



Fátima BRAGA

*A Procriação Medicamente Assistida e os princípios constitucionais da
igualdade e não discriminação*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne\)2023.ic-04](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne)2023.ic-04)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

A Procriação Medicamente Assistida e os princípios constitucionais da igualdade e não discriminação

Medically Assisted Procreation and the constitutional principles of equality and non-discrimination

Maria de Fátima Gonçalves BRAGA¹

RESUMO: A Lei da Procriação Medicamente Assistida datada de 2006, foi objeto de alterações legislativas que a ajustaram às necessidades de uma sociedade em evolução, refletindo outras opções legislativas que a influenciaram, necessariamente. Estas alterações residem no abandono do caráter subsidiário conferido ao recurso à PMA, para uma possibilidade alternativa, disponível a qualquer mulher e independente de um diagnóstico de infertilidade.

O tradicional princípio da verdade biológica no estabelecimento da filiação sofreu compressões, nos casos de inseminação heteróloga; de estabelecimento de dupla maternidade e na gestação de substituição.

Permitindo a mulheres sozinhas o recurso à PMA, abandona-se a preocupação de não promoção de famílias monoparentais.

Considerada a relevância dos princípios constitucionais da igualdade e não discriminação, associada às alterações sofridas pela LPMA, não encontramos qualquer fundamento válido para o afastamento dos homens, sozinhos ou casais de homens, como beneficiários da PMA.

Concluimos pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 6º da LPMA na medida em que nega aos homens, sozinhos ou casais de homens, a possibilidade de recurso à PMA como meio de assegurar a procriação, o que devia ser facultado a todas pessoas, respeitando e concretizando os princípios da igualdade e da não discriminação.

PALAVRAS-CHAVE: método alternativo de procriação; igualdade; não discriminação; verdade biológica; beneficiários

ABSTRACT: The LPMA, dated 2006, was subject to legislative changes that adjusted it to the needs of an evolving society, reflecting other legislative options that necessarily influence it.

These alterations reside in the abandonment of the subsidiary character conferred on the use of PMA, for an alternative possibility, available to any woman and independent of a diagnosis of infertility.

The traditional principle of biological truth in establishing filiation suffered compressions in cases of heterologous insemination, establishment of double maternity and surrogacy. By allowing single women to use the PMA, the concern of not promoting single-parent families is abandoned.

Considering the relevance of the constitutional principles of equality and non-discrimination, associated with the changes undergone by the LPMA, we did not find any valid basis for the removal of men, alone or male couples, as beneficiaries of the PMA.

We conclude for the unconstitutionality of n.º 1 of art. 6 of the LPMA insofar as it denies men, alone or male couples, the possibility of resorting to the PMA as a means of

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-civilísticas na Universidade Portucalense; Licenciada em Direito; Mestre em Direito – Ciências Jurídico-Administrativas e Tributárias; Juiz de Direito.

ensuring procreation, which should be available to all people, respecting and implementing the principles of equality and non-discrimination.

KEYWORDS: alternative method of procreation; equality; non-discrimination; biological truth; beneficiaries.

INTRODUÇÃO

Inscrevendo-se a procriação medicamente assistida num conjunto de problemáticas de elevada sensibilidade, com forte ligação a afetos e laços pessoais e familiares, a verdade é que deve ser pensada de forma geral e abstrata, considerando, por um lado as possibilidades postas à disposição do Homem pela evolução da ciência e da medicina e por outro o direito de procriar e a estabelecer as relações familiares daí decorrentes, levando, ainda, em linha de conta, a sociedade em cada momento, optando por soluções legais que salvaguardem os direitos de todos.

Tendo presente a evolução da mentalidade da sociedade nas opções legislativas que incidem sobre as pessoas e que se refletem, designadamente, na possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no direito reconhecido a casais homossexuais de adotar ou a adoção singular, deve ser analisada a LPMA.

Assumindo-se originariamente como um método subsidiário de procriação, art. 4º, n.º 1 da LPMA, cuja aplicação só ocorreria perante um diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras (n.º 2), a verdade é que tal desiderato foi já ultrapassado, consideradas as diversas alterações a que esta lei foi sujeita.

Por outro lado, o princípio do respeito pela verdade biológica no estabelecimento da filiação, consubstanciado na ideia de que *“Tanto a paternidade como a maternidade são factos biológicos a que a lei dá relevância jurídica”*², também se encontra, atualmente, comprimido, pelas possibilidades conferidas pela atuação da LPMA.

A preocupação inicial de não promover a criação de famílias monoparentais, também foi esquecida, conferindo a redação introduzida pela Lei 17/2016 de 20-06, ao n.º 1 do art. 6º da LPMA, a possibilidade de acesso à

² OLIVEIRA, G. D. *Estabelecimento da Filiação*. Coimbra, 1995.

utilização das técnicas de PMA a “*todas as mulheres independentemente do estado civil*”.

Ora, num cenário onde o respeito pela verdade biológica no estabelecimento da filiação sofreu tantas limitações, como veremos, e onde se abandonou a preocupação de evitar a constituição de famílias monoparentais, questionamo-nos em que medida são observados os princípios, constitucionalmente consagrados, da igualdade e não discriminação.

1. A LPMA

A Constituição da República Portuguesa consagra, desde a versão originária, Decreto de Aprovação da Constituição, de 10.04.1976, no seu art. 1º, uma república soberana, baseada, além do mais, na dignidade da pessoa humana. Pela revisão constitucional de 1997 (Lei Constitucional 1/97, de 20 de setembro), reiterando a base da soberania na dignidade da pessoa humana, a lei fundamental atribuiu ao Estado, na alínea e) do n.º 2 art. 67º da CRP revista, a incumbência de “*Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”.

A procriação medicamente assistida (PMA) foi disciplinada pela Lei 32/2006 de 26.07 (LPMA), e objeto de alterações sucessivas introduzidas pelas: Lei 59/2007 de 04-09; Lei 17/2016 de 20-06; Lei 25/2016 de 22-08; Lei 58/2017 de 25-07; Lei 49/2018 de 14-08; Lei 48/2019 de 08-07; Lei 72/2021 de 12-11 e Lei 90/2021 de 16-12.

1.1 A Lei 31/2006, de 26-07 – Atual Redação – Aspetos Gerais

A Lei 32/2006 de 26.07, na sua redação atual, propõe-se, art. 1º, regular a utilização das técnicas de PMA, concretizando, especificadamente, no artigo seguinte, as técnicas a que se aplica.

O art. 3º da LPMA impõe o respeito pela dignidade humana de todas as pessoas envolvidas no procedimento; proibindo, ainda, o n.º 2, a discriminação com base no património genético ou no nascimento em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Não abandonando o n.º 1 do art. 4º da LPMA o carácter subsidiário das técnicas de PMA, impondo o n.º 2 limitações à sua utilização, dispõe o n.º 3 (alteração pela Lei 17/2016, de 20-06) que “*as técnicas de PMA podem ainda*

ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”.

Impõe o n.º 1 do art. 5º que as técnicas de PMA sejam ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde, assegurando o respeito pela dignidade humana de todos os envolvidos, bem como a observância de todos os requisitos legais de acesso à PMA.

O art. 6º da LPMA (Lei 17/2006, de 26-07, e Lei 49/2018, de 14-08) diz-nos quem são os beneficiários da PMA: casais, de sexo diferente ou de mulheres, casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges e, ainda, todas as mulheres seja qual for o seu estado civil ou orientação sexual.

Inicialmente apenas pessoas casadas, não separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, ou aquelas, de sexo diferente³, que vivessem em condições análogas às dos cônjuges, há, pelo menos, dois anos podiam beneficiar da PMA.

A Lei 17/2016, de 20-06, tornou as técnicas de PMA acessíveis a casais homossexuais, de mulheres, casadas ou unidas de facto, deixando de se exigir um tempo mínimo da união de facto, alargando-se, ainda, a todas as mulheres. Atualmente, Lei 49/2018, de 14-08, são beneficiários das técnicas de PMA, casais (heterossexuais ou de mulheres) e todas as mulheres sem limitações por força do seu estado civil ou orientação sexual.

O art. 7º da LPMA elenca as finalidades proibidas de recurso às técnicas de PMA, proibindo a clonagem; a melhoria de características não médicas, tal como a escolha do sexo; a criação de “*quimeras ou híbridos*”, o que seria altamente atentatório da dignidade humana.

Na sua redação inicial o art. 8º da LPMA, definindo a maternidade de substituição como “*qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*”, sancionava com nulidade, qualquer negócio jurídico nesse sentido, definindo como mãe aquela que suportasse a gravidez.

³Só com a Lei 9/2010, de 31 de maio, foi admitido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Com as alterações introduzidas pela Lei 25/2016, de 22-08, mantendo-se aquilo que a lei entende por maternidade de substituição, passa a admitir-se a possibilidade de celebração destes negócios jurídicos ainda que de aplicação limitada a situações de ausência, lesão ou doença do útero que comprometam “*de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem*”, com utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários e nunca da gestante e caracterizados pela gratuitidade que inclui a exclusão de situações de subordinação económica entre as partes.

A sua celebração depende de prévia autorização e supervisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) sempre precedida de audição da Ordem dos Médicos; exige forma escrita, e a previsão de disposições a observar em caso de malformações ou doenças fetais e de interrupção voluntária da gravidez (IVG); ressaltando-se a liberdade de comportamento e o respeito pelos direitos, liberdades e dignidade da gestante.

As alterações introduzidas pela Lei 90/2021, de 16.12, acrescentando muitos detalhes relativos ao procedimento referente à formalização do pedido de autorização prévia mantém-se, ainda assim, o núcleo daquilo que é, ou se pretende que seja, o contrato de gestação de substituição.

O modelo de consentimento informado necessário ao pedido de autorização prévia para celebração do contrato previsto no n.º 6 do art. 8º LPMA será disponibilizado pelo CNPMA no seu sítio eletrónico, contudo ainda não foi publicado.

Os artigos 12º a 13ºB da LPMA, definem aqueles que são os direitos e deveres dos beneficiários das técnicas de PMA e da gestante de substituição. O Art. 14º regula o consentimento a prestar pelos beneficiários, que deve ser livre e esclarecido, expresso, por escrito e perante o médico responsável (n.º 1); a informação dos beneficiários é prévia ao início dos tratamentos e dada por escrito com nota de todos os benefícios e riscos conhecidos que possam resultar da utilização das técnicas de PMA, bem como de todas as implicações éticas, sociais e jurídicas (n.º 2).

O consentimento é revogável, pelos beneficiários, até ao momento do início dos processos terapêuticos (art. 14º n.º 4 LPMA) e, em caso de gestação de substituição, pela gestante, até ao registo de nascimento da criança nascida (art. 8º, n.º 10 e art. 14º, n.º 5 LPMA).

O art. 15º altera a regra do anonimato do dador do material genético, mantendo a confidencialidade relativa ao nascimento resultante de PMA, tanto sobre a identidades das pessoas como quanto ao ato de PMA (n.º 1); em circunstância alguma o assento de nascimento pode conter algum tipo de informação sobre o nascimento resultar da aplicação de técnicas de PMA (nº 6).

Quanto à determinação da parentalidade rege o art. 20º, terminologia que se afasta do tradicional estabelecimento da maternidade/paternidade, para o que contribuirá a possibilidade do estabelecimento de uma dupla maternidade.

De acordo com o n.º 1, a parentalidade estabelece-se relativamente a quem, com a beneficiária, tenha consentido na utilização das técnicas de PMA (art. 14º), estabelecendo-se a parentalidade no ato de registo.

A pessoa com quem a mãe é casada pode não estar presente no ato de registo, bastando a apresentação do documento que demonstre ter sido prestado consentimento (art. 14), para que se estabeleça a parentalidade (art. 20º, n.º 2).

A parentalidade assim estabelecida, é impugnável com base na falta de consentimento ou utilização de técnicas não consentidas ou se o nascimento não resultar da inseminação consentida.

Quando uma mulher sozinha, recorre à utilização das técnicas de PMA, é lavrado o registo de nascimento estabelecendo-se a sua parentalidade com dispensa da averiguação oficiosa de paternidade. Neste sentido pronunciou-se Tribunal Constitucional no Acórdão 225/2018⁴ dizendo que, tendo a mulher só optado pelo recurso a técnica de PMA “*afigura-se como inteiramente desprovida de sentido a averiguação oficiosa da paternidade, uma vez que, ainda que pudesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida*”.

É atualmente admitida a inseminação *post mortem*, art. 22º, 22º-A e 23º da LPMA, (transferência de embriões ou inseminação com sémen de pessoa falecida) que é realizada na concretização de um projeto parental, previamente estabelecido e consentido (n.º 1 do art. 22º e 22ºAº da LPMA).

A lei faz depender esta inseminação *post mortem* de um prazo de reflexão, “*prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*” (n.º 1 do art.

⁴ 225/2018. In.: Tribunal Constitucional, 2018, consultado em 28.04.2023 em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

22º) que não deve ser inferior a 6 meses (n.º 4), a menos que, por razões clínicas relevantes, seja necessário proceder à inseminação em prazo mais curto.

No caso do n.º 2 do art 22º, a recolha deve-se a fundado receio de esterilidade futura, mas já com o fim da inseminação da mulher com quem este homem esteja casado ou unido de facto. Nestas situações, em caso de falecimento (art. 16º-A, n.º 1 e 2 da LPMA), é permitida a inseminação *post mortem*.

Não havendo manifestação de projeto de inseminação futura nem consentimento, em caso de falecimento, o material genético recolhido será destruído.

Quando prestado o consentimento nos termos do art. 14º, a inseminação *post mortem* tem de ser consentida em cláusula autónoma.

A criança nascida inseminação *post mortem* é havida como filha do falecido (n.º 1 do art. 23º); só não será assim se, entretanto, a mulher tiver casado ou viver em união de facto, há, pelo menos, dois anos, com homem que, nos termos do art. 14º, consinta na PMA aplicando-se o disposto no n.º 3 do art. 1839º do CC.

No estabelecimento da paternidade do marido ou unido de facto que consentiu na PMA, é irrelevante que o dador seja o falecido marido, desde que tal seja conhecido de quem prestou consentimento; não sendo assim, é permitida a impugnação de paternidade, art. 1839º, n.º 3 do CC.

2. Os princípios da igualdade e da não discriminação

O art. 13º da CRP consagra um princípio da igualdade de acordo com o qual “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*” (n.º 1), densificado no n.º 2 que diz: “*ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado privado de qualquer direito ou isento que qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social*”.

Por seu turno o art. 26º da CRP consagra um princípio geral de não discriminação, definido como “*A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania,*

ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Esta norma introduzida pela Lei Constitucional 1/97, acrescenta um novo direito pessoal à lista daqueles até aí reconhecidos e consagrados, o direito a proteção legal contra qualquer forma de discriminação.

Seguindo a anotação de Vital Moreira e Gomes Canotilho, vemos que este princípio geral de não discriminação deve ser visto em articulação com o princípio geral da igualdade (art. 13º CRP). Dizem os autores que este princípio *“terá efeito útil e autónomo como um direito especial de igualdade, dada a natureza de direito pessoal beneficiador do regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias”*⁵.

Este direito à não discriminação consubstancia-se num direito subjetivo concretizado na não discriminação, de conteúdo objetivo que aponta, na sua essência, para uma efetiva promoção da exigência de igualdade de tratamento⁶.

Este princípio da igualdade implica, ainda, uma obrigação de diferenciação, *“para se compensar a desigualdade de oportunidades significa que o princípio da igualdade tem uma função social, o que pressupõe o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, económicas e culturais, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material”*.⁷

É relevante atender ao disposto pelo art. 36º, n.º 1 da CRP, pelo qual, todos têm o direito de constituir família em condições de plena igualdade. O direito à proteção da família, resultante do art. 67º CRP, inclui a proteção conferida pela sociedade e pelo Estado e a efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros (n.º 1).

Importa saber em que medida estes princípios, da igualdade e da não discriminação, bem como o direito de constituir família, em condições de plena igualdade, são observados pela LPMA.

3. Os princípios da igualdade e da não discriminação na LPMA

⁵ CANOTILHO, J. J. G. AND V. MOREIRA. Anotação ao artigo 26º CRP. In C. EDITORA ed. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra, 2007b, vol. 1.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

Há que levar em conta que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei (art.13º, n.º 1) e que ninguém pode ser privilegiado ou prejudicado, privado de qualquer direito em razão, entre outras características, do sexo (n.º 2) e que a todos é reconhecida proteção legal contra qualquer forma de discriminação (art. 26º, n.º 1).

Neste contexto, atentemos no disposto pelo art. 6º da LPMA, onde se definem os beneficiários da PMA: casais de sexo diferente ou de mulheres, casados ou unidos de facto, e ainda todas as mulheres.

Resulta, assim do n.º 1 do art. 6º LPMA que podem recorrer à PMA todas as mulheres, independentemente de estado civil ou orientação sexual.

Casais de mulheres podem recorrer à PMA e, nos termos do n.º1 do art. 20º LPMA, é admitida a determinação da dupla maternidade, já os homens, apenas podem recorrer à PMA na circunstância de serem casados, ou unidos de facto, com uma mulher.

São, claramente, excluídos da condição de beneficiários nos termos do art. 6º da LPMA, os homens sozinhos ou os casais de homens, a quem é vedado o direito à procriação e à constituição de família pelo vínculo da paternidade/filiação.

Entre os princípios constitucionais do direito da família, consagrados pelos artigos 36º, 37º, 67º, 68º e 69º da Constituição da República Portuguesa conta-se, como vimos, o direito a constituir família (art. 36º, n.º 1, 1ª parte).

Pereira Coelho⁸ chama a atenção para o facto do legislador constitucional, consagrando o direito à celebração do casamento e o direito a constituir família, separar estas duas realidades, deixando claro que a família não se funda, necessariamente, no casamento.

Assim, no entendimento deste Autor, família e casamento são realidades distintas não se esgotando a proteção, pela CRP, à família conjugal, abrangendo a família natural ou resultante de facto biológico e a própria família adotiva.

Em anotação ao art. 36º da CRP, Vital Moreira e Gomes Canotilho⁹, refletem sobre a natural conjugação dos direitos de contrair casamento e constituir família e concluem que a CRP não admite a redução do conceito de

⁸ COELHO, F. M. P. *Curso de Direito da Família*. Coimbra, 1986.

⁹ CANOTILHO, J. J. G. AND V. MOREIRA. Anotação ao art. 36º. In C. EDITORA ed. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, 2007a, vol. 1, p. 559 - 568.

família à resultante da união conjugal, baseada no casamento, como ali se diz, o conceito de família, à luz da Lei Fundamental, não se reduz à “*família matrimonializada*”.

Ainda que esta ideia seja mais vocacionada para a consideração das famílias baseadas em união de facto, realidade a que deve ser dado o “*devido relevo jurídico*”, a verdade é que a ideia de dar relevo ao direito de constituir família, além do direito a contrair casamento, como um direito autónomo e com uma força própria, resulta de forma evidente da CRP.

Considerando que a anotação em causa é datada de 2007, compreende-se que a tónica da questão surgisse entre a “*família matrimonializada*” e a família de facto. Nessa altura estava em vigor a primeira versão da LPMA, que não admitia o recurso à PMA a mulheres sozinhas ou casais de mulheres não sendo, por isso, natural que se falasse na igualdade de homens e mulheres no recurso à utilização de técnicas de PMA, ressalta, porém, a ideia de não discriminação relativamente à base de constituição da família e de estabelecimento de filiação.

Já em 1986 Pereira Coelho¹⁰, perante a dificuldade de definir o direito de constituir família, o caracteriza como um direito reconhecido aos cidadãos “em condições de plena igualdade”, relevando o reconhecimento de tal direito, onde se incluem as relações de filiação, em condições de plena igualdade.

Consideramos assim que os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação não são observados na definição dos beneficiários das técnicas de PMA.

4. O princípio da verdade biológica

Como vimos o estabelecimento da filiação tem base em vínculos biológicos a que a lei confere relevância jurídica¹¹, pelo que, respeitando a verdade biológica, o estabelecimento da filiação privilegia este vínculo.

Este princípio significa que as normas de determinação da parentalidade, devem conduzir a um resultado jurídico que tenha correspondência na relação

¹⁰ COELHO, F. M. P. *Curso de Direito da Família*. Coimbra, 1986.

¹¹ *Ibid.*

biológica, não sendo considerados pais jurídicos pessoas que não foram progenitores do filho.¹²

Com a possibilidade de recurso às técnicas de inseminação heteróloga, o vínculo jurídico da maternidade ou da paternidade, já não corresponderá, necessariamente, ao vínculo biológico.

Nos termos do art. 10º da LPMA podem ser usados espermatozoides, ovócitos ou até embriões, doados, pelo que numa inseminação artificial, pode não existir vínculo biológico de nenhum dos elementos do casal. Ainda assim, a mulher que tem o parto é considerada mãe, art.1796º, n.º 1 CC; sendo a paternidade estabelecida em nome do marido ou unido de facto, que tenha prestado consentimento (art. 20. n.º 1 e art. 14º da LPMA).

Nos casais de mulheres, sendo uma destas a dadora dos ovócitos usados, a maternidade que se estabelecerá corresponde à verdade biológica, o que não acontece com o outro elemento do casal. A maternidade determinada pelo consentimento ao recurso à PMA, nos termos do n.º 1 do art. 20º da LPMA, não encontra qualquer correspondência com a verdade biológica.

Entre as exceções ao princípio da verdade biológica encontramos a possibilidade da gestação de substituição, onde teremos de distinguir um leque de situações; gâmetas femininos da beneficiária e os masculinos de um dador anónimo; gâmetas masculinos do beneficiário e os femininos de uma dadora anónima; gestante cumpre as suas obrigações até ao fim, entregando o recém-nascido ao casal de beneficiários e os casos em que, revogando o consentimento, assume, ela própria, a maternidade do recém-nascido que gerou.

Entregue o recém-nascido aos beneficiários, a maternidade não se estabelece nos termos do art. 1796º n.º 1 do CC, logo a mãe não será a mulher que teve o parto. Ainda assim, no caso de os gâmetas femininos usados serem da beneficiária, a maternidade será estabelecida, (n.º 9 do art.8 LPMA) com respeito pelo princípio da verdade biológica. Já no caso de os gâmetas masculinos usados serem de dador terceiro, estabelece-se a paternidade do marido ou unido de facto nos termos do n.º 9 do art. 8º da LPMA, com desvio da verdade biológica.

¹² OLIVEIRA, G. D. *Estabelecimento da Filiação*. Edtion ed. Coimbra: Petrony, 2018. ISBN 978-972-685-272-8.

No caso inverso, dos gâmetas usados serem, os masculinos do beneficiário e os femininos de dadora anónima, a parentalidade vai estabelecer-se, n.º 9 do art. 8º da LPMA, em nome dos beneficiários, sendo que a paternidade observa a verdade biológica o que não acontece com a maternidade.

No caso de a gestante revogar o consentimento, assumindo a maternidade do recém-nascido, ainda que, neste caso, a maternidade se estabeleça nos termos do art. 1796º, n.º 1 do CC, em nome da mulher que teve o parto, esta maternidade nunca corresponderá à verdade biológica por força do art. 8º, n.º 4 LPMA.

Pelo funcionamento da LPMA, a verdade biológica deixa de ter correspondência à determinação da parentalidade da qual se encontra até desviada.

5. Da não promoção de famílias monoparentais

Uma outra preocupação que poderia estar subjacente à LPMA seria a não promoção de famílias monoparentais, o que decorria da exigente redação inicial do art. 6º (Lei 32/2006 de 26 de julho), onde apenas eram beneficiários das técnicas de PMA pessoas casadas, não separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos.

Contudo, com a alteração sofrida pela norma contida no n.º1 do art 6º na redação conferida pela Lei 17/2016, de 20-06, e com a possibilidade dada a mulheres sozinhas de recorrerem a estas técnicas, esta preocupação está ultrapassada.

Nesse sentido, Rafael Vale e Reis¹³, diz-nos que “*se o legislador fez uma opção pela possibilidade de acesso a PMA pelas mulheres, isoladamente, não lhe restava opção que não passasse pela inexorável criação de famílias monoparentais ainda que tal escolha legislativa possa ser criticável*”.

Assim, ainda que a não promoção de famílias monoparentais possa ter sido uma preocupação inicial do legislador, atualmente, essa é uma questão ultrapassada que não se coloca.

¹³ REIS, R. V. E. *Procriação Medicamente Assistida - Gestação de substituição, Anonimato do dador e outros problemas*. Edtion ed. Coimbra, 2022. ISBN 978-989-9136-06-9.

6. A PMA como método subsidiário ou alternativo de procriação

Diz o art. 4º, n.º 1 da LPMA que “*as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação*”, e o n.º 2 estabelece que estas técnicas só podem ser usadas perante um diagnóstico de infertilidade, ou outras questões de saúde.

Este preceito viria a ser alterado pela Lei 17/2016 de 20.06, que lhe introduziu um n.º 3, de acordo com o qual “*as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”.

Com esta alteração, admitindo o acesso à PMA de todas as mulheres, independentemente de haver um diagnóstico de infertilidade, o carácter subsidiário e não alternativo de recurso à PMA, deixa de ter correspondência na lei, quando considerada no seu todo.

Neste sentido toma posição Rafael Vale e Reis, afirmando “*na verdade, mantendo-se o atual quadro de possíveis beneficiários da PMA, dele resulta (...), que a PMA passou a ser um método alternativo de procriação para mulheres*”.¹⁴

Atualmente, a PMA é um processo alternativo de procriação.

7. Da impossibilidade de recurso à PMA por homens sozinhos ou casais de homens

Conforme resulta da análise feita ao art. 6º da LPMA, onde se definem os beneficiários da PMA, verificamos uma exclusão, deliberada, da lei pelos homens sozinhos ou casais de homens.

Não podemos deixar de dizer, acompanhando, mais uma vez Rafael Vale e Reis, que um casal de homens, ou um homem sozinho, “*nunca poderia beneficiar de um diagnóstico clínico que viabilizasse a gestação de substituição pelo simples facto de, naturalisticamente, não poder conceber-se a possibilidade de suportar(m), por si só, uma gravidez*”¹⁵.

Levanta a possibilidade de, em face do alargamento dos beneficiários que resulta da Lei de 17/2016 de 20.06, poderem vir a colocar-se problemas de

¹⁴ REIS, R. V. E. *Procriação Medicamente Assistida - Gestação de substituição, Anonimato do dador e outros problemas*. Edtion ed. Coimbra, 2022. ISBN 978-989-9136-06-9.

¹⁵ Ibid.

constitucionalidade deste art. 6º, n.º 1, por violação dos princípios da igualdade e da não discriminação¹⁶.

Concordamos inteiramente com esta posição, na medida em que os homens, sozinhos ou casais de homens, ao contrário com o que acontece com mulheres, sozinhas ou casais de mulheres, não vêm assegurado o direito à procriação, à constituição de família pelo estabelecimento do vínculo da paternidade/filiação, em violação dos princípios constitucionais da igualdade, que compreende a obrigação de diferenciação, e da não discriminação.

As mulheres, sozinhas ou casais de mulheres, têm asseguradas todas as possibilidades de levar a efeito um projeto parental com recurso à PMA, incluindo o estabelecimento de dupla maternidade, faculdade que a lei não assegura aos homens.

Consideramos ainda muito significativa a impossibilidade de o homem recorrer a uma inseminação *post mortem* para a concretização de um projeto parental pré-estabelecido, bem definido e em curso, assumindo ainda maior relevância nos casos de haver a possibilidade de transferência de embrião.

Mais ainda, estando legalmente consagrada a possibilidade de recurso à gestação de substituição, a qual, permitindo a uns assegurar a realização de um projeto parental, exclua outros, com a mesma dignidade social e iguais perante a lei (art. 13º n.º 1 da CRP) sem qualquer razão explicativa.

Não é coerente que, apesar da consagração constitucional da igualdade e da não discriminação, do direito a constituir família em plenas condições de igualdade, da proteção constitucional à família com a possibilidade de realização pessoal dos seus membros e dos desvios já existentes aos princípios do direito da família, tais como a verdade biológica, a preocupação de não promoção de famílias monoparentais e o carácter alternativo do recurso à PMA, vigore na lei um regime tão diferente para homens e mulheres.

Entendemos assim que, negando aos homens, sozinhos ou casais de homens, a possibilidade de recurso às técnicas de PMA a lei, n.º 1 do artigo 6º, que devia prever a possibilidade de recurso às técnicas de PMA a todas pessoas,

¹⁶REIS, R. V. E. *Procriação Medicamente Assistida - Gestação de substituição, Anonimato do dador e outros problemas*. Edtion ed. Coimbra, 2022. ISBN 978-989-9136-06-9.

sofre de inconstitucionalidade pela violação dos princípios da igualdade e da não discriminação.

8. CONCLUSÕES

A lei Constitucional 1/97 de 20 de setembro, alterando o art. 67º n.º 2 e) da CRP, incumbiu o Estado de regular a procriação medicamente assistida, impondo que o fizesse em termos que salvaguardassem a dignidade humana.

O art. 4º LPMA definia, originariamente, as técnicas de PMA como um método subsidiário de procriação, passando atualmente, na redação dada ao n.º 3 pela Lei 17/2016 de 20.06, a um método alternativo de procriação.

O art. 6º define quem pode ser beneficiário das técnicas de PMA as quais, desde a alteração trazida pela lei 17/2016 de 20.06, estão disponíveis a todas as mulheres, já os homens apenas serão beneficiários quando casados ou unidos de facto com uma mulher.

Merece realce a possibilidade de recurso à gestação de substituição prevista no art. 8º da LPMA. Depende da celebração de um negócio jurídico com características próprias, definidas na lei, de entre as quais ressalta a gratuidade.

Destacamos, ainda o art. 15º que termina com a regra do anonimato do dador do material genético usado nas técnicas de PMA.

Pelo art. 20º são definidas regras específicas na determinação da parentalidade, permitindo o estabelecimento de dupla maternidade e dispensando a averiguação oficiosa de paternidade nos casos em que a mulher sozinha recorre às técnicas de PMA.

É admitida a inseminação *post mortem*, desde que houvesse um projeto parental em curso e que tivesse sido prestado consentimento (especificamente para a inseminação *post mortem*) pelo marido ou unido de facto, entretanto falecido.

A CRP consagra os princípios da igualdade (art. 13º) e da não discriminação (art. 26º), os quais devem ser vistos em articulação, comportando o princípio da igualdade uma obrigação de diferenciação, de forma a compensar as desigualdades assegurando uma igualdade jurídico-material.

A lei fundamental consagra também o direito a constituir família em condições de plena igualdade (art. 36º, n.º 1) e o direito à proteção da família (art. 67º).

Apesar da consagração constitucional destes princípios, os beneficiários da utilização das técnicas de PMA (art. 6º LPMA) são apenas mulheres, reservando aos homens a possibilidade de recurso a estas técnicas apenas na circunstância de serem casados ou unidos de facto com mulheres.

Os princípios da igualdade e da não discriminação, não são respeitados quando a LPMA define (art. 6º) os beneficiários das técnicas de PMA.

O tradicional princípio da verdade biológica que presidiu ao estabelecimento da filiação, vê-se comprimido com a possibilidade de recurso às técnicas de inseminação heteróloga, de dupla maternidade e de gestação de substituição.

A parentalidade estabelecida não obedece somente ao princípio da verdade biológica, sendo também expressão da vontade dos beneficiários que prestam consentimento na aplicação das técnicas de PMA.

Possibilitando às mulheres sozinhas o recurso à PMA, ainda que a não promoção de famílias monoparentais possa ter sido uma preocupação inicial do legislador, atualmente, essa é uma questão ultrapassada que não se coloca.

Com o alargamento do recurso às técnicas de PMA a todas as mulheres, independentemente de haver um diagnóstico de infertilidade, este tornou-se um processo alternativo de procriação.

Vemos assim que os homens, sozinhos ou casais de homens, ao contrário do que acontece com mulheres sozinhas ou casais de mulheres, não veem assegurado o seu direito à procriação, à constituição de família pelo estabelecimento do vínculo da paternidade/filiação, vindo assim violados os princípios constitucionais da igualdade, que compreende a obrigação de diferenciação, e da não discriminação.

Negando aos homens, sozinhos ou casais de homens, a possibilidade de recurso à PMA, a norma do n.º 1 do art. 6º, que devia possibilitar esta possibilidade a todas as pessoas, sofre de inconstitucionalidade pela violação dos princípios da igualdade e da não discriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acórdão n.º 225/2018. In.: Tribunal Constitucional, 2018.

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

ARCHER, Luís «Para uma ética da reprodução humana» *Revista Brotéria*, n.º 145, Agosto/Setembro de 1997, p. 218 a 225.

ASCENSÃO, José de Oliveira, «A Lei n.º 32/2006, Sobre a Procriação Medicamente Assistida», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, dezembro de 2007, p. 977 a 1006.

-----A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol>

BARROS, A. Procriação Medicamente Assistida. Em J. Loureiro, A. D. Pereira, & C. Barbosa, *Direito da Saúde- Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* (Vol. IV, p. 107). Almedina, 2016.

CANOTILHO, J. J. G.; V. MOREIRA. Anotação ao art. 36.º. In C. EDITORA ed. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, 2007a, vol. 1, p. 559 - 568.

----- Anotação ao artigo 26.º CRP. In C. EDITORA ed. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra, 2007b, vol. 1.

CARDOSO, Massano Salvador, «PMA- Para quê, para quem, com que custos?», in *As Leis da Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) e da Procriação Medicamente Assistida (PMA) - Uma apreciação bioética*, Ciclo de Conferências CNECV, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Porto, 2011, p. 11 a 18.

COELHO, F. M. P. *Curso de Direito da Família*. Ed. Coimbra, 1986.

LEITE DE CAMPOS, D. A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador- ou a Onnipotência do Sujeito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Dezembro de 2006: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez>

OLIVEIRA, G. D. *Estabelecimento da Filiação*. Coimbra, 1995 e Coimbra: Petrony, 2018. ISBN 978-972-685-272-8.

Parecer 115/CNECV/2022 sobre o Anteprojeto de Diploma Regulamentar da Lei N.º 90/2021, de 16 de dezembro, em matéria de gestação de substituição: <https://www.cnecv.pt/pt/1656935972>

Parecer 112/CNECV/2020 sobre os Projetos de Lei n.º 237/XIV (BE) e n.º 223/XIV (PS) em matéria de inseminação post mortem: <https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/112-cnecv-2020>

REIS, R. V. E. *Procriação Medicamente Assistida - Gestação de substituição, Anonimato do dador e outros problemas*. Ed. Coimbra, 2022. ISBN 978-989-9136-06-9.

RIBEIRO, Ana Raquel. 2020. *Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. https://www.uc.pt/site/assets/files/435642/sm_11.pdf

XAVIER, Lobo, R. A constitucionalização do contrato de gestação de substituição e a traição das imagens: "isto não é uma gestação de substituição". Em T. Constitucional, Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro (Vol. I). Coimbra: Almedina, 2019.

Data de submissão do artigo: 28/04/2023

Data de aprovação do artigo: 15/10/2023

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt