

RAFAEL VALE E REIS

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO,
ANONIMATO DO DADOR
E OUTROS PROBLEMAS

ÍNDICE

•

Nota prévia e agradecimentos.....	7
Abreviaturas	9
INTRODUÇÃO	11
§ 1 Problemas em análise.....	13
§ 2 A importância da casuística.....	17
CAPÍTULO I	
REGULAMENTAÇÃO DA PMA	
§ 1 A regulamentação da PMA e o seu papel impulsionador das preocupações éticas e jurídicas em torno da medicina.....	21
1. Desafios da construção do Direito aplicável à genética e à biotecnologia humana.....	21
2. Momento decisivo para a chegada do Direito à PMA	25
3. Modelos de regulamentação da PMA	26
3.1. Modelo de base constitucional.....	27
3.2. Modelo proscritivo, de pendor criminal.....	28
3.3. Modelo da regulação legislativa especial.....	29
3.3.1. Discussão em torno da necessidade de uma legislação especial de PMA.	34
3.4. Modelo da auto-regulação, com ou sem normas expressas.....	37
3.5. Modelos mistos	39
§ 2 <i>Quid</i> regulatório e desafios da regulamentação da PMA	41
1. A PMA responsável por quase 0,1% da população mundial e a orientação para os resultados.....	41
2. A necessidade de pensar a regulamentação da PMA como problema sem fronteiras	42

•	
3. Novos desafios jurídicos na PMA	45
3.1. O papel da inteligência artificial.....	45
3.2. A ectogénese	47
3.2.1. Debate em torno da ectogénese	48
3.2.2. A ectogénese e o problema do feto paciente.....	50
3.3. A clonagem reprodutiva e a gametogénese in vitro	50

CAPÍTULO II
ACESSO AOS TRATAMENTOS, CONSENTIMENTO
E OUTROS ASPECTOS CRÍTICOS

§ 1 Acesso à PMA e consentimento informado	61
1. Beneficiários e limites do consentimento.....	61
1.1. O alargamento, em 2016, do quadro de possíveis beneficiários da PMA.....	61
1.1.1. Dúvidas trazidas pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio.....	63
1.2. Outros problemas, contradições e dificuldades.....	64
1.2.1. Acesso à PMA, pelas mulheres, fora de um quadro de infertilidade	64
1.2.2. A mulher casada precisa obter o consentimento do cônjuge ou companheiro(a) para recorrer isoladamente à PMA?.....	68
1.2.3. Implicações indirectas na PMA post mortem.....	70
1.2.4. Requisitos exigíveis na relação more uxorio	71
1.2.5. A mulher casada pode recorrer à PMA com outro(a) companheiro(a), diferente do seu cônjuge?	72
1.2.6. Um homem transgénero, que tenha útero, pode ser beneficiário da PMA?	73
1.3. A versão originária do artigo 6.º da Lei da PMA, o Acórdão do STJ de 06/11/2018 e o fim da presunção de paternidade que constava do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA	76
1.3.1. A eliminação, em 2016, da presunção de paternidade que constava do n.º 1 do artigo 20.º da Lei da PMA	80
1.4. O recurso às técnicas de PMA pelas mulheres, isoladamente, e a dispensa de averiguação oficiosa.....	82
1.5. A gestação compartilhada em união homossexual feminina.....	83
1.6. O limite mínimo de 18 anos para beneficiar das técnicas de PMA ..	85
1.7. Não consagração de um limite máximo de idade para a aplicação das técnicas de PMA.....	86
1.7.1. Limitações de idade impostas no sistema nacional de saúde	88

	•	
1.7.2. Análise.....		88
1.8. O acesso à PMA após a ruptura da relação dos beneficiários: revogação do consentimento e a teoria do consentimento mútuo contemporâneo		92
1.8.1. Problema conexo: destino dos embriões na PMA.....		98
2. Restrições de acesso aos tratamentos baseadas no “estilo de vida” ou noutras condições subjectivas dos beneficiários.....		105
2.1. O tema no TEDH: Acórdão de 4 de Dezembro de 2007, no <i>Case of Dickson v. The United Kingdom</i>		107
2.1.1. Análise.....		109
§ 2 Diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI)		113
1. Da busca do melhor embrião possível à “cláusula de gravidade”.....		113
2. As soluções da Lei da PMA		115
3. A Lei da PMA e o saviour sibling		117
4. O tema no TEDH: <i>Case of Costa and Pavan v. Italy</i> , de 2012		121
4.1. O direito italiano em matéria de DGPI e o aborto terapêutico.....		122
4.2. Decisão do TEDH num caso em que um Estado ultrapassou a margem de apreciação.....		122
4.3. Análise		123
5. Posição do Tribunal Constitucional português.....		124
§ 3 A escolha do sexo na PMA		127
1. Dois paradigmas antagónicos.....		127
2. Argumentos contrapostos.....		129
3. O tema no Acórdão do TC n.º 101/2009, de 3 de Março		133
4. Uma perspectiva de maior abertura relativamente à escolha do sexo		134
4.1. Um modelo possível de escolha de sexo para “family balancing”		136
§ 4 A técnica de terapia de substituição mitocondrial (<i>mitochondrial replacement therapy — MRT</i>).....		141
1. Enquadramento		141
2. Panorama internacional.....		144
3. Admissibilidade da técnica		146
4. A técnica à luz da Lei da PMA		147
§ 5 Breve referência aos casos de responsabilidade médica na PMA		153
1. Enquadramento		153
2. Tipologia de casos		155

3. Análise de casos, em Portugal e em Espanha.....	157
3.1. Caso do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015.....	157
3.2. Dois casos espanhóis	160
§ 6 PMA <i>post mortem</i>	165
1. A tendencial proibição da PMA <i>post mortem</i>	165
2. Alterações à lei em matéria de PMA <i>post mortem</i>	171
2.1. Projectos de alteração da Lei da PMA.....	171
2.2. Os pareceres negativos.....	173
2.3. O regime introduzido pela Lei n.º 72/2021, de 12 de Novembro.....	175
3. Análise	178

CAPÍTULO III A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

§ 1 Enquadramento	185
1. O difícil caminho da gestação de substituição: das Escrituras ao “Baby M” e ao “Baby Gammy”	185
2. Atitudes em face da gestação de substituição: personalismo, contratualismo e ultra-contratualismo	188
3. A perspectiva tradicional: o contrato é nulo por ofender a ordem pública	191
4. O regime francês e o aproveitamento da figura do <i>accouchement sous X</i> (“parto anónimo”).....	196
§ 2 Problemas da <i>gestação de substituição</i> transfronteiriça	201
1. O tema na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: teoria do reconhecimento <i>ex post facto</i> em defesa do superior interesse da criança	201
1.1. Casos envolvendo o Estado francês	201
1.2. O caso <i>Paradiso and Campanelli</i> , na Itália	205
1.3. <i>Advisory opinion</i> de 10 de abril de 2019.....	208
2. A Sentença n.º 835/2013, de 6 de Fevereiro de 2014, do Supremo Tribunal Espanhol.....	210
3. A gestação de substituição no Tribunal de Justiça da União Europeia.....	216
§ 3 <i>De lege lata</i> — A gestação de substituição em Portugal — A gestação de substituição no direito português	219
1.1. Solução originária	219
1.1.1. A criminalização do recurso à maternidade de substituição a título oneroso	220

•	
1.1.2. A não criminalização do recurso à gestação de substituição a título gratuito: análise do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março.....	224
1.2. Solução resultante das alterações legislativas e regulamentares de 2016/2017	225
1.2.1. Regulamentação da gestação de substituição em 2017	227
1.3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril...	230
1.3.1. A gestação de substituição é constitucionalmente admissível.....	234
1.3.2. Persistência no erro.....	235
1.4. Modelo de gestação de substituição de 2021	237
1.4.1. A Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro.....	237
1.4.2. Situações clínicas que podem justificar o recurso à gestação de substituição	238
1.4.3. Impossibilidade de recurso pelos casais homossexuais masculinos	240
1.4.4. Possibilidade de recurso pelas mulheres, isoladamente?.....	244
1.4.5. Revogação do consentimento: espaço para a interrupção voluntária da gravidez e regime geral do arrependimento	245
1.4.6. A incompreensível criminalização da gestação de substituição a título gratuito	249
1.5. O problema da cominação da nulidade para os contratos de gestação de substituição violadores das regras estabelecidas.....	251
§ 4 <i>De lege ferenda</i> — Um caminho para a gestação de substituição	257
1. Modelos de abertura à gestação de substituição em casos excepcionais: Grécia, Reino Unido e Israel	257
2. Realidade(s) norte americanas.....	261
3. Proposta de caminho para o problema do “arrependimento” ou da revogação do consentimento da gestante de substituição: a defesa de um modelo personalista em detrimento de uma solução contratualista.....	263
3.1. Sistema de atribuição ipso iure ou de atribuição decisória dos vínculos de filiação?	263
3.2. Revogação do consentimento na gestação de substituição: matéria contratual ou de direito das pessoas?.....	265
3.3. Necessidade de um sistema profilático do arrependimento.....	269
3.3.1. Perfil da gestante: mulher que já deu à luz e familiar dos beneficiários?	270
3.3.2. Intervenção do tribunal para resolver o conflito entre a gestante e o casal beneficiário logo após o arrependimento da gestante?	273
3.3.3. Solução proposta.....	274
3.3.4. Justificações para a correcção do modelo do Reino Unido.....	278
•	



4. Conteúdo do compromisso entre gestante e beneficiários: imposição de comportamentos à gestante de substituição.....	282
5. Mecanismo especial de arbitramento de compensação de danos na gestação de substituição	288
6. Serão admissíveis, em Portugal, as agências de gestação de substituição?... ..	292
7. Pode o sistema português abrir-se a um modelo comercial de gestação de substituição?	294
8. Problemas futuros: arrependimento para efeitos de ectogénese, substituição da gestação de substituição e gestação de substituição tardia	298

CAPÍTULO IV
O ANONIMATO DO DADOR DO MATERIAL BIOLÓGICO
UTILIZADO NA PMA

§ 1 Enquadramento material — O direito ao conhecimento das origens genéticas.....	303
1. O papel do TEDH, do Bundesverfassungsgericht e do legislador alemão na construção do direito ao conhecimento das origens genéticas	303
1.1. A jurisprudência do TEDH.....	304
1.2. O papel do Bundesverfassungsgericht: a posição clássica iniciada em 1989 e as novidades de 2007 (14).....	306
1.2.1. As origens da construção jurisprudencial.....	306
1.2.2. As decisões do Bundesverfassungsgericht iniciadas em 1988.....	308
1.2.3. Acórdão do Bundesverfassungsgericht de 13 de Fevereiro de 2007 e a Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren	312
1.2.4. Novidades legislativas de 2017: Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, de 17 de Julho de 2017.....	317
2. O direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas no direito português.....	319
3. Dimensões complexas direito ao conhecimento das origens genéticas.....	321
3.1. Breve referência ao conhecimento das origens genéticas no regime da filiação e da adopção à luz das alterações legislativas de 2009 e 2015, respectivamente, e da posição do TEDH de 2017.....	324
3.1.1. Os prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade	324
3.1.2. Os prazos de caducidade do direito de impugnar a paternidade presumida do marido da mãe	330
3.1.3. O direito do adoptado a conhecer a identidade dos progenitores biológicos à luz das alterações legislativas de 2015	334
3.1.4. O caso Silva e Mondim Correia v. Portugal, decidido no Acórdão do TEDH de 3 de Outubro de 2017	338



•	
§ 2 Enquadramento processual — Admissibilidade da <i>acção de informação pessoal</i>	343
1. O exemplo alemão e a importância da acção de informação pessoal.....	343
2. A acção de informação pessoal como acção declarativa e a eventual consagração da possibilidade de suprimento do consentimento para a realização de testes de ADN.....	347
3. Ponto sensível: a interesse em agir e a protecção da organização familiar	349
§ 3 A PMA heteróloga e a solução do anonimato do dador do material biológico	355
1. A falência da perspectiva tradicional em torno da defesa do anonimato na PMA	355
2. Várias perspectivas legais para o anonimato ou a sua abolição	360
2.1. Os casos particulares da Alemanha e da França.....	365
2.1.1. Modelo Alemão.....	365
2.1.2. Modelo Francês.....	368
3. A solução portuguesa do anonimato de 2006.....	370
4. Os riscos da abolição absoluta da regra do anonimato — o argumento da escassez de dadores e os “double track” systems	375
5. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril.....	377
5.1. Posição inovadora do TC	377
5.2. A não limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade	379
6. Regime introduzido pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho	381
6.1. Sentido do actual n.º 5 do artigo 15.º da Lei da PMA.....	386
7. Proposta de soluções mais harmonizadoras dos interesses em conflito	387
7.1. Regras para a revelação da identidade civil do dador.....	389
7.2. A importância da ponderação dos interesses conflitantes no caso concreto	390
8. Questões complementares em matéria de anonimato/revelação da identidade.....	392
8.1. Conhecimento da identidade da gestante na gestação de substituição....	392
8.2. O problema do anonimato na terapia de substituição mitocondrial.	396
8.3. O veto/preferência de contacto: contribuição para o equilíbrio do modelo de abolição retroactiva do anonimato	397
8.3.1. O veto/preferência de contacto em Portugal em caso de necessidade de abolição do anonimato tout court	399
8.3.2. Vantagens do sistema de veto/preferência de contacto no modelo de revelação, prima facie, da identidade civil do dador	400
•	

ÍNDICE

•

8.4. Aconselhamento especializado e o seu financiamento.....	402
8.5. Importância de um registo central de dadores	403
8.6. O dador tem direito a conhecer a sua descendência biológica?	404
CONCLUSÕES	407
BIBLIOGRAFIA.....	423
JURISPRUDÊNCIA	457
ÍNDICE	461

•



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt