

Jus Scriptum

EDITORIAL

A história de uma revista
A scientific journal and its history
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Os juízes municipais no Brasil Império
Municipal judges in Brazilian Empire
Maria Cristina Carmignani

O fim do anonimato do doador através do direito à identidade pessoal no acórdão nº 225/2018
The end of donor anonymity through right to personal identity in judgment no. 225/2018
Giovanna Canelas

O conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental à alimentação no contexto da sustentabilidade ambiental e social
The legal-normative content of the fundamental right to food in the context of environmental and social sustainability
Eduardo Alvares de Oliveira

O ministério público e a tutela dos direitos fundamentais no âmbito da justiça constitucional no Brasil e em Portugal
The Public Prosecution and the protection of fundamental rights within the framework of constitutional justice in Brazil and Portugal
Mona Lisa Duarte Aziz

A proteção de dados pessoais na pandemia de covid-19: breves notas sobre contact tracing apps e o direito à privacidade na era da vigilância
The personal data protection in COVID-19 pandemic: short notes about contact tracing apps and the right to privacy in the Age of Surveillance
Felipe Müller Dornelas

HOMENAGENS

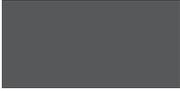
Homenagem in memoriam do Professor Doutor Zeno Veloso
Cláudio Cardona

Zeno era jurista
Caio Brilhante Gomes

Zeno Veloso entre "aqueles que se vão da lei morte libertando"
Eduardo Vera-Cruz Pinto

Revista Jurídica
NELB

Jus Scriptum



NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro



jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 1
Abr/Jun 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Gabiellen Carmo, Diretora Científica do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Luciana Costa da Fonseca
Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

Revista Jurídica
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2020/21

Direção Geral

Diretoria Executiva

André Brito, Presidente

Rodrigo David, Vice-Presidente

Maria Eduarda Ribeiro, Secretária-Executiva

Rebecca Rossato, Tesoureira

Secretarias Especiais da Presidência:

Alicia Massoti, Secretária da SEACAD

Caio Brilhante, Secretário de Meio Ambiente (SEMA)

Filipe Vigo, Secretário de Mestrados, Doutoramento e
Empregabilidade (SEMIDE)

Rodrigo David, Secretário de Licenciatura (SEL)

Diretoria Científica

Gabriellen Carmo, Diretora Científica

Paulo Rodrigues, Diretor Científico

Laura Viana, Diretora-Adjunta

João Villaça, Diretor-Adjunto

Laura Dutra, Assessora

Maria Luiza Carpinteiro, Assessora

Diretoria de Eventos

Leandra Freitas, Diretora de Eventos

Sandro Parente, Diretor de Eventos

Emmanuel Matheus, Diretor-Adjunto

Luana Lara, Diretora-Adjunta

Joice Carmo, Diretora-Adjunta

Letícia Bittencourt, Assessora

Nicole Lintz, Assessora

Eric Alejandro, Assessor

Diretoria de Comunicação

Maria Luiza Ximenes, Diretora de Comunicação

Victor Gabriel, Diretor de Comunicação

Bruna Lebre, Diretora-Adjunta

Isabelle Carvalho, Diretora-Adjunta

Rafaela Mascaro, Assessora

Matheus Morais, Assessor

Diretoria de Apoio Pedagógico

Mileny Silva, Diretora Pedagógica

Roberta Viana, Diretora Pedagógica

Camila Henriques, Diretora-Adjunta

Iago Leal, Diretor-Adjunto

Jéferson Nicolau, Diretor-Adjunto

Ana Krum, Assessora

Larissa Lopes, Assessora

Natália Farinha, Assessora

Assembleia Geral

Cláudio Cardona, Presidente

Maria Eduarda Ribeiro, Primeira-Secretária

Thais Sousa, Segunda-Secretária

Conselho de Presidentes

Elizabeth Lima, Presidente

Henrique Barbosa

Cláudio Cardona

Conselho Fiscal

Maria Mariana Moura, Presidente

Luis Otávio Lara

Thais Sousa

nelb.pt



REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 1
Abr/Jun 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

EDITORIAL

A história de uma revista
A scientific journal and its history
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Os juízes municipais no Brasil Império
Municipal judges in Brazilian Empire
Maria Cristina Carmignani

O fim do anonimato do doador através do direito à
identidade pessoal no acórdão nº 225/2018
The end of donor anonymity through right to personal identity in judgment no. 225/2018
Giovanna Canellas

O conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental à
alimentação no contexto da sustentabilidade ambiental e social
*The legal-normative content of the fundamental right to food in the context of
environmental and social sustainability*
Eduardo Alvares de Oliveira

O ministério público e a tutela dos direitos fundamentais no âmbito
da justiça constitucional no Brasil e em Portugal
*The Public Prosecution and the protection of fundamental rights within the framework of
constitutional justice in Brazil and Portugal*
Mona Lisa Duarte Aziz

A proteção de dados pessoais na pandemia de covid-19: breves notas
sobre contact tracing apps e o direito à privacidade na era da vigilância
*The personal data protection in COVID-19 pandemic: short notes about contact tracing
apps and the right to privacy in the Age of Surveillance*
Felipe Müller Dornelas

HOMENAGENS

Homenagem in memoriam do Professor Doutor Zeno Veloso
Cláudio Cardona

Zeno era jurista
Caio Brilhante Gomes

Zeno Veloso entre “aqueles que se vão da lei morte libertando”
Eduardo Vera-Cruz Pinto



○ O FIM DO ANONIMATO DO DOADOR ATRAVÉS DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL NO ACÓRDÃO Nº 225/2018 DO TC

THE END OF DONOR ANONYMITY THROUGH RIGHT TO PERSONAL IDENTITY IN JUDGMENT NO. 225/2018

Giovanna Canellas¹

SUBMISSÃO: 15 DE OUTUBRO DE 2020
APROVAÇÃO: 10 DE JANEIRO DE 2021

Um grupo de trinta Deputados requereu, com base no art. 281, n° 1, alínea a), e n° 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP), a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 8°, 15° e 20° da Lei n° 32/2006 de 26 de julho, Lei da Procriação Medicamente Assistida (PMA). Em relação ao art. 15°, especificamente, que aparece no diploma legal sob a epígrafe de confidencialidade, foi requerido pelo grupo a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos n° 1 e 4, em conjugação com os arts. 10°, n° 1 e 2, e 19°, n° 1, da Lei. Os requerentes argumentaram a violação ao direito à identidade pessoal e aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e proporcionalidade. O Acórdão n° 225/2018 do TC, publicado em 7 de maio de 2018, declarou a inconstitucionalidade do art. 15°, n° 1 e 4, pondo fim ao sigilo absoluto em relação ao doador do material genético e à gestante de substituição. Para tanto, apreciou os interesses fundamentais em conflito, e debateu, entre outros, o direito à identidade pessoal, consagrado no art. 26° da CRP, frente ao art. 15° da Lei. A proposta é analisar a incompatibilidade desse artigo da Constituição com o anonimato dos doadores nas técnicas de PMA e como o direito à identidade pessoal derrubou a confidencialidade que a Lei n° 32/2006 de 26 de julho garantia ao doador de material genético.

Palavras-chave: Lei da Procriação Medicamente Assistida; Anonimato do doador; Direito à identidade pessoal

A group of thirty deputies petitioned, based on art. 281, n° 1, a), and n° 2, f), of the Constitution of the Portuguese Republic (CRP), for declaration of unconstitutionality of arts. 8th, 15th and 20th of Law no. 32/2006 of July 26th, Medically Assisted Procreation Law (MPA). In accordance with art. 15, specifically, which appears in the legal diploma under the heading of confidentiality, it was required by the group a declaration of unconstitutionality with general mandatory force of paragraphs 1 and 4, in conjunction with arts. 10, no. 1 and 2, and 19, no. 1, of the Law. The petitioners argued about the violation of a person's right to identity and also about human dignity, equality and proportionality principles. Judgment no. 225/2018, published on May 7, 2018,

¹ Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Civil pela Universidade de Lisboa. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

declared the unconstitutionality of art. 15, no. 1 and 4, putting an end to absolute secrecy concerning the external donor and surrogate mother. To this end, the fundamental interests in conflict were valued, and so discussed, among others, the right to personal identity, enshrined in the art. 26 of CRP, facing art. 15 of the Law. The proposal is to analyze the incompatibility of this article of the Constitution with the anonymity of donors in MPA procedures and how the right to personal identity overturned the confidentiality that Law no. 32/2006 of July 26th guaranteed to the external donor.

Keywords: Medically Assisted Procreation Law; Donor anonymity; Right to personal identity

O art. 15º da Lei da PMA traz um dever de sigilo a “*todos que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos*”², ou seja, uma imposição de confidencialidade sobre todos os envolvidos no procedimento e sobre a realização da própria técnica em si. Além disso, qualquer informação relevante acerca da identidade do doador está, segundo o artigo, condicionada a autorização judicial, que só é concedida se for entendido que há forte motivo³.

O mesmo artigo traz pontuais possibilidades de obtenção de algumas informações de natureza genética, que foram consideradas pela lei para se evitar a consanguinidade no casamento e para auxiliar no diagnóstico e tratamento de doenças hereditárias. Contudo, mesmo nessas excepcionalidades, permanece excluída a identificação do doador⁴.

Os requerentes alegaram que o direito da pessoa a conhecer a sua identidade e história não estava sendo atendido pelo texto do referido artigo, que esse trazia uma violação ao art. 26º, CRP.

Importante deixarmos claro que o pedido do processo foi no sentido de priorizar o direito à identidade pessoal e o conhecimento da origem genética do concebido através da procriação medicamente assistida, e não para se estabelecer uma relação de paternidade entre esse e o doador. O fim da confidencialidade do doador não significa o reconhecimento

2 Art. 15º, nº 1, Lei nº 32/2006 de 26 de julho

3 Art. 15º, nº 4, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

4 Art. 15º, nº 2 e 3, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

de filiação. Vejamos.

O art. 19º da Lei da PMA prevê que a inseminação com sêmen de um terceiro doador, a chamada heteróloga⁵, é uma exceção, quer dizer, ela só é permitida quando não é possível a realização da técnica com o material genético do marido ou daquele que vive em união de fato com a mulher, o chamado beneficiário⁶. Uma vez permitida essa hipótese, a lei diz expressamente em seu art. 10º que a criança que vier a nascer não *“os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer”*⁷, e no art. 21º que *“o dador de sêmen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela”*⁸, portanto, o ordenamento jurídico português consagra a figura do doador sem caracterizá-lo como progenitor da prole que vier a nascer.

Havendo a utilização de gametas de terceiro, o beneficiário irá, perante a lei, assumir o papel de progenitor, o que implica em responsabilizar-se pelo projeto parental. O doador fica afastado de qualquer presunção de paternidade e, conseqüentemente, dos deveres e direitos decorrentes da filiação. Assim, a paternidade biológica é dissociada⁹, ou seja, há um favorecimento da paternidade social em detrimento da biológica, como bem estabelece o art. 20º, nº 1, da Lei¹⁰.

Logo, é seguro dizermos que ao clamarem pelo fim do sigilo, os requerentes não defendiam o estabelecimento de uma relação de filiação, pois a lei deixa cristalino que a doação de esperma ou de óvulos não está ligada a um projeto de paternidade ou maternidade.

Como vimos acima, o art. 26º da CRP foi suscitado pelos requerentes na declaração de inconstitucionalidade. Isso porque o número 1 do artigo celebra a noção de identidade

5 PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Direito da Família - Tópicos para uma Reflexão Crítica. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011. p. 241

6 Art. 19º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

7 Art. 10º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

8 Art. 21º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

9 MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada e Legislação Complementar. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 74

10 Art. 20º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho: Determinação da paternidade I- Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.º do Código Civil.

pessoal: “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 protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”¹¹.

O direito à identidade pessoal pode ser conceituado, segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, como aquilo que define cada pessoa enquanto ser individualizado, aquilo que, em razão da vivência pessoal, diferencia um ser humano do outro. Mais, corresponde ao direito de cada um de nós de viver em conformidade com o que acreditamos; é, portanto, um direito de projetar nas escolhas que fazemos ao longo na vida aquilo que se passa em nossa consciência¹². Ainda, segundo Paula Martinho da Silva e Marta Costa, seria cada pessoa, como ser humano único e dotado de dignidade própria, de ter a sua individualidade, o que inclui ter a sua identidade genética¹³.

Sendo, portanto, a expressão de cada um, podemos dizer o direito à identidade pessoal, assim como os demais direitos elencados nesse artigo da CRP, é a manifestação mais definida da dignidade humana, essa consagrada no artigo 1º do diploma. Dessa forma, estes direitos do art. 26º da CRP devem sempre ser interpretados em conformidade com o direito geral da personalidade, uma vez que são hipóteses concretas da sua ocorrência¹⁴.

O direito à identidade pessoal abarca duas dimensões diferentes. A primeira, seria individual, ou absoluta, que compete em uma expressão da existência do ser humano, sendo única em cada pessoa, dotada de irrepetibilidade. A segunda, seria uma relacional, ou relativa, definida em razão de uma memória familiar conferida pelos ascendentes. Conforme Gomes Canutilho e Vital Moreira, seria o direito a historicidade pessoal¹⁵.

De acordo com esses doutrinadores, a historicidade pessoal se refere ao direito de conhecimento da identidade dos progenitores. No âmbito da inseminação artificial, seria,

11 Art. 26º, CRP.

12 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 284.

13 MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. Op. cit., p. 94.

14 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 282.

15 OTERO, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética. Coimbra: Almedina, 1999. p. 64

portanto, traduzido como o direito à identidade genética¹⁶.

A revisão constitucional de 1997 acrescentou no art. 26º uma direta referência ao direito de identidade genética, o que reforçou o alcance do direito à identidade pessoal. Ele, todavia, tem a sua eficácia a depender do definido pelo legislador em lei ordinária, enquanto que o direito à identidade pessoal não depende de nenhuma via para sua efetividade¹⁷.

Assim, a CRP promove o direito ao conhecimento da ascendência genética como uma vertente do direito à identidade pessoal.

Diante da existência de um direito à identidade pessoal, a confidencialidade da identidade do doador na PMA é uma problemática. Como solucionar o conflito de duas grandes tendências que se opõem? Vejamos como o tema é abordado.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por Portugal em 1990, que destaca o direito da criança de conhecer os progenitores, sempre que possível, e a obrigação dos Estados de preservar a identidade dos menores¹⁸. Em relação ao anonimato do doador, a resolução de 1989 do Parlamento Europeu sobre fertilização artificial *in vivo* e *in vitro* declarou que a pessoa gerada através das técnicas de PMA tem direito a conhecer a sua origem genética, e que esse direito deve ser respeitado pelos Estados¹⁹.

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem, que confirmou que o interesse do cidadão de receber toda a informação essencial para se conhecer deve ser protegido²⁰, além de já ter manifestado que o direito à identidade faz parte integrante da vida privada e engloba o direito a conhecer os ascendentes²¹.

16 GOMES CANUTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4ª ed. revista. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 462.

17 OTERO, Paulo. Op. cit., p. 85.

18 Arts. 7º, nº 1, e 8º, nº 1, A Convenção Sobre os Direitos da Criança

19 Resolução de 16 de Março de 1989 sobre a Fecundação Artificial In Vivo e In Vitro do Parlamento Europeu, Jornal Oficial nº C 096 de 17/04/1989. p. 171 e ss.

20 Acórdão Gaskin v. United Kingdom, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 7 de julho de 1989. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["kpdata%20Ascending"\],"languageisocode":\["ENG"\],"respondent":\["GBR"\],"kpthesaurus":\["451"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["00 1-57491"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 20/12/2018.

21 20Acórdão Jäggi v. Switzerland, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 13 de julho de 2006. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["docnamesort%20Ascending"\],"respondent":\["CHE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

A lei sueca n.º 1.140 de 20 de dezembro de 1984, primeira lei a respeito da PMA que se tem notícia, consagra que o nascido através dessa técnica, ao atingir a maioridade, tem direito a saber os dados relativos ao seu doador²². A maioria dos demais países nórdicos, como Noruega, Suíça, Islândia, Holanda e Finlândia, também contemplam o direito de conhecimento da origem genética²³, assim como o Reino Unido²⁴ e a Alemanha²⁵, enquanto que Espanha²⁶ e a França se posicionam na tendência oposta²⁷.

Portugal, por sua vez, em decorrência da 1ª Conferência Ministerial Europeia sobre Direito do Homem, realizada em Viena em 1985, instalou a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, que teve como objetivo preparar um projeto legislativo sobre reprodução medicamente assistida. A Comissão entendeu que o direito ao conhecimento da proveniência biológica, em decorrência do art. 26º da CRP não era absoluto, sendo passível

de restrições. Como resultado, foi publicado o Decreto-Lei n.º 319/86 de 25 de setembro, primeiro diploma português sobre o tema²⁸. Cabe pontuar que, já na época, o Professor Luis Archer defendia o anonimato do doador como uma afronta ao direito constitucional à identidade pessoal²⁹.

Em 1998, Conselho Nacional de Ética para as Ciênc-

CHAMBER"]",itemid":["001-76412"]]>. Acesso em: 20/12/2018

22 VALE E REIS, Rafael. "O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas". In: OLIVEIRA ASCENSAO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 220

23 OLIVEIRA ASCENSAO, José de. "A Lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida". In: OLIVEIRA ASCENSAO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 31

24 Human Fertilisation and Embryology Act, 2008. Disponível: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>>. Acesso em: 03/01/2019

25 § 1º, alínea 2, Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz – SaRegG (Tradução: Lei do Registro de Doadores de Sêmen e do Acesso a Informações sobre o Doador de Sêmen Utilizado).

Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/saregg/BjNR251310017.html>>. Acesso em: 03/01/2019

26 Art. 5º, n.º 5, Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>>. Acesso em: 03/01/2018

27 Art. L1244-7, Code de La Santa Publique. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jessionid=0F6BOE-2F23A10D2F8E84E437D2DBFA20.tplgfr2_2s_1?idSectionTA=LEGISC-TA000006171520&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20190123>. Acesso em: 04/01/2019

28 RAPOSO, Mario. "Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos". In: AUBY, Jean-Marie (Org.). Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991. p.94 e ss.

29 Ibid. p. 105

cias da Vida, o CNECV, emitiu o Parecer n° 23/CNECV/98 que reconheceu o direito de acesso à identidade do doador. Essa posição do CNECV foi reiterada no Parecer n° 44/CNECV/2004: “no caso de PMA com recurso a dador de gametas, devera 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”³⁰.

Todavia, como vimos, a Lei n° 32/2006 celebrou o princípio do anonimato do doador, possibilitando apenas o conhecimento de informações de natureza genética, mas não a sua identidade. O legislador português justificou essa escolha em uma defesa da paz familiar: a identificação do doador poderia provocar na prole o interesse de estabelecer contato com o progenitor biológico e a entrada desse no seio da família poderia perturbar a ordem³¹, além de que, com o fim do sigilo, o número de doadores iria decrescer³².

O Tribunal Constitucional também já se pronunciou. O Acórdão n° 101/2009 de 1° de abril alegou que a regra do anonimato é apenas *prima facie*, e não definitiva, de modo que a opção do legislador por um regime mitigado não é dotada de inconstitucionalidade, e, portanto, não havia qualquer motivo para censura constitucional do artigo 15^o³³.

É à luz da garantia constitucional do art. 26° da CRP que o tema precisa ser analisado.

Na medida em que um dos componentes essenciais do direito à identidade pessoal é o conhecimento da identidade genética própria³⁴, é um direito da pessoa concebida através da reprodução assistida a de investigar os seus vínculos biológicos. Tão somente dela, pois é quem tem razões para invocar o fim da confidencialidade. Ora, o doador não é amparado por esse direito, ele é um mero fornecedor do material genético que em nada participa do projeto parental³⁵, como já estudamos.

Ocorre que na perspectiva do gerado por tais técnicas,

30 Parecer n° 44/CNECV/2004, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida

31 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. “Direito e Bioética”. In: AUBY, Jean-Marie (Org.). *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991. p. 16.

32 MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. *Op. cit.*, p. 92.

33 Acórdão n° 101/2009. *Diário da República*. 2ª série. N 64.º 1 de abril de 2009

34 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 284

35 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *A Lei n° 32/06...Op. cit.*, p. 33

mesmo sem haver objetivo de constituir a filiação, ele tem o direito de conhecer de onde provém, pois não é a busca apenas por um laço biológico, mas também pela ligação com o seu passado, pelo conhecimento dos seus ascendentes³⁶, e a CRP fundamenta esse direito de conhecer a sua origem biológica, quer esse conhecimento esteja ou não relacionado ao estabelecimento jurídico de filiação³⁷.

O tocante nessa matéria não é a determinação da paternidade jurídica, mas sim o conhecimento de todos os aspectos que formam a identidade pessoal. O fato de não haver vínculo filial com o doador não invalida que o indivíduo tenha acesso à sua ascendência genética, pois a CRP pontua o direito ao conhecimento de todos os aspectos que formam a nossa identidade, quer esses aspectos tenham valor jurídico ou não³⁸.

A preferência pelo princípio do anonimato do doador vai na contramão da importância que é dada nos dias de hoje à verdade biológica. José de Oliveira Ascensão coloca que a pessoa que nasce a partir de um material genético tido como anônimo, é uma pessoa que tem uma parte de sua história amputada³⁹, ressaltando que ter conhecimento dos antecedentes hereditários é uma necessidade psicológica do indivíduo⁴⁰. Mais, Tiago Duarte define o anonimato do doador como inconstitucional, uma forma legal impeditiva de estabelecer o vínculo genético que impossibilita o pleno direito à identidade pessoal. Para ele, no conhecimento da identidade pessoal está abrangido o direito de saber quem são os progenitores genéticos, quem foi o transmissor dessa identidade, ter total conhecimento da sua árvore genealógica⁴¹.

Rafael Vale e Reis faz coro ao dizer que o direito da pessoa gerada através da PMA heteróloga de ter acesso a identificação do seu doador deve ser reconhecido⁴². Ele defende uma solução legal que parta da admissibilidade, a *prima facie*, do conhecimento da identidade do doador do esperma, dos ovócitos ou do embrião⁴³. Por fim, Paulo Otero destaca que

36 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Direito e...Op. cit., p. 28

37 Ibid. p. 28.

38 DUARTE, Tiago. In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003. p. 41.

39 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A Lei n° 32/06...Op. cit., 33.

40 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de Direito e...Op. cit., p. 16.

41 DUARTE, Tiago. Op. cit., p. 38 e ss.

42 VALE E REIS, Rafael. Op. cit., p. 102.

43 Ibid. p. 223.

um sistema legislativo que normatiza a impossibilidade do ser humano de conhecer a maneira como foi gerado e, conseqüentemente, o seu patrimônio genético, deve ser considerado inconstitucional⁴⁴, e ressalta, ainda, que não existe qualquer outro direito ou interesse que possa barrar esse direito de informação acerca da origem; ele defende que a historicidade pessoal dá direito a saber a identidade dos seus progenitores e, desse modo, a regra do sigilo do doador de gametas é inconstitucional⁴⁵.

Com exceção dessa doutrina majoritária, temos a tese de Paula Martinho da Silva, que defende um sistema mitigado, como é na atual lei, com informações a respeito das características genéticas mas sem identificação do doador, pois o fim do sigilo acarretaria conseqüências práticas para as técnicas de PMA⁴⁶. Juntamente, o Professor Carlos Pamplona Corte-Real, que acredita que a confidencialidade respeita a intenção de manter o estímulo a doação de material genético, sendo, assim, de utilidade para os próprios beneficiários⁴⁷.

Contudo, com o devido respeito a ambos os juristas, o argumento central deles, de que o reconhecimento do direito à identidade genética e o acesso à identidade do doador provocaria uma inexistência de doadores de gametas não merece prosperar. Isso porque experiências anteriores já demonstraram o contrário: após o declínio nos primeiros anos, o número de doadores aumentou. Além disso, esses doadores são considerados de uma qualidade ética maior, justamente por compreenderem que a doação será acompanhada de uma identificação⁴⁸.

Diante de tantas apreciações em relação ao tema, não foi qualquer surpresa, portanto, o pedido feito pelo grupo de Deputados, pois o direito ao conhecimento das origens genéticas merece ser tutelado, o ordenamento jurídico deve estar mais sensível aos aspectos que constroem a personalidade humana, e essa só é totalmente realizada com a satisfação do questionamento ‘quem sou eu?’⁴⁹. Desse modo, uma

44 OTERO, Paulo. Op. cit., p. 72.

45 Ibid. p. 73.

46 MARTINHO DA SILVA, Paula. A Procriação Artificial – Aspectos Jurídicos. Lisboa: Moraes Editores, 1986.p. 41.

47 PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Op. cit., p. 241.

48 Parecer nº 23/CNECV/98, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida. p. 4.

49 VALE E REIS, Rafael. Op. cit., p. 195.

vez que os direitos elencados no art. 26º da CRP são aqueles que estão à disposição da defesa da esfera íntima do ser humano⁵⁰, é natural que o artigo tenha sido invocado na defesa do fim do anonimato pelos requerentes.

O Acórdão n° 225/2018, que apreciou essa problemática, decidiu justamente pela inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos n.ºs 1 e 4, do art. 15º, da Lei 32/2006, por entender que a redação era uma violação do direito à identidade pessoal e, conseqüentemente, do desenvolvimento da personalidade⁵¹. Podemos dizer que o Tribunal Constitucional agiu acertadamente.

Primeiramente, reconheceu que o legislador não invocou o direito à identidade pessoal quando redigiu a Lei da PMA, e que assim deveria ter sido feito, por se tratar de uma garantia constitucional. Uma vez sendo uma garantia constitucional, fica impedida que qualquer lei ordinária, como a n° 32/2006, afaste o seu critério de incidência.⁵² Mais que isso, o Acórdão interpretou o art. 26º da CRP como um direito que toda pessoa tem ao conhecimento e à preservação da sua identidade pessoal.

Nessa medida, no que se refere às pessoas geradas através das técnicas de reprodução assistida, significa dizer que elas têm direito a chamada 'verdade biológica', que é o direito de conhecer a ascendência biológica direta⁵³. Temos, portanto, o reconhecimento judicial de que o direito ao conhecimento das origens genéticas é uma das faces do direito à identidade pessoal e está diretamente ligado a livre construção da personalidade⁵⁴, de modo que não há outros interesses no cenário da PMA tão fortes que tornem a restrição desse direito, e, conseqüentemente, a ocultação da progeneritura, justificável⁵⁵.

Sendo assim, a posição que o Acórdão assumiu reconhece que o anonimato dos doadores fere o preceito constitucional da identidade pessoal que traz o art. 26º da CRP, e celebra a importância do direito ao conhecimento das ori-

50 GOMES CANUTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 461.
51 Acórdão n° 225/2018. Diário da República. 1ª série. N° 87.7 de maio de 2018. p. 1.946.
52 OTERO, Paulo. Op. cit., p. 91.
53 Ibid. p. 92.
54 VALÉ E REIS, Rafael. Op. cit., p. 197.
55 OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 8.

gens genéticas, que, como sabiamente disse Antunes Varela, é nada mais que um ‘direito à verdade’, pois é direito de todos ter o conhecimento de quem são os seus reais progenitores, de saber em que medida a natureza e as técnicas laboratoriais interferiram no fenômeno de seu nascimento, que, apesar de não possuir uma alusão direta na legislação portuguesa, é um dos norteadores da nova ordem jurídica⁵⁶.

A partir do exposto acima, podemos concluir que a matéria analisada pelo Acórdão n.º 225/2018, no que se refere ao anonimato dos doadores nas técnicas de reprodução medicamente assistida, não foi nenhuma inovação. A tendência, na comunidade internacional e na doutrina portuguesa, já era de não confidencialidade quanto à identidade dos doadores de material genético.

O que o Tribunal fez foi afirmar, categoricamente, que o direito à identidade pessoal previsto no art. 26.º da CRP deve abranger os procedimentos de reprodução assistida, de modo que a extensão desse direito alcance a pessoa concebida através dessa técnica, o que garante um direito ao conhecimento das origens genéticas.

Diante do aqui estudado, pode-se perceber como ter esse conhecimento acerca da sua origem biológica é necessário para o ser humano, pois saber de onde viemos faz parte da construção da nossa personalidade, da individualidade de cada um. Ter acesso a verdade biológica que cerca a nossa concepção é saber toda a nossa história.

Logo, a redação dos n.º 1 e 4 do art. 15.º, Lei 32/2006, ao estabelecer como regra geral o sigilo nas técnicas de PMA, se mostrava contrária a um preceito constitucional do ordenamento jurídico português. A declaração de inconstitucionalidade com força geral afirmou, de forma certa, que os indivíduos gerados a partir da reprodução assistida, assim como todos os demais, tem direito a conhecer a identidade do seu doador, mas de modo que esse conhecimento não implica em qualquer relação de filiação entre as partes, pois, como vimos, o papel do doador em nada se confunde com o projeto parental.

Portanto, podemos dizer que a ação do Tribunal Cons-

⁵⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, Número 3.834, p. 100.

titucional nesse Acórdão foi uma celebração do direito à identidade pessoal, garantia constitucional essencial para a personalidade do ser humano.

1. Referências Bibliográficas

Acórdão n° 101/2009. Diário da República. 2ª série. N 64.º 1 de abril de 2009

Acórdão n° 225/2018. Diário da República. 1ª série. N° 87. 7 de maio de 2018

Acórdão Gaskin v. United Kingdom, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 7 de julho de 1989. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["kpdate%20Ascending"\],"languageisocode":\["ENG"\],"respondent":\["GBR"\],"kpthesaurus":\["451"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER ER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57491"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> Acesso em 20/12/2018

Acórdão Jäggi v. Switzerland, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 13 de julho de 2006. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["-docnamesort%20Ascending"\],"respondent":\["CHE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-76412"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> Acesso em: 20/12/2018

ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, Número 3.834

Code de La Santa Publique. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0F6BOE2F23A10D2F8E84E437D2DBFA20.tpl_gfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006171520&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20190123> Acesso em: 04/01/2019

DUARTE, Tiago. In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003

Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen Samenspenderregistergesetz – SaRegG. Disponível: <<http://www.gesetze-im-internet.de/saregg/BJNR251310017.html>> Acesso em: 03/01/2019

GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4ª ed. revista. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 2007

Human Fertilisation and Embryology Act, 2008. Disponível: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>> Acesso em: 03/01/2019

Lei n° 32/2006 de 26 de julho

Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>> Acesso em: 03/01/2018

MARTINHO DA SILVA, Paula. A Procriação Artificial – Aspectos Jurídicos. Lisboa: Moraes Editores, 1986

MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada e Legislação Complementar. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra

Editora, 1999

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. “Direito e Bioética”. In: AUBY, Jean-Marie (Org.). Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. “A Lei n° 32/06 sobre procriação medicamente assistida”. In: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009

OTERO, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética. Coimbra: Almedina, 1999

PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Direito da Família - Tópicos para uma Reflexão Crítica. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011

Parecer n° 23/CNECV/98, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida

Parecer n° 44/CNECV/2004, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida

RAPOSO, Mario. “Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos”. In: AUBY, Jean-Marie (Org.). Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991

Resolução de 16 de Março de 1989 sobre a Fecundação Artificial In Vivo e In Vitro do Parlamento Europeu, Jornal Oficial n° C 096 de 17/04/1989

VALE E REIS, Rafael. “O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas”. In: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009