

A Procriação Medicamente Assistida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: o fim do anonimato do dador em Portugal

Cândida Carvalho ⁽¹⁾ André Dias Pereira ⁽²⁾ Margarida Silvestre ⁽³⁾

(1) Doutoranda em Bioética, Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa; (2) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico; (3) Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra e Médica com a Subespecialidade de Medicina da Reprodução, Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra

1. Introdução

O Princípio da Dignidade Humana é considerado o único valor absoluto de uma sociedade. Trata-se de um princípio que deve prevalecer sobre quaisquer outras razões, interesses ou direitos. Como resultado, a dignidade outorga o direito da pessoa humana ser considerada um fim em si mesmo, não podendo ser considerada um objeto de desejo ou de manipulação conforme a vontade de terceiros.

Este princípio está na base de muitos direitos fundamentais como é o caso do direito à identidade pessoal, o direito à identidade genética e o direito ao desenvolvimento da personalidade. Observando o artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, verificamos que os direitos mencionados são reconhecidos a todos, assim como, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. É inegável que, perante o tema em análise, existe um conflito de direitos por se tratarem de direitos da mesma espécie, isto é, têm todos o mesmo valor. O que sucedeu até ao último Acórdão do Tribunal Constitucional foi a proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, todavia, a tendência atual é privilegiar o direito à identidade pessoal.

O direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, isto significa que todo o ser humano tem o direito a saber como foi gerado, quem são as pessoas envolvidas e que contribuíram biologicamente para sua formação, como por exemplos, os dadores; e de ter acesso a todos os elementos necessários para que possa desenvolver livremente a sua personalidade, com base no princípio da verdade biológica e, desta forma, construir ou completar a sua identidade pessoal.

A regra do anonimato ora em análise, presente no artigo 15.º da LPMA, facilmente demonstra uma situação de discriminação das pessoas nascidas de técnicas de PMA com recurso de gâmetas ou embriões, em relação às restantes. Acresce, a situação de subordinação daquelas pessoas ao projeto de vida do casal beneficiário ou da mãe beneficiária, ao direito à privacidade ou ao direito da reserva da intimidade da vida privada e familiar destes e dos dadores. É importante refletir sobre o valor das pessoas nascidas por intermédio de PMA heteróloga: são pessoas com igual dignidade, com direitos e deveres. Não podem estar sujeitas a limitações em prol da proteção de direitos de terceiros ou em proveito de um equilíbrio entre os direitos fundamentais de forma a garantir a unidade familiar, proporcionando a tão aclamada paz familiar.

Perante este conflito de direitos e com o objetivo de proteger a pessoa nascida na sequência de uma doação de gâmetas ou embriões foi requerido, por diversas vezes, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 15.º da LPMA, ao Tribunal Constitucional por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º2, com o artigo 26.º, n.º1, ambos da CRP.

Com este trabalho temos como objetivo principal a análise comparativa entre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009 e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de forma a compreender a mudança de paradigma entre os dois Acórdãos.

2. Materiais e Métodos

2.1. Fontes de Informação

Foi conduzida uma pesquisa da doutrina jurídica, artigos, decisões e pareceres nas bibliotecas nacionais e nas bases de dados do Tribunal Constitucional, da Assembleia da República e da CNECV, entre janeiro de 2009 e abril de 2019, tendo em vista a identificação de estudos publicados sobre a procriação medicamente assistida, o direito ao conhecimento das origens genéticas e o (fim) do anonimato do dador.

Foi realizada uma pesquisa de pareceres, relatórios, decisões e artigos publicados nas bases de dados mencionadas utilizando três filtros: procriação medicamente assistida, direito à identidade e anonimato do dador. Foi colocada restrição linguística incluindo apenas a língua portuguesa.

Esta revisão abordará a literatura atual sobre o princípio da dignidade humana, o direito à identidade pessoal e a procriação medicamente assistida.

2.2. Termos de Pesquisa

Os seguintes termos de pesquisa foram utilizados, combinados e adaptados a cada base de dados conforme necessário: procriação medicamente assistida OR direito ao conhecimento das origens genéticas OR direito à identidade AND anonimato do dador AND gestação de substituição AND maternidade de substituição. Em conjugação com os seguintes termos: dignidade; verdade biológica; anonimato do dador; ascendência biológica; superior interesse da criança; identidade genética; gestação.

2.3. Metodologia de seleção de estudo

Os sete critérios de inclusão definidos foram: 1) monografias jurídicas; 2) CRP comentada; 3) artigos científicos ou de revisão; 4) língua portuguesa; 5) publicação entre 2005 e 2019; 6) Direitos fundamentais; 7) Direitos de personalidade; 7) Princípio da dignidade humana.

Os artigos foram excluídos caso correspondessem a: 1) adoção; 2) questões de género; 3) questões de orientação sexual; 4) filiação; 5) critérios de filiação.

3. Resultados e Discussão

O Tribunal Constitucional através do **ACÓRDÃO N.º 101/2009**, aclarou que o artigo 15.º da LPMA “não estabelece uma regra definitiva de anonimato dos dadores, mas apenas uma regra *prima facie*, que admite exceções expressamente previstas”; pois embora existisse um dever de sigilo, as pessoas nascidas na sequência da utilização de técnicas de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões podiam obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, a informação sobre eventual existência de impedimento legal a um projetado casamento e as informações sobre a identidade dos dadores de gâmetas quando se verificarem razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial. Este Acórdão atesta que o reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede que o legislador possa limitar o seu exercício em função de outros interesses ou direitos constitucionalmente tutelados. Concluindo que o modelo de anonimato do dador, não merece censura constitucional, pois, o direito a constituir família é um fator a ponderar na admissibilidade subsidiária da procriação heteróloga e, portanto, “não é de considerar como constitucionalmente inadmissível que o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família”.⁽⁵⁾

Por outro lado, se observarmos o **ACÓRDÃO N.º 225/2018**, verificamos que o Tribunal afasta a inconstitucionalidade do anonimato do dador em virtude do princípio da dignidade humana pela amplitude do direito à identidade pessoal. Afirmando que a regra de anonimato anula parcialmente a historicidade pessoal de cada pessoa nascida fruto de PMA porém, por si só, é insuficiente para a “despersonalizar” ou “para a forçar a viver uma verdade pessoal que não seja a sua, ainda que incompleta”. O Tribunal assegura que o anonimato “poderá afetar a consciência da sua própria identidade, suscitando dúvidas, interrogações ou crises; mas não a anula, tal como a mesma se foi manifestando ao longo da vida da pessoa e se continua a manifestar”, declarando que “mesmo lesado num dos seus direitos fundamentais nem por isso aquele se vê impedido de conhecer as suas origens pode considerar-se degradado no seu ser-humano, inexistindo, por conseguinte, uma autónoma e específica violação da respetiva dignidade”. Todavia, admite que o anonimato dos dadores merece censura constitucional tendo em conta as correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, avançando que “mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade”, chamando à colação o princípio da proporcionalidade, concluindo que os direitos em conflito devem ser salvaguardados através de uma “regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente”.⁽⁶⁾

4. Conclusões

O direito à identidade pessoal da pessoa nascida fruto de técnicas de PMA heteróloga pode entrar em conflito com o direito à privacidade e à reserva da intimidade da vida privada dos seus pais, assim como com o mesmo direito em relação ao dador. Perante todos os conflitos em causa, o Tribunal Constitucional decidiu, através do Acórdão n.º 225/2018, declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões, incluindo as situações de gestação de substituição, sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestantes de substituição, e do n.º4, do artigo 15.º da LPMA, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º2, com o artigo 26.º, n.º1, ambos da CRP.

Poderíamos afirmar que a opção pela regra do anonimato se baseia numa ideia de proteção da paz no seio da família; todavia, os pais e os dadores ao exercerem a sua vontade, de forma autónoma e livre, são responsáveis pelas suas ações e devem prever que os seus atos têm como efeito o nascimento de uma pessoa. Esta pessoa não é propriedade dos pais, são um fim em si mesmo e, tanto os beneficiários como os dadores devem compreender que as necessidades, direitos e expectativas desta pessoa devem ser respeitados. O fundamento de garantia da unidade familiar é egoísta, visto que, traz conforto a alguns elementos da família, enquanto outros, inevitavelmente, não estão plenamente conformes, interrogando-se sobre a sua identidade, necessitando de respostas para as suas interrogações existenciais. Também poderíamos afirmar que outra das opções pela regra do anonimato seria o receio da diminuição de doações de gâmetas e embriões, e concomitantemente, a própria viabilidade da PMA heteróloga. Contudo, estes fundamentos perdem facilmente a sua força, em primeiro lugar devido às experiências dos países europeus que aboliram em absoluto o anonimato do dador e, em segundo lugar porque acredita-se que o dador age munido de um sentimento altruísta, sensibilizado com o projeto de vida de determinadas pessoas que, por algum motivo, têm de recorrer à PMA heteróloga, no fundo, o que mais deseja é ser útil para aquele casal ou para aquela mãe, sem qualquer outro interesse. Isto significa que se eram estas as principais razões que estavam na base do anonimato, igualmente defendidas pelo primeiro Acórdão, foram ultrapassadas por um interesse superior. Acrescentamos ainda as alterações introduzidas no ordenamento jurídico português com a entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, que aprovou o novo Regime Jurídico do Processo de Adoção e reconheceu o direito ao conhecimento das origens genéticas do adotado. Atualmente, de acordo com o artigo 190.º-A, do Código Civil é reconhecido aos adotados o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção. Embora a adoção e a PMA heteróloga sejam duas realidades distintas, ambas têm na sua base o direito à identidade pessoal.

O direito à identidade pessoal acaba por triunfar com a decisão do último Acórdão, pois, verificou-se que o anonimato dos dadores na PMA heteróloga estava a limitar o acesso das pessoas, fruto desta técnica, a informações e a ferramentas necessárias e fundamentais para o livre desenvolvimento da sua personalidade, para a construção da sua identidade, para o conhecimento da sua origem e de quem é que esteve na sua origem. Estas informações são de elevada importância para que direitos como o direito à identidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade estejam plenamente preenchidos, assim como, o princípio da verdade biológica.

Por seu turno, é de difícil resolução, no plano ético, a questão de saber se esta mudança de paradigma do Tribunal Constitucional pode ou deve ser retroativa. O Conselho da Europa recentemente pronunciou-se através da Recomendação 2156 e nos termos do ponto 7.4. verificamos que não é aconselhado a aplicação retrospectiva do levantamento do anonimato dos dadores quando este foi prometido no momento da doação, exceto razões médicas ou quando o dador consinta no levantamento do anonimato, sendo que é aconselhado ao dador receber aconselhamento antes desta tomada de decisão.

5. Bibliografia

1) NUNES, R., MELO, H. P., Testamento Vital. Almedina: Coimbra, 2012. 2) NOVais, J. R., A Dignidade da Pessoa Humana. Vol. I. Almedina: Lisboa, 2015. 3) CANDILHO, J. J. G., MOREIRA, V., Constituição da República Portuguesa. Anotada. Vol. I, 2012. 4) SILVESTRE, M., Embriões Excedentários entre a Técnica, a Lei e a Ética. Coimbra Editora: Coimbra, 2015. 5) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009. Processo n.º 963/06. Disponível em <https://dre.pt/publico/legisla/2143211/detalhe/naoanimes> 6) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em <https://dre.pt/publico/legisla/11322649/detalhe/naoanimes> 7) BARBAS, S.M.A.N., Direito ao Genoma Humano. Coimbra: Almedina, 2007. 8) OTERO, P., Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética. Almedina: Coimbra, 1999. 9) RES, R.L.V., O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 10) RAFOSO, V.L., PEREIRA, A.D., Primeiras notas sobre a lei de procriação medicamente assistida. Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. N.º6, 2006. 11) Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer 44/CNECV/04. Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 19 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cncev.pt/admin/Files/Data/Docs/1273057172_P04_ParecerPMA.pdf 12) Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida. P. 35. Acedido a 15 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cncev.pt/admin/Files/Data/Docs/1223540515_P023_2013_2014.pdf 13) Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> 14) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> 15) Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_P08.pdf 16) Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em https://www.unicef.pt/media/1205/0/comovacao_direitos_crianca2004.pdf 17) Recommendation 2156 (2019) on anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children. Disponível em http://assembly.coe.int/tw/xx/xxiv/xxiv4/xxiv4_2156_2019.html