projecto. A disciplina legal aprovada parece consagrar uma sobrevalorização do vínculo genético face aos laços sociais e ao projecto de parentesco. Terá então razão Helena Machado (1999) quando, a propósito das investigações judiciais de paternidade, refere que há, no sistema jurídico português, uma “hipervalorização da função dos genes na construção da identidade pessoal e social de um indivíduo”, a ascendência genética “é percebida como um elemento estruturante fundamental da identidade e personalidade de um indivíduo”, e a “identidade de um indivíduo é, assim, reduzida a uma construção molecular, aos genes de cada um, segundo uma catalogação previamente definida por instituições científicas.”. Ora, como evidencia Susana Silva, “A valorização da categoria bio-genética como o principal elemento que enforma a identidade dos indivíduos contribui para obscurecer a complexidade e ambivalência dos mecanismos sociais e psicológicos envolvidos na construção da identidade e da cidadania, cuja multiplicidade e fluidez não são compagináveis com interpretações reducionistas que se alimentam da dominação das explicações bio-genéticas sobre identidade e natureza humana.” (2009, p. 93).

O superior interesse da criança não concebida

A disciplina legal sobre as potencialidades tecnológicas em matéria reprodutiva vem tornar claro que a liberdade reprodutiva não é um dado adquirido. Se o controlo sobre o comportamento sexual da mulher é bem expresso, por exemplo, na norma que determina a investigação oficiosa da paternidade, independentemente da vontade da mulher, a proibição de acesso à procriação assistida por parte de mulheres sozinhas vem evidenciar que a mulher não é livre de procriar como entende e como a natureza e a tecnologia lhe permitem. Esta restrição à liberdade e este controlo sobre os comportamentos procriativos são feitos em nome do superior interesse da criança.

Boa parte da elaboração teórica relativa à defesa do interesse da criança baseia-se na noção de dignidade da pessoa humana, conceito jurídico que assume uma relevância central no sistema jurídico português e se revela especialmente marcante nesta temática. Note-se a este propósito que, enquanto o texto constitucional utiliza a expressão *dignidade da pessoa humana*, quer no artigo 67.º, n.º 2, alínea e) quer no artigo 1.º para o qual aquele parece remeter, a Lei 32/2006 refere-se a *dignidade humana* (artigo 3.º). Poderá esta diferenciação encerrar algum sentido explicativo? Já referi a distinção que Habermas estabelece, associando dignidade humana à inviolabilidade da pessoa, e dignidade da vida humana à indisponibilidade da vida humana pré-pessoal. Poderia ser que, como referem André Pereira e Vera Raposo, na legislação portuguesa tal diferenciação tivesse “um elevado potencial heurístico no que diz respeito ao estatuto jurídico do embrião e à protecção jurídica da espécie humana. Com efeito, embora a lei não equipare embrião humano a pessoa humana, não deixa de lhe atribuir uma reforçada protecção jurídica” (Raposo, 2006: p. 91). Julgo, porém, que, por muito que possa ser atraente pensar que a diferente utilização das duas expressões tenha um significado no plano desta produção legislativa, a verdade é que basta ler as actas dos trabalhos parlamentares da 4.ª revisão constitucional para perceber que a utilização pelos deputados é indistinta e que o artigo 67.º poderia ter ficado com a expressão *dignidade humana*, em vez de *dignidade da pessoa humana*, sem que isso tivesse qualquer significado no plano da intenção dos deputados.

A maioria dos políticos, bem como quase todos os juristas, entende que o adequado desenvolvimento da criança carece de uma estrutura familiar biparental e heterossexual. Dito de outro modo, pressupõe-se que a biparentalidade heterossexual

garante a satisfação das necessidades financeiras, emocionais e psicológicas da criança, necessidades que uma mulher só ou um casal de mulheres serão incapazes de satisfazer integralmente.

Por outro lado, esta posição dos juristas é, frequentemente, desenvolvida com base em argumentos não jurídicos (éticos, filosóficos, sociais, etc.) e raramente são feitas referências a análises de quaisquer ciências sociais, humanas e do comportamento ou são sequer citados especialistas nesses domínios para suportar os argumentos acerca das consequências nefastas da dissociação entre paternidade genética e social ou dos contextos marginais à conjugalidade heterossexual. Assim, tudo parece situar-se no plano das convicções e, portanto, no domínio da ideologia e não do conhecimento científico.

Se tomarmos como exemplo a ideia de *superior interesse da criança*, talvez se possa considerar que certas ideias mobilizadas no interior do sistema político são auto-referenciais. Este modo auto-referencial revela-se quando a discussão política ocorre com base em premissas, valores básicos que sustentam a pressuposição de um consenso no início de um processo comunicacional (Luhmann, 1981, p. 42). Ora, percebe-se que qualquer discussão política que possa afectar as condições de existência das crianças parte da ideia segundo a qual existe um interesse da criança, que é superior e, como tal, deve ser defendido; parte de um consenso não questionável na comunicação política, ou, pelo menos, intui que existe esse consenso. Não sendo questionável, a ideia também não carece de especial fundamentação, vale por si mesma como argumento quer para defender a relevância do vínculo genético quer para definir restrições no acesso à procriação assistida. Tudo isto independentemente de qualquer preocupação em concretizar uma noção que é notoriamente indeterminada, e desconsiderando-se, na lógica da discussão política, que em nome da defesa do superior interesse da criança (em abstracto) a criança (em concreto) não se chegue sequer a ser concebida.

Um processo legislativo complexo

A necessidade, sentida pelo sistema político, de regulamentar as técnicas de procriação assistida é um bom exemplo de como a comunicação política se mostra sensível aos problemas gerados na sua envolvente social, neste caso, aos problemas

associados às potencialidades tecnológicas em matéria de procriação. Mas os termos em que o processo de decisão legislativa se desenvolveu, nomeadamente os períodos de não-decisão até 1997 e, especialmente, entre 1999 e 2006, bem como o próprio veto presidencial em 1999, ilustram bem como as decisões políticas se submetem à lógica da vitória/derrota, o que justifica a sua descontinuidade.

Não podemos descurar, claro está, um dado essencial deste processo legislativo: os avanços legislativos ocorreram sempre em legislaturas em que o PS detinha maioria parlamentar; facto que parece suportar a ideia segundo a qual é no seio do PS que se faz a ponderação entre a aprovação ou não de legislação liberalizante em matéria de costumes. Foi assim com a procriação assistida, como já tinha sido com as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo, e como veio a ser mais tarde com a despenalização do aborto.

Mas o aspecto mais relevante deste processo é a relação do político com os sistemas envolventes, em particular com o jurídico. Nas primeiras etapas do processo legislativo, ocorreu uma significativa blindagem do sistema político ao seu entorno, incluindo os sistemas jurídico e científico. Terá sido mesmo essa blindagem que motivou o veto presidencial, dada a pressão que entretanto a esfera científica exerceu por discordar de algumas das soluções legais encontradas. Na fase final, que culminou com a aprovação da Lei 32/2006, a abertura ao científico ocorreu, nomeadamente através das audições de diversas entidades, mas tal não conduziu a mudanças significativas na lei. A blindagem ocorreu ainda de forma mais evidente em relação ao jurídico, como se percebe pela ausência de referências jurídicas durante o processo, o que resultou na aprovação de um texto legal em que a maioria dos juristas não se revê.

De certo modo, podemos dizer que a Lei 32/2006 não decorreu de um processo de debate com os sistemas científico e jurídico mas antes de dinâmicas próprias do sistema político, já que a única questão que esteve verdadeiramente em discussão ao longo de todos os anos em que decorreu o processo legislativo foi o anonimato do dador. As restantes soluções legais são as que se propuseram desde início. Aliás, a Lei 32/2006 não veio introduzir significativas diferenças face ao regime legal anterior, pois o Código Civil previa já a inseminação com dador e continha uma regra que, para alguns juristas, deveria ser entendida como um autêntico critério de filiação a funcionar ao lado da filiação natural e da adopção. Objectivamente, tratou-se, no essencial, de definir os

métodos a que seria legítimo recorrer e de aprovar normas a respeitar pelos intervenientes no processo procriativo. É certo, porém, que a norma do Código Civil era de interpretação controversa e foi muito em torno dela, bem como dos projectos legislativos que foram sendo apresentados, que se fez o essencial da discussão doutrinária. A norma verdadeiramente inovadora é a do anonimato do dador, e aqui as posições dos juristas foram desconsideradas face à pressão dos cientistas. Por outro lado, o conteúdo da lei 32/2006 é, no essencial, igual aos projectos apresentados cerca de 15 anos antes. É provável que em 2006 se tenha evitado a introdução de normas mais polémicas, nomeadamente a possibilidade de acesso por mulheres fora de um contexto de conjugalidade, para evitar novas controvérsias e um eventual veto presidencial. Por outro lado, as primeiras iniciativas legislativas em Portugal tiveram como referência a legislação aprovada na Grã-Bretanha, no início da década de 90, na sequência do relatório Warnock; e, como as opções legislativas se mantiveram, o parlamento português veio a aprovar, em 2006, legislação idêntica à que fora aprovada no Reino Unido em 1990, na linha das principais recomendações do Relatório Warnock, mas, curiosamente, com significativas diferenças relativamente à que vigora actualmente nesse país, considerando as alterações em matéria de anonimato e de acesso às técnicas entretanto introduzidas.

Conclusão

A inseminação artificial, que dissocia parentalidade genética e parentalidade social, parece ser entendida como uma ameaça para a concepção heterossexual da família, porque questiona a reprodução heterossexual. A introdução de restrições no acesso às técnicas de reprodução assistida, baseada em argumentos de defesa do interesse da criança ainda não concebida, pode ser entendida como uma forma de controlo sobre os modelos de família e de tentativa de disciplinar as vivências de parentalidade adequando-as ao modelo dominante. Parece haver um intuito de normalização, pois, ao invocar-se o superior interesse da criança, hiper-valorizam-se os laços genéticos ao mesmo tempo que se desqualificam os contextos mono e homoparentais.

O longo processo que conduziu à aprovação da Lei 32/2006 revela como as decisões políticas são sensíveis às tensões que se desenvolvem noutras esferas sociais, seja porque fornece a própria sugestão para a iniciativa política seja pelos argumentos que são mobilizados na discussão política. Contudo, revela também que a condição essencial para a produção de decisões políticas é a auto-referência política. Ideias como o *direito à historicidade pessoal*, a *dignidade humana* e, muito especialmente o *superior interesse da criança*, conceptualizadas no sistema jurídico, são importadas para a comunicação política despidas de qualquer esforço conceptual para valerem por si mesmas enquanto argumentação política. Quer isto dizer que, em Portugal, no sistema político, o retorno a uma comunicação que naturaliza a filiação, como é diagnosticado por Borrillo e Fassin para a realidade francesa, é feito a partir da mobilização do *superior interesse da criança* como argumento para justificar de forma quase inquestionável as restrições no acesso às técnicas de procriação assistida e a um certo reforço da essencialidade do vínculo genético que a filiação adoptiva parecia poder abalar mas que nos processos de determinação da paternidade mantém toda a sua pujança. O *superior interesse da criança* parece funcionar como premissa incontestável que, por si só, abala e faz ceder o princípio da autonomia individual – entendido na comunicação política como um valor inferior àquele – consubstanciado no direito à

procriação, uma ideia que, apesar de em reatualização no sentido de incluir o direito à procriação assistida, tem um carácter menos indeterminado. Para funcionar como argumento numa discussão verdadeiramente pública e participada – fundamento da legitimidade da lei como nos ensina Habermas – o *superior interesse da criança* é uma ideia que careceria de justificação e concretização, o que não acontece na comunicação política.

O cruzamento entre os argumentos políticos e jurídicos, tendo como referência o próprio texto legal, revela que sob o tema da procriação assistida se oculta uma diversidade de problemas. Nem sequer me refiro a problemas que não foram aqui abordados – a colonagem ou o tratamento a dar aos embriões excedentários, só para referir dois exemplos. É que sob a unidade aparente de um tema que mereceu um corpo legislativo autónomo – a Lei da Procriação Medicamente Assistida – cruzam-se, de forma algo accidental, uma variedade de tensões. Seja o medo dos malefícios das tecnológicas biomédicas, a problematização das concepções dominantes de relação familiar, as resistências em afastar-se dos fundamentos biológicos da filiação e em atribuir relevância ao mero elemento volitivo, ou as formas de resolução dos confrontos entre valores fundamentais, como o direito à procriação e o direito da criança, todos estes problemas comportam uma conflitualidade latente ou manifesta que os sistemas político e jurídico procuram resolver segundo as suas lógicas próprias; lógicas que estão na base desta forma de tratamento unitário de um tema que é, na essencialidade, marcado pela diversidade de tensões.

Bibliografia

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2000), “O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, pp. 655-713.

ALMEIDA, Miguel Vale de (2006), “O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre ‘gentes remotas e estranhas’ numa ‘sociedade decente’”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 76, pp. 17-31.

ARAÚJO, Fernando (1999), *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina.

ARCHER, Luís (2006), *Da Genética à Bioética*, Coimbra, Associação Portuguesa de Bioética / Gráfica de Coimbra.

ASCENSÃO, José de Oliveira (2000), “Procriação Assistida e Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra, Almedina, pp. 645-676.

ASCENSÃO, José de Oliveira (2007), “A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, vol. III.

ASCENSÃO, José de Oliveira (2008), “O Início da Vida”, in José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Almedina, pp. 9-28.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA (2005), Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05, Relatores: Rui Nunes, Helena Melo.

BARBAS, Stela de Almeida Neves (1998, 2006), *Direito ao Património Genético*, Coimbra, Almedina (reimpressão).

BARBAS, Stela de Almeida Neves (2007), *Direito ao Genoma Humano*, Coimbra, Almedina.

BARBAS, Stela de Almeida Neves (2008), “Investigação da Filiação” in José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Almedina, pp. 29-72.

BORRILLO, Daniel (2009), “La vérité biologique Contre l’homopaternalité: le statut du beau-parent ou le «PaCS de la filiation»”, *Droit et Société*, 72/2009, pp. 361-371.

BOYD, Susan (2007), “Gendering legal parenthood: bio-genetic ties, intentionality and responsibility”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, pp. 55-85.

CABRAL, João de Pina (1993), “A lei e a paternidade: as leis de filiação portuguesas vistas à luz da antropologia social”, *Análise Social*, vol. XXVIII (123-124), pp. 975-997.

CAMPOS, Diogo de Leite (1997, 2008), *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina.

CAMPOS, Diogo Leite de (2008), “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito”, in José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Almedina, pp. 73-86.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.

CASCAIS, Fernando António (2006), “A experimentação humana e a crise da auto-regulação da biomedicina”, *Análise Social*, (181), pp. 1011-1031.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona (2005), “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)”, in Ascensão, José de Oliveira (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, pp. 93-112.

DEPARTMENT OF HEALTH (2002) *Donor Information Consultation: Providing Information about Gamete or Embryo Donors*, disponível em:

http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4018774.pdf [último acesso em Jul. 2009]

DIAS, João Álvaro (1996), *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Universidade de Coimbra / Coimbra Editora.

DUARTE, Tiago (1997, 2003), *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, Almedina.

FARIA, Paula Lobato (1986), “Procriação artificial humana – os primeiros passos legislativos”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, n.º 3-4.

FARIA, Paula Lobato (2008), “O Biodireito: Novos Princípios, Actores e Instrumentos de Regulação”, in Maria Eduarda Gonçalves, Pierre Guibentif (coord.), *Novos Territórios do Direito – Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*, Estoril, Principia, pp. 137-147.

FASSIN, Éric (2009), “Entre famille et nation: la filiation naturalisée”, *Droit et Societé*, 72/2009, pp. 373-382.

GUIBENTIF, Pierre (1992), Recensão a Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats, *Sociologia – Problemas e Práticas*, n.º 12, pp. 233-241.

GUIBENTIF, Pierre (1994), “Approaching the production of law through Habermas’s concept of communicative action”, *Philosophy & Social Criticism*, vol. 20, n.º 4, SAGE, pp. 45-70.

GUIBENTIF, Pierre (2005), “O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica.”, in José Manuel Santos (org.), *O Pensamento de Niklas Luhmann*, Universidade da Beira Interior, pp. 185-252.

GUIMARÃES, Ana Paula (1999), *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Coimbra Editora.

HABERMAS, Jürgen (1992, 1998), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press.

- HABERMAS, Jürgen (1994), “Postscript”, in Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen (2000, 2006), “Un Argumento contra la clonación de seres humanos. Tres Réplicas”, *Revista Selecciones de Bioética*, Instituto de Bioética-Cenalbe, n.º 9, pp.6-14.
- HABERMAS, Jürgen (2001, 2006), *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho de uma Eugenia Liberal?*, Coimbra, Almedina.
- HABERMAS, Jürgen (2002), Posfácio, in Jürgen Habermas, *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho de uma Eugenia Liberal?*, Coimbra, Almedina, 2006.
- LIMA, Pires de, Varela, Antunes (1995), *Código Civil Anotado*, Volume V, Coimbra, Coimbra Editora, anotação ao artigo 1839.º.
- LOUREIRO, João Carlos (1999), “O direito à identidade genética do ser humano”, in Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra, pp. 263-389.
- LOUREIRO, João Carlos (2006a), “Nota de apresentação”, in Jürgen Habermas, *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho de uma Eugenia Liberal?*, Coimbra, Almedina, pp. 7-38.
- LOUREIRO, João Carlos (2006b), “Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação medicamente assistida heteróloga”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 6, pp. 5-48.
- LTICHAI, Ingrid (2004), “‘We are Family’: The Regulation of ‘Female-Only’ Reproduction”, *Social Legal Studies*, n.º 13, pp. 81-101.
- LUHMANN, Niklas (1981, 1990), “Political Theory in the Welfare State”, in Niklas Luhmann, *Political Theory in the Welfare State*, Berlin – New York, Walter de Gruyter, 1990, pp. 21-115.
- MACHADO, Helena Cristina Ferreira (1999), “«Vaca que anda no monte não tem boi certo»: uma análise da prática judicial de normalização do comportamento sexual e procriativo da mulher”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 55, pp. 167-184.
- MELO, Helena Pereira de (2000), “Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas”, in Rui Nunes e Helena Melo, *Genética e Reprodução Humana*, Coimbra, Serviço de Bioética e Ética Médica – Faculdade de Medicina da Universidade do Porto / Gráfica de Coimbra, pp. 159-272.
- NETO, Luísa (2004), *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade do Porto / Coimbra Editora.
- NEVES, A. Castanheira (2003), *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra.
- OLIVEIRA, Guilherme de (1989, 2005), “Aspectos jurídicos da procriação assistida”, in Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Centro de Direito

Biomédico - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2.^a edição, 2005, pp. 5-30.

OLIVEIRA, Guilherme de (1990, 2005), “Beneficiários da procriação assistida”, in Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2.^a edição, 2005, pp. 31-58.

OLIVEIRA, Guilherme de (1998, 2003), *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, Guilherme de (2004), “Transformações do Direito da Família” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

OLIVEIRA, Guilherme de (2005a), “Legislar sobre Procriação Assistida”, in Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2.^a edição, 2005, pp. 87-104.

OLIVEIRA, Guilherme de (2005b), “O Sangue e o Direito – Entre o Ser e o Pertencer”, in Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2.^a edição, 2005, pp. 87-104.

OTERO, Paulo (1999), *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina.

PATTO, Pedro Vaz (2008), “A Procriação Artificial e a Dignidade da Pessoa Humana” in Pedro Vaz Patto, *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Coimbra, Almedina, pp. 127-130.

PEREIRA, Joana Cabral (2002), “Considerações sobre o Artigo 1839.º n.º 3 do Código Civil (Implicações Ético-Jurídicas da Inseminação Artificial Heteróloga)”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, n.º 292, Tomo LI, pp. 151-175.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2005), “Procriação Medicamente Assistida”, in Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura (coord.), *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, pp.753-785.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2007), *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2008a), *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Jorge Duarte (2008b), “Mãe Portadora. A Problemática da Maternidade de Substituição” in José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Almedina, pp.323-44.

RAPOSO, Vera Lúcia (2006), “Comentário à Recente Lei Espanhola de Reprodução Assistida”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 6, Coimbra, Centro de Direito Biomédico / Coimbra Editora, pp. 153-165.

RAPOSO, Vera Lúcia, Pereira, André Dias (2006), “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho)”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 6, Jul / Dez 2006, Centro de Direito Bioético – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 89-104.

REHG, William (1998), “Translator’s Introduction”, in Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press.

REIS, Rafael Luís Vale e (2008), *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora.

ROSEIRA, Maria de Belém (2007), “O processo de elaboração da Lei n.º 32/2006”, *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, Instituto Nacional de Administração, n.º 45, pp. 55-61.

SCHENKER, G. (1997), “Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects”, *Human Reproduction Update*, vol. 3, n.º 2, pp. 173-184.

SILVA, Susana (2009), “Direito, genética e família: o caso da doação de gâmetas em Portugal”, in Susana Silva, Luísa Veloso (coord), *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para uma Reflexão*, Porto, U.Porto Editorial, pp. 83-99.

SMITH, Jennifer (2003), “‘Suitable mothers’: lesbian and single women and the ‘unborn’ in Australian parliamentary discourse”, *Critical Social Policy*, n.º 23, pp. 63-88.

STORROW, Richard F. (2002), “Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage”, *Hastings Law Journal*, vol. 53, pp. 597-679.

VARELA, Antunes (1994), “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127.º (1994/1995), n.º 3843, pp. 162-163, n.º 3844, pp. 194-196, n.º 3846, pp. 266-270.

WALLBANK, Julie (2004), “The Role of Rights and Utility in Instituting a Child’s Right to Know Her Genetic History”, *Social Legal Studies*, 13, pp. 245-264.