Recebido para publicação em março de 2009.

ACÓRDÃO N.º 101/2009
Processo n.º 963/06
Plenário
Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Um grupo de trinta e um Deputados à Assembleia da República veio requerer, ao abrigo do disposto no artigo 281º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a declaração, com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da procriação medicamente assistida), com fundamento em inconstitucionalidade formal e violação da Lei Orgânica do Referendo, e ainda em inconstitucionalidade material de diversas das suas normas.

Fundamentaram o pedido nos seguintes termos:

O Decreto da Assembleia da República n.º 64/X (que deu origem à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a procriação medicamente assistida) foi objecto de votação final global em 25 de Maio de 2006, cerca das 18.00 horas.

Nesse mesmo dia, pelas 9.30 horas, o Presidente da Assembleia da República recebeu uma petição de referendo de iniciativa popular, subscrita por mais de setenta e nove mil cidadãos, na qual era solicitada a realização de um referendo sobre a Lei em debate na Assembleia da República. Tal petição foi apresentada nos termos dos artigos 115.º, n.º 2, e 167.º, da Constituição e 4.º, n.º 1, e 16.º a 22.º da Lei Orgânica do Referendo (LOR).

A Assembleia da República votou a Lei, desconsiderando a petição popular já entregue, e declarou que a iniciativa popular de referendo pode ser frustrada com a votação final global de uma lei, independentemente do momento em que aquela tenha sido apresentada.

A LOR não prescreve as consequências imediatas da entrega da petição popular no processo legislativo. Porém, uma vez que está em causa uma iniciativa cujo objecto se prende com um acto legislativo em processo de apreciação, a entrada da petição sempre haveria de ter efeito suspensivo sobre o referido processo, sob pena de se tornar inútil.

A não suspensão do procedimento legislativo até à decisão da iniciativa popular de referendo elimina um instrumento de democracia participativa com assento constitucional, em consequência de uma agenda parlamentar que os peticionários não dominavam. Tal situação configura vício de inconstitucionalidade formal, por violação do artigo 115.º da Constituição, e de ilegalidade, por violação dos artigos 4.º, 17.º a 22.º da LOR.

Além disso, o diploma questionado foi enviado ao Presidente da República, para promulgação, imediatamente a seguir à fixação da redacção final do texto legal (em 23 de Junho de 2006), antes de ter decorrido o prazo que assiste aos Deputados para apresentar reclamação do texto final (nas três sessões legislativas subsequentes), violando o disposto nos artigos 166.º e 167.º do Regimento da Assembleia da República.

A Lei n.º 32/2006 também apresenta vários problemas de inconstitucionalidade material e de violação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que, por via do artigo 8.º da Constituição, fazem parte do ordenamento jurídico português.

O artigo 4.º, n.º 2, admite o recurso à procriação medicamente assistida (PMA) com vista à selecção e/ou eugenia, permitindo a triagem de embriões humanos em função de características morfológicas ou genéticas e para cumprimento de desideratos não identificados (para evitar a "transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras"). Não pode aceitar-se que esta norma possa servir de pretexto, por exemplo, para a escolha de sexo dos descendentes. O preceito em questão viola o disposto nos artigos 24.º, 25.º, 26.º, n.º 3, e 13.º, n.º 1, da Constituição, bem como os artigos 1.º e 2.º da Convenção de Oviedo.

O artigo 6.º não impõe um limite máximo de idade para recorrer às técnicas de PMA, admitindo, por exemplo, que uma mulher possa ter um filho aos 67 anos. Praticamente todas as legislações da Europa ocidental estabelecem limites de idade para recurso à PMA e as mais liberais vão até à idade fértil da mulher. À semelhança do que se encontra previsto no regime legal da adopção (artigos 1974.º, n.º 1, e 1979.º, n.º 3, do Código Civil), as relações a estabelecer deverão ser de filiação, em homenagem ao interesse superior da criança, não devendo este ser afastado em virtude de um desejo pessoal de maternidade a todo o custo. O artigo 6.º da Lei n.º 32/2006 atenta contra os artigos 25.º, 26.º, 64.º, 67.º, n.º 2, alínea e), 68.º, e 69.º da Constituição, bem como os artigos 1.º e 2.º da Convenção de Oviedo. De facto, a PMA deve ser dirigida para a protecção da família, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana, tendo em conta a inviolabilidade da vida e integridade humanas e a identidade pessoal.

Os artigos 7.º, n.º 3, e 30.º, n.º 2, alínea q), admitem a criação de embriões-medicamento, instrumentalizando o embrião humano e violando os artigos 24.º, 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição, bem como os artigos 1.º e 2.º da Convenção de Oviedo.

Os artigos 9.º, n.ºs 2 a 5, e 30.º, n.º 2, alíneas e) e g), colidem com o disposto nos artigos 24.º, 26.º, 68.º e 69.º da Constituição e nos artigos 1.º, 2.º, 11.º, 14.º, 15.º e 18.º da Convenção de Oviedo.

O artigo 10.º prevê o recurso a bancos de esperma e a dádiva de ovócitos, permitindo a existência de filhos de pai ou mãe biológicos não identificados. Esta previsão opõe-se ao disposto nos artigos 36.º, n.º 4, 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da Constituição, e vai contra a jurisprudência constitucional que reconhece a existência de direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade, na medida em que esta representa uma referência essencial da pessoa (Acórdãos n.º 99/98, n.º 413/89, n.º 451/89 e n.º 370/91), e contra a doutrina que defende que o direito à identidade abrange o direito à historicidade pessoal (GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA).

O artigo 10.º também coloca em xeque a dignidade da mulher, visto que é simples imprimir um cunho mercantil (apesar de não visível) à recolha de ovócitos – atenta a esse facto, a Comissão da Igualdade e dos Direitos das Mulheres, do Parlamento Europeu, em 22 de Janeiro de 2006, aprovou, por unanimidade, uma recomendação a todos os países da Comunidade Europeia, para a criação de leis que combatam esse flagelo, que condena as mulheres à exploração – e são conhecidos casos de morte de mulheres por hiperestimulação

ovária (processo que permite aquela recolha). O preceito legal em questão viola os artigos 9.º, alínea d), 24.º, 25.º, 26.º, 36.º, 64.º e 67.º, todos da Constituição, bem como todas as disposições da DUDH e da Convenção de Oviedo.

O artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, viola o disposto nos artigos 9.º, alínea d), 13.º, n.º 2, 25.º, n.º 1, 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 4, da Constituição. Ao indivíduo nascido por recurso à procriação heteróloga está vedada a hipótese de conhecer os seus antecedentes médicos, ficando diminuído nos seus direitos e incapacitado de usar a medicina preventiva – o recurso a um processo judicial para obter essa informação não se compadece com a necessidade de tratamentos médicos urgentes. Tendo em conta que todos os intervenientes no processo de PMA têm dever de sigilo, a pessoa concebida através dessa técnica nem sequer tem forma de suspeitar que a sua identidade real não corresponde à declarada no assento de nascimento. Essa circunstância é ainda mais grave tendo em conta que não existe limitação legal do número de inseminações que um mesmo dador pode proporcionar e, num país com dez milhões de habitantes, os riscos de consanguinidade são evidentes.

Os artigos 19.º, 20.º, 21.º e 27.º conduzem à disponibilidade do direito ao conhecimento da paternidade, em contradição com a jurisprudência constitucional constante do Acórdão n.º 413/89. O artigo 20.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006 faz derivar a paternidade de uma relação obrigacional negocial, podendo ser discutida toda a gama de vícios e formas dessa declaração; esse mesmo artigo colide com o disposto no artigo 6.º, ao admitir a procriação por deliberação de um só progenitor, afrontando o princípio do superior interesse da criança e a protecção desta, em ordem ao seu desenvolvimento integral, nos termos do artigo 68.º da Constituição. O artigo 35.º da Lei n.º 32/2006 não prevê qualquer sanção para a violação do princípio da biparentalidade, atentando contra o disposto nos artigos 25.º, 26.º, 36, n.º 4, e 68.º, todos da Constituição.

Os artigos 24.º e 25.º estabelecem o princípio da criação discricionária de embriões, por exercício do poder médico/científico. Porém, os embriões criados têm pai e mãe, a quem assistem os direitos constitucionais de maternidade e paternidade, consagrados no artigo 68.º da Constituição. Nesta matéria há que honrar o primado do ser humano sobre a ciência, devendo ser tidos em conta os exemplos de países como a Alemanha, Áustria, Itália e Irlanda, que não permitem a criação de embriões excedentários. A implantação de mais de um embrião no útero humano também coloca questões de saúde pública, pois está cientificamente comprovado que a gravidez múltipla constitui um factor agravante da malformação do feto. Entende-se existir desconformidade dos preceitos mencionados com o disposto nos artigos 64.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, assim como nos artigos 1.º, 2.º, 11.º, 14.º e 18.º da Convenção de Oviedo.

O diagnóstico genético pré-implantatório previsto nos artigos 28.º e 29.º destina-se à produção de seres humanos seleccionados segundo qualidades pré-estabelecidas, consubstanciando uma manipulação contrária à dignidade, integridade e identidade humanas. Além disso, o legislador parlamentar não esperou que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) se pronunciasse sobre esta questão (estando este órgão, à data, a preparar um parecer sobre o assunto), desconsiderando as competências legais atribuídas pela Lei n.º 14/90, de 9 de Junho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 193/99, de 7 de Junho, e pelas Leis n.º 9/2003, de 13 de Maio, e n.º 6/2004, de 26 de Fevereiro. Contesta-se a harmonia dos dois preceitos mencionados com o disposto nos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição, e nos artigos 11.º a 14.º da Convenção de Oviedo.

O artigo 36.º admite que não seja sancionada a clonagem reprodutiva, no âmbito da PMA. Apesar de se declarar que a clonagem reprodutiva é proibida, a sua prática não acarreta efeitos para o infractor. Ora, a clonagem reprodutiva é proibida em todo o mundo ocidental e onde vigora um Estado de direito. O Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo relativo à

clonagem humana e o artigo 11.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 1997, proíbem a clonagem reprodutiva. O preceito em análise viola estes instrumentos internacionais (que constituem lei interna) e ainda os artigos 8.º, 9.º, 64.º e 68.º da Constituição.

O artigo 39.º apenas sanciona a maternidade de substituição a título oneroso, nada estatuindo acerca dos negócios gratuitos (que o artigo 8.º não admite). Essa falta de sanção revela permissividade relativamente ao negócio da maternidade de substituição, representa um risco para a dignidade e outros direitos do ser humano e constitui fraude à lei, colidindo com o disposto nos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição e em todas as disposições da Convenção de Oviedo.

2. Efectuada a notificação a que se refere o artigo 54º da Lei do Tribunal Constitucional, a Assembleia da República respondeu fazendo a entrega da cópia dos Diários da Assembleia da República onde foram publicados os trabalhos preparatórios da Lei n.º 32/2006, bem como dos pareceres e demais documentação relativa à tramitação da petição de referendo recebida em 25 de Maio de 2006, e prestando, em suma, os seguintes esclarecimentos:

Em 25 de Maio de 2006, os representantes de um grupo de 78333 cidadãos eleitores entregaram à Assembleia da República uma petição para a realização de um referendo nacional sobre a procriação medicamente assistida.

Nesse mesmo dia foi aprovado, em votação global final, o texto elaborado pela Comissão de Saúde (concluído em 22 de Maio de 2006), relativo aos projectos de lei do BE, do PS, do PCP e do PSD sobre procriação medicamente assistida. Antes dessa votação, o CDS-PP apresentou um requerimento solicitando o respectivo adiamento, pelo prazo de uma semana, mas esse requerimento foi rejeitado, com votos contra do PS, do PCP, do BE e do PEV, e votos a favor do PSD, do CDS-PP e de uma Deputada do PS.

A petição foi enviada à Comissão de Saúde, em 26 de Maio de 2006, e esta emitiu parecer, em 8 de Junho de 2006, manifestando dúvidas acerca da admissibilidade da petição e solicitando ao Presidente da Assembleia da República que enviasse o processo à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, para esta se pronunciar sobre a questão. A petição foi enviada à Comissão de Assuntos Constitucionais, em 12 de Junho de 2006, e esta emitiu parecer, em 21 de Junho de 2006, concluindo que a iniciativa popular de referendo não cumpria o disposto no artigo 17.º, n.º 4, da Lei Orgânica do Referendo. O Presidente da Assembleia da República enviou, em 22 de Junho de 2006, esse parecer à Comissão de Saúde e esta, em 27 de Junho de 2006, emitiu parecer, concluindo que a petição era ilegal e não deveria ser admitida.

Em 28 de Junho de 2006, o Presidente da Assembleia da República notificou os representantes dos cidadãos eleitores subscritores da petição para, querendo, procederem ao aperfeiçoamento desta, apresentando um projecto de lei relativo à matéria a referendar (Despacho n.º 102/X). Em 29 de Junho de 2006, dois Deputados do PCP recorreram desse despacho, entendendo que a petição não deveria ser admitida, seguindo os pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais e da Comissão de Saúde. Esse recurso foi encaminhado para a Comissão de Assuntos Constitucionais, que emitiu parecer, em 4 de Junho de 2006, concluindo pela improcedência do recurso. Esse parecer foi submetido à votação no Plenário, em 5 de Julho de 2005, tendo sido aprovado com votos a favor do PS, do PSD e do CDS-PP, e votos contra do PCP, do BE e do PEV.

Em 10 de Junho de 2006, os mandatários da petição entregaram à Assembleia da República um projecto de lei que regula as técnicas de procriação medicamente assistida.

Na sequência desse aperfeiçoamento, em 18 de Julho de 2006, o Presidente da Assembleia da República admitiu a iniciativa popular de referendo e enviou-a à Comissão de Saúde, para os efeitos previstos no artigo 20.º, n.ºs 5 e 6, da Lei Orgânica de Referendo. Entretanto, suspenderam-se os trabalhos parlamentares e, após o início da sessão legislativa seguinte, a Comissão ouviu os representantes dos cidadãos eleitores subscritores da petição, em 26 de Setembro de 2006.

O projecto de resolução que incorporou o texto da iniciativa de referendo (n.º 159/X/2) foi entregue ao Presidente da Assembleia da República em 6 de Outubro de 2006, foi anunciado no Plenário em 19 de Outubro de 2006 e foi publicado no Diário da Assembleia da República, Série II-A, em 21 de Outubro de 2006.

O projecto de resolução n.º 159/X/2 foi apreciado em 15 de Novembro de 2006 e foi votado na reunião plenária de 16 de Novembro de 2006, tendo sido rejeitado, com votos contra do PS, do PSD, do BE e do PEV, votos a favor do CDS-PP, de duas Deputadas do PS e de um Deputado do PSD, e a abstenção de uma Deputada do PS (cfr. Diário da Assembleia da República, Série I, de 16 e 17 de Novembro de 2006).

3. Elaborado o memorando a que alude o artigo 63º, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional e fixada a orientação do Tribunal, cabe decidir.

II – Fundamentação

Vícios formais

4. Os requerentes começam por invocar dois vícios formais que poderão afectar a Lei n.º 32/2006 e que convirá apreciar preliminarmente: (a) a não suspensão do procedimento legislativo, por efeito da apresentação de uma iniciativa popular de referendo, e (b) inobservância do prazo que o Regimento da Assembleia da República concede aos Deputados para reclamarem da redacção final do diploma, antes do envio ao Presidente da República, para promulgação.

a) A iniciativa popular de referendo

A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a procriação medicamente assistida, procurando assim dar cumprimento ao específico dever de regulamentar a matéria, constante do artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa, teve origem nos projectos de lei n.º 141/X, do Bloco de Esquerda (BE), n.º 151/X, do Partido Socialista (PS), n.º 172/X, do Partido Comunista Português (PCP), e n.º 176/X, do Partido Social Democrata (PSD).

Os projectos foram discutidos no dia 21 de Outubro de 2005 e aprovados, na generalidade, no dia 10 de Novembro seguinte (Diários da Assembleia da República, de 22 de Outubro de 2005, I série, n.º 58, págs. 2641-2657, e de 11 de Novembro de 2005, I série, n.º 60, págs. 2823-2824), tendo sido agendada a votação final global, com base num texto elaborado na comissão parlamentar de saúde, para a reunião plenária de 25 de Maio de 2006, que decorreria a partir das 15 horas e 10 minutos.

Nesse mesmo dia, às 9 horas e 30 minutos, o Presidente da Assembleia da República recebeu uma petição popular, na qual os cidadãos signatários vinham «propor à Assembleia da República a realização de um referendo nacional sobre as questões da procriação medicamente assistida», apresentando, também, a proposta de três perguntas que estavam relacionadas com os projectos de Lei n.º 141-X, 151-X, 172-X, 176-X, em apreciação na Assembleia da República, e que eram as seguintes: «1) Concorda que a lei permita a criação de embriões humanos em número superior àquele que deva ser transferido para a mãe imediatamente de uma só vez- 2) Concorda que a lei permita a geração de um filho sem um

pai e uma mãe biológicos unidos entre si por uma relação estável- 3) Concorda que a lei admita o recurso à maternidade de substituição permitindo a gestação no útero de uma mulher de um filho que não é biologicamente seu-».

Na sequência desta iniciativa, o CDS-PP solicitou o adiamento da votação por uma semana, mas o requerimento foi rejeitado, com votos contra do PS, do PCP, do BE e do PEV, e votos a favor do PSD, do CDS-PP e de uma Deputada do PS (*Diário da Assembleia da República*, de 26 de Maio de 2006, I série, n.º 127, pág. 5859).

Submetido, então, à votação, o texto final da Comissão de Saúde foi aprovado, com votos a favor do PS, do PCP, do BE, do PEV e de oito Deputados do PSD; teve porém os votos contra do PSD, do CDS-PP e de três Deputados do PS; e contou com a abstenção de vinte e um Deputados do PSD (*ibidem*).

Só, posteriormente, se deu seguimento ao processo referendário que culminaria com a rejeição, na reunião plenária de 16 de Novembro de 2006, da proposta de Resolução n.º 159/X, que se dirigia à realização do referendo nacional, tendo na ocasião votado contra o PS, o PSD, o PCP, o BE e Os Verdes e tendo votado a favor o CDS/PP, um deputado do PDS e duas deputadas do PS (*Diário da Assembleia da República*, de 17 de Novembro de 2006, I série, n.º 21, pág. 86).

À luz desta factualidade, os requerentes questionam a validade formal da Lei n.º 32/2006, considerando que a mera entrada de uma iniciativa popular de referendo deveria ter dado lugar à suspensão do procedimento legislativo, o que – segundo entendem - pode caracterizar tanto uma inconstitucionalidade formal, por violação do disposto no artigo 115º da Constituição, como uma ilegalidade por violação de Lei Orgânica do Referendo, entendida como lei de valor reforçado.

É esta, pois, a primeira questão que cabe dilucidar.

O artigo 115.º da Constituição da República, no seu n.º 1, estabelece que «[o]s cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se directamente, a título vinculativo, através de referendo, por decisão do Presidente da República, mediante proposta da Assembleia da República ou do Governo, em matérias das respectivas competências, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei». O n.º 2 acrescenta que «[o] referendo pode ainda resultar da iniciativa de cidadãos dirigida à Assembleia da República, que será apresentada e apreciada nos termos e nos prazos fixados por lei».

Em consonância com o que aí se prevê, o artigo 167º, sob a epígrafe «Iniciativa da lei e do referendo», explicita, no seu n.º 1, que «[a] iniciativa da lei e do referendo compete aos Deputados, aos grupos parlamentares e ao Governo, e ainda, nos termos e condições estabelecidos na lei, a grupos de cidadãos eleitores (…)»; ao passo que o artigo 197º, n.º 1, alínea e), igualmente confere ao Governo, no quadro da sua competência política, a faculdade de «[p]ropor ao Presidente da República a sujeição a referendo de questões de relevante interesse nacional, nos termos do artigo 115º». Sendo que, em qualquer dos casos, é ao Presidente da República que compete decidir sobre a convocação do referendo (artigo 134º, alínea c)).

Em concretização de todos estes princípios, a Lei Orgânica do Referendo (LOR), aprovada pela Lei Orgânica n.º 15-A/98, de 3 de Abril (entretanto alterada pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 8 de Setembro), distingue entre proposta de referendo da Assembleia da República, que pode ser da iniciativa parlamentar ou governamental ou da iniciativa popular, e proposta de referendo do Governo, que resulta do exercício de uma competência própria,

quando este pretenda apresentar a iniciativa referendária directamente perante o Presidente da República (cfr. artigos 10º, 14º, 16º e 36º, n.ºs 3 e 4).

E é à luz deste critério legal que deve entender-se a norma do artigo 4.º, n.º 2, da LOR quando prescreve: "[s]e a Assembleia da República ou o Governo apresentarem proposta de referendo sobre convenção internacional submetida a apreciação ou sobre projecto ou proposta de lei, o respectivo processo suspende-se até à decisão do Presidente da República sobre a convocação do referendo e, em caso de convocação efectiva, até à respectiva realização".

Neste contexto, facilmente se compreende que o acto de apresentação da proposta de referendo de que fala o preceito citado não é o da apresentação da iniciativa popular de referendo à Assembleia da República, mas sim o da apresentação da proposta de referendo, por parte da Assembleia da República ou do Governo, ao Presidente da República. Efectivamente, a iniciativa popular de referendo consagrada nos artigos 115.º, n.º 2, e 167.º, n.º 1, da Constituição, é dirigida à Assembleia da República, podendo este órgão de soberania rejeitá-la ou aprová-la (artigos 16º e 21.º da LOR). E é da aprovação da iniciativa popular, por parte da Assembleia da República, que nasce a proposta de referendo que ulteriormente é submetida à apreciação do Presidente da República.

Importa, portanto, não confundir a iniciativa de referendo (que cabe à Assembleia da República, ao Governo e aos cidadãos eleitores portugueses) com a proposta de referendo (que só à Assembleia da República e ao Governo compete aprovar). É à apresentação desta proposta ao Presidente da República que o artigo 4.º, n.º 2, da LOR atribui efeito suspensivo do procedimento legislativo em curso.

Assim sendo, a entrega, na Assembleia da República, de uma iniciativa popular de referendo não suspende o procedimento legislativo. Esse efeito suspensivo apenas poderia decorrer do posterior acto de apresentação da proposta de referendo ao Presidente da República, se entretanto for aprovado, em plenário, o projecto de resolução que incorpora a iniciativa popular.

No nosso sistema constitucional, o referendo constitui, pois, um instrumento de participação democrática «semidirecta» (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, 2003, págs. 294-298) que deverá conjugar-se com os mecanismos próprios da democracia representativa, ou seja, deverá receber a aprovação dos órgãos de soberania directamente eleitos: a Assembleia da República, que votará a apresentação da proposta de referendo ao Presidente da República e o Presidente da República que tomará a decisão de submeter ou não a questão ou o texto em causa a referendo.

É isso também o que explicita JORGE MIRANDA, quando refere que «a *iniciativa* de referendo a que alude o n.º 2 do artigo 115.º não passa de pré-iniciativa, por ter de ser mediatizada pela Assembleia» (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra 2006, pág. 303).

Deste modo, a iniciativa popular de referendo está sempre dependente da sua posterior aprovação pela Assembleia da República num específico processo referendário que obedece a determinados pressupostos e a uma tramitação própria (artigos 16.º a 21.º da LOR) e que não tem, em si, a capacidade de automaticamente paralisar um procedimento legislativo que se encontre já pendente.

Nem essa exigência resulta do disposto no artigo 115º, n.º 2, da Constituição, que apenas abre a possibilidade de a iniciativa referendária (que não a proposta de referendo) pertencer a grupos de cidadãos eleitores.

Como é de concluir, a não suspensão do procedimento legislativo, aquando da entrega à Assembleia da República da iniciativa popular de referendo sobre o projecto de diploma em apreciação, não enferma de inconstitucionalidade formal nem viola a regra do artigo 4.º, n.º 2, da LOR.

b) O prazo de reclamação da redacção final do diploma

Sustentam ainda os requerentes que o Decreto da Assembleia da República n.º 64/X (que deu origem à Lei n.º 32/2006) foi enviado ao Presidente da República, para promulgação, imediatamente a seguir à fixação da redacção final do texto legal, antes de ter decorrido o prazo que assiste aos Deputados para apresentar reclamação do texto final (nas três sessões legislativas subsequentes), violando o disposto nos artigos 166.º e 167.º do Regimento da Assembleia da República.

Todavia, o Regimento da Assembleia da República – que, à data dos factos acima descritos, constava da Resolução da Assembleia da República n.º 4/93, de 2 de Março, com as alterações efectuadas pelas Resoluções da Assembleia da República n.º 15/96, de 2 de Maio, n.º 3/99, de 20 de Janeiro, n.º 75/99, de 25 de Novembro, e n.º 2/2003, de 17 de Janeiro, mas que entretanto foi revogado e substituído pelo Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, publicado no *Diário da República*, Série I, de 20 de Agosto de 2007 – não pode ser utilizado como parâmetro de aferição da legalidade da Lei n.º 32/2006.

Por um lado, como se reconhece no acórdão n.º 63/91 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol. 18.º, págs. 161 e segs.), o Regimento deve ser tido como um acto normativo especifico ou *sui generis*, enquanto expressão da autonomia normativa interna da Assembleia da República, que poderá ser objecto de um juízo de constitucionalidade, por virtude da sua vinculação à Constituição, mas que não é reconduzível a acto legislativo em sentido próprio (no mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Competência interna da Assembleia da República*, *in* «Estudos sobre a Constituição», vol. I, 1977, Lisboa, pág. 294, e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, citado, pág. 856).

Por outro lado, nos termos do artigo 281.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, a fiscalização abstracta da legalidade de normas constantes de acto legislativo só pode ser requerida quando esteja em causa a «violação de lei com valor reforçado», sendo certo que não é aplicável ao caso qualquer das outras situações previstas nas alíneas c) e d) do mesmo número.

De acordo com a jurisprudência constitucional sistematizada no acórdão n.º 374/2004 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol 59.º, pág. 51), o artigo 112.º, n.º 3, da Constituição prevê quatro espécies de leis com valor reforçado, as duas primeiras tendo na base critérios formais ou procedimentais e as duas últimas assentando em critérios materiais: (a) as leis orgânicas, isto é, as leis da Assembleia da República que versem sobre as matérias mencionadas no artigo 166.º, n.º 2; (b) as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, nos termos do artigo 168.º, n.º 6; (c) as leis que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis; e (d) as leis que, por força da Constituição, devam ser respeitadas por outras leis.

Ora, o Regimento da Assembleia da República, ainda que pudesse ser entendido como um tipo de acto legislativo, não integra nenhum desses grupos de leis com valor reforçado, o que logo afasta a possibilidade de ser invocado como parâmetro de legalidade para os efeitos previstos naquela disposição constitucional.

É certo que a doutrina questiona se não deverá atribuir-se valor reforçado às normas regimentais directamente executoras da Constituição, para efeitos de controlo da legalidade (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, citado, pág. 857). Mas

essa hipótese não se coloca no caso *sub iuditio*, dado que os artigos 166.º e 167º do Regimento da Assembleia da República, agora em causa, incidindo sobre a redacção final dos projectos e propostas de lei e as reclamações contra inexactidões, regulam aspectos do procedimento de formação das leis relativamente aos quais não há directrizes constitucionais.

Em face do exposto, entende-se ser de não tomar conhecimento do pedido de fiscalização da legalidade da Lei n.º 32/2006, com fundamento na violação dos artigos 166.º e 167.º do Regimento da Assembleia da República.

Vícios materiais

5. Os requerentes entendem que a Lei n.º 32/2006 contém várias soluções normativas que violam não só a Constituição da República Portuguesa, mas, também, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e, ainda, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (conhecida por Convenção de Oviedo), o respectivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

Torna-se, por isso, conveniente formular algumas considerações gerais quanto aos parâmetros normativos que poderão estar em causa em matéria de procriação medicamente assistida.

a) Parâmetros de constitucionalidade

No âmbito do controlo da constitucionalidade das leis é de ter em conta, antes de mais, a Constituição da República Portuguesa, embora se não possa excluir totalmente a possível relevância constitucional dos instrumentos internacionais, na medida em que integrem normas que possam considerar-se como correspondendo a direito constitucionalizado ou que possam ser utilizadas como critério de interpretação de normas constitucionais.

A única referência expressa da Constituição da República Portuguesa à procriação medicamente assistida consta do artigo 67.º, n.º 2, alínea e), que determina: «[i]ncumbe ao Estado (...) regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana».

O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada «em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana».

A norma resolve, por um lado, a questão da admissibilidade constitucional da procriação assistida, ao estabelecer uma imposição constitucional de regulação; mas, simultaneamente, não reconhece um direito a toda e qualquer procriação possível segundo o estado actual da técnica, excluindo, à partida, as formas de procriação assistida lesivas da dignidade da pessoa humana (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, pág. 859).

Ao fazer um apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da procriação medicamente assistida, o preceito remete para o estabelecido no artigo 1º da Constituição, onde se declara que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária». Ao basear a República na «dignidade da pessoa humana», a Constituição atribui a este princípio uma dimensão objectiva, visto que pretende defini-lo como um critério de legitimidade do poder político estadual (MARIA LÚCIA AMARAL, *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional*, Relatório do Tribunal Constitucional Português à 9ª Conferência Trilateral Portugal, Espanha e Itália, disponível em

www.tribunalconstitucional.pt). Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjectivas, mas antes como um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos.

É nesta linha de entendimento que pode afirmar-se que o princípio da dignidade da pessoa humana «confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais» (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª edição, Coimbra, 2008, pág. 197).

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

É, por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana, em articulação com o direito à identidade genética, que justifica a imposição de deveres estaduais na defesa da vida e integridade do ser humano contra práticas eugénicas de selecção de pessoas e contra clonagens reprodutivas do ser humano (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *idem*, pág. 200).

É ainda no contexto de reconhecimento da universalidade do princípio da dignidade da pessoa humana que se deverá situar a abertura da Constituição ao direito internacional, que resulta do seu artigo 16º, n.º 2, ao prescrever: «[o]s preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem».

Enunciando-se aqui um princípio de interpretação conforme à Declaração Universal dos Direitos do Homem, o alcance útil do preceito é o de permitir recorrer à Declaração Universal para fixar o sentido interpretativo de uma norma constitucional de direitos fundamentais a que não possa atribuir-se um significado unívoco, ou para densificar conceitos constitucionais indeterminados referentes a direitos fundamentais (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *idem*, págs. 367-368; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Coimbra, 2007, pág. 45). A função constitucional dessa disposição é também salientada por MOURA RAMOS, quando refere que «o artigo 16.º, n.º 2, eleva [a Declaração Universal dos Direitos do Homem] ao estatuto de critério de interpretação e de integração das regras legais e mesmo constitucionais em matéria de direitos fundamentais. Para além da recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem na ordem jurídica interna, constata-se pois que se reconhece a este instrumento um lugar especial, quase supra-constitucional, a partir do momento em que o concebemos como elemento de referência para a interpretação das próprias regras constitucionais» (*L' Intégration du droit international et communautaire dans l' ordre juridique national*, *in* «Da Comunidade Internacional e do seu Direito», Coimbra, 1996, pág. 254).

Para além disso, não pode excluir-se, à partida, e em tese geral, em função das cláusulas de recepção que decorrem do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, a possível relevância constitucional de outros instrumentos de direito internacional aplicáveis e, em particular, para o que aqui importa, as Convenções e Declarações mais ligadas ao Bio-direito, como sucede

com a Convenção de Oviedo, o respectivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

Tudo está em saber – aspectos que serão analisados mais adiante – se as disposições delas constantes consagram direitos fundamentais internacionais que possam complementar outros que se encontrem expressamente previstos na Constituição, e que, como tal, devam ser perfilhados pela ordem jurídica portuguesa nos termos do artigo 16.º, n.º 1 (quanto a esta possibilidade, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, citado, pág. 369; VIEIRA DE ANDRADE*, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, citado, pág. 45).

Uma especial referência merece ainda o direito comparado. É claro que o Direito dos outros países não é parâmetro de constitucionalidade. Mas não há dúvida de que em matérias que se ligam a problemas humanos tão universais como os relacionados com a procriação medicamente assistida poderá ter interesse saber o que sucede no âmbito de outras experiências jurídicas e (sem perda do sentido de autonomia de cada sistema jurídico) tirar daí porventura conclusões, em especial quando seja possível induzir princípios jurídicos comuns de tais experiências (sobre a importância do direito comparado no domínio da jurisdição constitucional, veja-se ROMANO ORRÚ, *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l' esperienza portoghese*, Napoli, 2006).

A importância de todos estes dados compreende-se em vista da "abertura" dos parâmetros constitucionais aplicáveis em matéria de procriação medicamente assistida, mas serão estes a oferecer os decisivos critérios de decisão. A Constituição erige a dignidade da pessoa humana ao estatuto de referência primeira em matéria de procriação medicamente assistida e é em função desse princípio e dos direitos fundamentais em que ele se pode concretizar que se deverá aferir a validade das soluções normativas consignadas na Lei n.º 32/2006.

b) *Os parâmetros de legalidade*

Como vimos, os requerentes entendem que a Lei n.º 32/2006 contém várias disposições que violam não só a Constituição, mas também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), e, ainda, o respectivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana.

Sustentam que esses instrumentos de direito internacional vinculam o Estado Português, por via do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, e que as disposições da Lei n.º 32/2006 que as contrariem padecem não só de um vício de constitucionalidade mas também de um vício de ilegalidade.

Cumpre começar por dizer, no que se refere à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que os requerentes não especificam quais as normas que poderão considerar-se violadas, tendo-se limitado a uma referência genérica de desconformidade do estipulado na Lei com o que consta da Declaração.

Em todo o caso, os princípios que poderão estar em causa, tendo em conta o sentido geral da argumentação desenvolvida pelos requerentes, são os atinentes à dignidade do ser humano e à protecção da vida humana, a que aludem os artigos 1º e 3º dessa Declaração, e que podem entender-se, segundo alguma doutrina, como pertencentes ao *jus cogens*, enquanto princípios de vocação universalista, a que haverá de atribuir-se um valor constitucional ou até supraconstitucional por virtude do reconhecimento que desde logo resulta do disposto no artigo 7º, n.º 1, da Lei Fundamental (neste sentido, referindo-se

especificadamente a essas disposições da Declaração Universal, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, pág. 90; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, 2002, págs. 156-157; admitindo que regras formalmente convencionais possam integrar, pela sua natureza universal, o *jus cogens* internacional, também MOURA RAMOS, *RELAÇÕES ENTRE A ORDEM INTERNA E O DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO*, *IN* «DA COMUNIDADE INTERNACIONAL E DO SEU DIREITO», CITADO, PÁGS. 272-273).

E, ainda que assim não fosse, essas normas sempre deveriam entender-se como consagrando *direitos materialmente fundamentais*, por efeito da integração operada pelo artigo 16º, n.º 1, da Constituição.

No ponto, porém, em que as mencionadas normas de direito internacional se encontram, elas próprias, reproduzidas no texto constitucional, designadamente por força da referência que lhes é feita nos artigos 1º e 24º, e, desse modo, foram consumidas pela Constituição, não há motivo para erigir essas disposições como parâmetro autónomo de validade da lei interna, e, quando muito, por força da determinação constante do artigo 16º, n.º 2, poderão servir como critério de interpretação dos correspondentes preceitos constitucionais que forem ao caso directamente aplicáveis (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, citada, pág. 367).

Em relação aos três outros instrumentos de direito internacional invocados, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, a Convenção de Oviedo e o respectivo Protocolo, só estes dois últimos constituem direito internacional convencional que vincule formalmente o Estado Português, nos termos previstos no artigo 8.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

De facto, a Convenção de Oviedo, que entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 1 de Dezembro de 1999, e o respectivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana, que entrou em vigor em 1 de Março de 2001, foram aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro de 2001, e ratificados pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, da mesma data. E iniciaram a sua vigência na ordem jurídica portuguesa em 1 de Dezembro de 2001 (artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, em conjugação com o artigo 33.º, n.º 4, da Convenção de Oviedo e o artigo 5.º, n.º 2, do respectivo Protocolo Adicional).

Diversamente, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos foi adoptada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), na sua 29.ª Sessão, em 1997, sabendo-se que Portugal aderiu à Convenção que criou a UNESCO em 11 de Setembro de 1974. Estamos perante uma Declaração solene adoptada por uma organização internacional de que Portugal faz parte, mas que, não se encontrando sujeita a ratificação, não vincula formalmente o Estado Português, nos termos e para os efeitos do artigo 8.º da Constituição.

Quanto ao valor paramétrico daqueles dois outros instrumentos de direito internacional (os únicos que importa agora tomar em consideração), não poderá excluir-se que algumas das suas disposições, apesar do seu cariz convencional, poderão beneficiar de força constitucional, na medida em que se apresentem como expressão de princípios gerais de direito comummente reconhecidos no âmbito da comunidade internacional no seu todo ou, pelo menos, de um determinado universo civilizacional (artigo 8.º, n.º 1) ou como direitos fundamentais não escritos no quadro da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1.

Assim poderá entender-se, especialmente, em relação às normas dos artigos 1º e 2º da Convenção de Oviedo, que apontam para um compromisso das Partes no sentido do primado do ser humano «sobre o interesse único da sociedade e da ciência» e da protecção da dignidade do homem e da sua identidade em «face das aplicações da biologia e da medicina».

No entanto, não pode ignorar-se, ainda aqui, que a Constituição assume como seus esses parâmetros de direito internacional convencional, ao estipular limites para a regulamentação legal da procriação medicamente assistida que permitem a sua compatibilização com as exigências básicas da dignidade da pessoa humana ou do Estado de Direito (artigo 67º, n.º 2, alínea e)), o que conduz a considerar que as normas dos artigos 1º e 2º da Convenção de Oviedo não possuem, enquanto normas de direito internacional a que o Estado Português se encontra vinculado, um valor de parâmetro de constitucionalidade autónomo.

Por outro lado, todas as restantes disposições da Convenção de Oviedo, designadamente as dos artigos 11º, 14º, 15º e 18º, bem como todas as disposições do Protocolo Adicional, ainda que se lhes deva reconhecer, enquanto direito convencional internacional, um valor supra-legal, como constitui entendimento dominante, «não podem deixar de ser considerados como sujeitos à Constituição - e a ela hierarquicamente subordinados» (MOURA RAMOS, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua posição face ao ordenamento jurídico português*, *in* «A Comunidade Internacional e o seu Direito», citado, págs. 55-61, e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, citado, pág. 923), e, como tal, a possível desconformidade da Lei n.º 32/2006 com qualquer desses preceitos apenas poderá constituir um problema de mera legalidade, que, nesta sede, é insusceptível de ser conhecido pelo Tribunal Constitucional.

É o que se explanou no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 371/91 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 20.º vol., págs. 7 e segs.):

[…] mesmo na óptica de que o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição consagra o princípio do primado do direito internacional convencional em face do direito interno […], isto é, que aquele normativo constitucional reconhece às normas de direito internacional particular um valor infraconstitucional mas supralegal, a caracterização do correspondente vício e da sua projecção no âmbito do sistema de controlo da constitucionalidade levará à conclusão que o Tribunal não é competente para tomar conhecimento do pedido nesta sede.

Com efeito, neste entendimento das coisas, o artigo 8.º, n.º 2, da Lei Fundamental, ao estabelecer que as normas de direito internacional convencional vigoram na ordem interna portuguesa «enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português» determina, pois, que tais normas deixarão de vigorar na ordem interna quando o Estado ficar desobrigado no plano internacional, nas formas consentidas internacionalmente para tal efeito, mas postula igualmente que, enquanto vincularem internacionalmente o Estado português, essas normas vigorarão de pleno na ordem interna e só uma desvinculação internacional pode fazer cessar essa vigência, a qual, portanto, não pode ser afectada por um acto, como a lei interna, que em nada altera aquela vinculação internacional. Donde que, em caso de divergência entre uma convenção internacional e uma norma legal interna, inexistindo título bastante de desvinculação do Estado no plano internacional, deve-se aplicar a convenção, que assim prevalece sobre as fontes de direito interno de força legal.

Mas também neste entendimento que temos vindo a referenciar resulta que a desconformidade entre uma norma de direito interno e uma norma constante de convenção internacional gera, desde logo e em primeira mão, um vício de inconstitucionalidade indirecta ou de ilegalidade (em sentido amplo), ou seja, um desvalor decorrente do facto de a lei interna, ainda que constituindo um acto normativo de idêntica eficácia vinculativa em relação à norma constante de convenção internacional, a ela ter que se subordinar em virtude de a Lei Fundamental reconhecer à convenção, mesmo que apenas implicitamente, um escalão hierárquico-normativo superior.

Neste contexto, embora não negando que exista subjacente à situação que gera um tal vício uma relevante questão de *constitucionalidade,* a que resulta da violação, ainda que *meramente indirecta,* do preceito constitucional que funda o princípio do primado do direito internacional convencional, trata-se de um problema de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

É esta posição também a assumida por JORGE MIRANDA quando, a propósito da possível discrepância entre normas internas e normas de direito internacional, refere o seguinte: «[r]eiteramos a opinião que há muito sustentamos de que se trata de um problema de ilegalidade (ou de ilegalidade *sui generis*) e não de inconstitucionalidade. E isso não somente por virtude de uma determinada visão do sistema de normas e actos como ainda por virtude do próprio teor do fenómeno: pois o que está em causa (…) é, primariamente, a contradição entre duas normas não constitucionais, não é a contradição entre uma norma ordinária e uma norma constitucional; e é somente por se dar tal contradição que indirectamente (ou, porventura, consequentemente) se acaba por aludir a inconstitucionalidade» (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 3.ª edição, Coimbra, 2008, págs. 27-28).

Ora, conforme decorre do disposto no artigo 281.º, n.º 1, alíneas b) a d), no âmbito da fiscalização abstracta sucessiva, o controlo da legalidade de normas pelo Tribunal Constitucional apenas é admissível com fundamento na violação de lei de valor reforçado ou de estatuto de região autónoma.

Assim, num processo de fiscalização sucessiva, como é o caso, o Tribunal Constitucional apenas pode apreciar a legalidade de normas por referência a qualquer desses parâmetros, excluindo-se que essa apreciação possa ter por base a desconformidade material da lei com normas de direito internacional.

Assim sendo, como é de concluir, as normas de direito internacional invocadas pelos requerentes, a que o Estado Português se encontra vinculado (Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção de Oviedo e o respectivo Protocolo Adicional sobre clonagem humana), não podem ser utilizadas, no presente processo, como parâmetros de aferição da validade da Lei n.º 32/2006, ou porque correspondem a direito constitucionalizado e não possuem um valor paramétrico autónomo, ou porque, suscitando uma mera questão de legalidade, não podem ser objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional por não preencherem os requisitos a que alude o artigo 281º, n.º 1, alíneas b) a d), da Constituição.

Questões de constitucionalidade material

6. Os requerentes suscitaram a inconstitucionalidade material dos seguintes conjuntos de normas da Lei n.º 32/2006: artigo 4.º, n.º 2; artigo 6.º; artigos 7.º, n.º 3, e 30.º, n.º 2, alínea q); artigos 9.º, n.ºs 2 a 5, e 30.º, n.º 2, alíneas e) e g); artigo 10.º; artigo 15.º, n.ºs 1 a 4; artigos 19.º, n.º 1, 20.º, 21.º, 27.º e 35.º; artigos 24.º e 25.º; artigos 28.º e 29.º; artigo 36.º; e artigo 39.º

Pretendem assim reportar-se a diferentes aspectos do regime legal da procriação medicamente assistida, tais como: a) admissibilidade da utilização das técnicas de PMA em caso de risco de transmissão de doenças de origem não genética ou infecciosa; b) inexistência de um limite etário para os beneficiários; c) possibilidade de recurso a técnicas de PMA para tratamento de doença de terceiro; d) utilização de embriões em investigação científica; e) admissibilidade da procriação heteróloga; f) regra do anonimato dos dadores; g) regime de filiação na reprodução heteróloga; h) inexistência de limites à criação de embriões; i) diagnóstico genético pré-implantatório; j) não punição da clonagem reprodutiva e admissibilidade da técnica de transferência de núcleo; l) não punição da maternidade de substituição a título gratuito.

São estas questões que serão analisadas de seguida.

a) Recurso às técnicas de PMA em caso de risco de transmissão de doenças de origem não genética ou infecciosa

A primeira norma cuja constitucionalidade material vem questionada pelos requerentes é a constante do artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006.

A Lei n.º 32/2006 regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), com um âmbito aplicativo que se encontra definido no artigo 2º dessa Lei e que se encontra assim discriminado: a) inseminação artificial; b) fertilização *in vitro*; c) injecção intracitoplasmática de espermatozóides; d) transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; e) diagnóstico genético pré-implantação; f) outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Sob a epígrafe «Condições de admissibilidade», o artigo 4.º da mesma Lei, no seu n.º 1, estabelece que «as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação», enquanto que o n.º 2 determina que «[a] utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, tratamento de doença grave ou eliminação do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras».

Tendo em conta o disposto neste n.º 2, os requerentes não impugnam a possibilidade de recurso às técnicas de procriação medicamente assistida para evitar a transmissão de doença ou para tratar doença grave, mas sim a amplitude com que a lei deixa em aberto essa possibilidade ao admitir a eliminação de risco de transmissão de outras doenças não tipificadas como genéticas ou infecciosas.

Alegam que a norma, neste contexto, abre caminho à selecção de embriões em função de características morfológicas ou genéticas para cumprimento de desideratos não identificados, incluindo a escolha do sexo da criança.

Deve começar por notar-se que o artigo 4º afirma um princípio de subsidiariedade amplo, permitindo que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida possa ter lugar, fora das situações de infertilidade, quando tal seja necessário para tratamento de doença grave ou eliminação do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

A questão de constitucionalidade que vem colocada prende-se com a indeterminabilidade do inciso *outras*, quando entendido como podendo abranger qualquer outro tipo de doença.

Importa referir, em primeira linha, que o que está em causa, no segmento normativo agora em análise, é o risco de transmissão de doença e, por conseguinte, a mera tentativa de evitar, por via da utilização de uma técnica de procriação medicamente assistida, que o nascituro ou um beneficiário do processo de PMA venha a sofrer de uma *doença*, que como tal possa ser caracterizada do ponto de vista médico, e que seja susceptível de se transmitir por via hereditária ou por contágio.

Está por isso excluído, mesmo no quadro de uma interpretação literal do preceito, que o n.º 2 do artigo 4º tenha implicada qualquer possibilidade de escolha do sexo de um descendente ou de escolha de quaisquer outras características do nascituro que não tenham a ver, à partida, com a prevenção de doença.

Por outro lado, o preceito não pode deixar de ser interpretado no seu enquadramento sistemático e, designadamente, em conjugação com as subsequentes disposições dos artigos 7º, n.ºs 2 e 3, e 29º da mesma Lei, que permitem esclarecer com maior precisão o seu alcance

ou, pelo menos, os critérios gerais à luz dos quais deverá ser integrado o conceito *outras doenças*, a que ele se reporta.

Ora, o artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006 efectua, desde logo, uma delimitação negativa quanto às finalidades que podem ser prosseguidas através das técnicas de PMA, ao prescrever que «[a]s técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo». Esta última norma, por sua vez, só tem as excepções consagradas no n.º 3 desse mesmo artigo, onde se declara: «[e]xceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave».

Acresce que o artigo 29º da mesma Lei, referindo-se ao diagnóstico genético pré-implantação, através do qual é possível realizar as finalidades a que se refere o n.º 3 do citado artigo 7.º (cfr. artigo 28.º, n.º 1), prevê que essa técnica de procriação medicamente assistida seja utilizada apenas em benefício de «pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência» (n.º 1) e segundo as indicações médicas que sejam «determinadas pelas boas práticas correntes e constem das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área» (n.º 2).

Sendo embora certo que o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem um campo de aplicação limitado ao diagnóstico e prevenção de doença genética ou ao tratamento de doença grave de terceiro (a que se reportam o sobredito artigo 7º, n.º 3), todo o contexto legal em que se prevê o recurso a essa técnica de procriação medicamente assistida e se definem as condições em que excepcionalmente uma técnica de PMA pode ser usada para melhorar determinadas características não médicas do nascituro, fornecem já um indicador seguro quanto ao critério geral que o legislador leva em linha de conta no que se refere à admissibilidade das técnicas de PMA.

A possibilidade de alterar as características não médicas de um nascituro opera segundo um princípio de subsidiariedade e quando exista um elevado risco de transmissão de doença genética *grave* ou necessidade de tratamento de doença *grave* de terceiro (artigo 7º, n.º 3); e, por outro lado, as técnicas de DGPI (que necessariamente devem destinar-se apenas a essas finalidades preventivas e terapêuticas) devem ter em consideração as boas práticas médicas integradas pelas recomendações de organismos com competência técnica nesta área.

E esse é seguramente um princípio geral que não pode deixar de ser considerado no quadro jurídico que decorre do artigo 4º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006. As *outras doenças* a que essa norma se refere, no seu segmento final, são aquelas relativamente às quais se venha a verificar futuramente ser possível prevenir o risco de transmissão por meio de uma técnica de PMA, quando se trate de doença *grave* (ainda que não seja doença genética ou infecciosa) e não seja possível o mesmo resultado por um outro método de prática clínica.

Em qualquer caso, fica afastada a eventualidade que, no caso presente, serviu de fundamento aos requerentes para considerarem verificada a inconstitucionalidade da norma por violação do direito à vida, do direito à integridade física, do direito à identidade pessoal e genética e do princípio da igualdade.

Independentemente da validade dos parâmetros de constitucionalidade invocados, quando aplicados à hipótese em presença, o certo é que o sistema legal não potencia qualquer efectivo risco de as técnicas de procriação medicamente assistida poderem ser utilizadas para

fins eticamente censuráveis e, designadamente - como se alega -, como pretexto para desideratos selectivos de cariz não terapêutico.

Deste modo, e em suma, o artigo 4.º, n.º 2, não é inconstitucional na parte em que abstractamente permite o recurso à procriação medicamente assistida para «eliminação do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras», nem se coloca nenhuma questão especifica de constitucionalidade relacionada com esse preceito que tenha autonomia e se diferencie em relação a outros aspectos que também foram suscitados e serão seguidamente discutidos, a propósito do tratamento de doença grave de terceiro e do diagnóstico genético pré-implantação (cfr. *infra* 6. *c)* e 6. *i)*).

b) A idade dos beneficiários da PMA

Vem igualmente questionada a conformidade com a Lei Fundamental da norma do artigo 6.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, pelo facto de nela não se estabelecer uma idade máxima para os beneficiários da PMA.

Alegam os requerentes, a este propósito, que a inexistência de tal limite permitirá que uma mulher em idade avançada, que tenha já ultrapassado a sua própria idade fértil, possa recorrer às técnicas de PMA para procriar, através da doação de ovócitos. E acrescentam que, à semelhança do que se encontra previsto a propósito do instituto da adopção, as relações a estabelecer entre os beneficiários da PMA e a criança deverão ser equivalentes às da filiação natural, em homenagem ao superior interesse da criança, que não pode ser afastado em virtude de um desejo pessoal de maternidade a todo o custo. Nestes termos, segundo os requerentes, a norma em questão atenta contra o disposto no artigo 67.º, n.º 1, alínea e), da Constituição, uma vez que a utilização das técnicas de PMA deve ser dirigida para a protecção da família, em termos que salvaguardem a dignidade humana, e ofende ainda o direito à integridade física (artigo 25º), o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º), o direito à saúde (artigo 64º), o direito à protecção na maternidade (artigo 68º) e o direito da criança à protecção (artigo 69º).

De facto, o preceito em causa, depois de definir, no seu n.º 1, o universo das pessoas que poderão ser beneficiárias das técnicas de PMA, prescreve, no n.º 2, o seguinte: «[a]s técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica».

E, nestes termos, para efeito de sujeição a técnicas de PMA, estabelece um requisito etário por referência à idade mínima mas não já à idade máxima.

Como é sabido, há, nos dias de hoje, uma comprovada tendência para o protelamento da maternidade para uma idade mais tardia, o que pode atribuir-se a diversos factores sociológicos que têm sido já estudados (VANESSA CUNHA, *A Fecundidade das Famílias Portuguesas*, *in* «Famílias no Portugal Contemporâneo», coord. KARIN WALL, Imprensa de Ciências Sociais/ ICS, Lisboa, 2004). Acompanhando esta tendência, a evolução da biomedicina na aplicação de técnicas de PMA pode provocar o aumento progressivo da idade máxima até à qual estas podem ser utilizadas, possibilitando que beneficiem da procriação medicamente assistida mulheres que em circunstâncias normais decorrentes da idade não estariam em condições de procriar (identificando algumas destas situações, RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, 2008, pág. 355).

É incontroverso que o recurso à PMA em idade avançada comporta riscos tanto para a futura mãe como para a criança que venha a nascer, o que tem permitido lançar o debate sobre a conveniência do estabelecimento de um limite legal de idade para a utilização da procriação medicamente assistida.

No plano do direito comparado, verificamos que, em vários ordenamentos, se optou por incluir um limite de idade para os beneficiários de PMA, como sucede na Áustria (40 anos), no Luxemburgo (40 anos), na Bélgica (42 anos), na Eslovénia (43 anos), na Dinamarca (45 anos) - veja-se *Replies by the member states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on the right to know about their origin for children born after MAP*), *Steering Committee of Bioethics,* Conselho da Europa, de 12 de Julho de 2005, disponível em *http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/bioethics/texts_and_documents/INF_2005_7%20e%20MAP.pdf*.. Noutros países, estabelece-se como requisito subjectivo para utilização das técnicas de PMA que ambos os membros do casal estejam ainda numa «idade potencialmente fértil» (artigo 5.º, n.º 1, da *Legge 19 febbraio 2004*, *n. 40*) ou que ambos os membros do casal estejam «em idade de procriar» (artigo L-2141-2 do *Code de la Santé Publique*).

Em Espanha e na Inglaterra, porém, o legislador entendeu que não devia fixar uma idade máxima para a obtenção de gravidez através da PMA e centrou-se mais na ideia de protecção concreta da pessoa a nascer. É neste sentido que a *Ley 14/2006*, *de 26 de Mayo*, estabelece, no seu artigo 3.º, n.º 1, relativo às condições pessoais de aplicação das técnicas de PMA, que «as técnicas de procriação assistida só se realizarão quando haja possibilidades razoáveis de êxito e não impliquem risco grave para a saúde, física ou psíquica, da mulher ou da possível descendência [...]». De uma forma porventura mais ampla (que poderá abranger não só a protecção da integridade física e psíquica da pessoa a nascer como, ainda, do seu integral desenvolvimento), a legislação britânica estabelece, a respeito da procriação medicamente assistida, uma obrigação para os profissionais competentes de avaliar o «bem-estar da criança que possa vir a nascer» (secção 13, § 5, do *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990).

No ordenamento jurídico português, a questão da possível limitação do universo dos beneficiários da procriação medicamente assistida, em relação a situações extremas, envolve não apenas o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º), o dever que os pais têm de educação e manutenção dos filhos (36.º, n.º 5), mas ainda, o direito das crianças e jovens às condições necessárias a um desenvolvimento integral, num ambiente familiar normal (artigo 69.º, n.º 1 e 2), exigindo todos estes direitos e deveres uma relação efectiva dos pais com a criança a nascer ao longo dos estádios fundamentais da sua educação e da formação da sua personalidade.

A Constituição exige que se dê protecção aos direitos do nascituro e, portanto, que o superior interesse da futura criança seja acautelado, de acordo com princípios básicos da ética médica e jurídica.

E essa protecção, pode dizer-se, está genericamente afirmada pela Lei n.º 32/2006, ao consignar, no artigo 3.º, que «as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana».

Cabe fazer notar, por outro lado, que o pretendido limite de idade está implícito no próprio regime legal decorrente do já analisado artigo 4º da mesma Lei. As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação e só poderão ser utilizadas quando tenha sido efectuado um prévio diagnóstico de infertilidade, o que tem pressuposta a ideia de que a mulher beneficiária se encontra em idade em que normalmente poderia procriar se não existisse um factor inibitório de natureza clínica que tenha afectado um dos membros do casal. E o mesmo princípio tem aplicação quando se pretenda a utilização de técnicas de PMA para qualquer das finalidades previstas na segunda parte do n.º 2 do artigo 4º, porquanto, ainda nesse caso, é suposto que a mulher se encontre em idade potencialmente fértil e que o recurso à procriação medicamente assistida resulte apenas da necessidade de evitar o risco de transmissão de doença ou de providenciar o tratamento de doença grave de terceiro.

Poderá dizer-se, por conseguinte, que o ordenamento jurídico português, embora não tenha optado por uma formulação verbal expressa no sentido da fixação de um limite etário para os beneficiários das técnicas de PMA, acaba por se aproximar, nesse plano, por efeito do elemento sistemático de interpretação, dos critérios normativos enunciados no direito italiano e no direito francês, na medida em que estabelece condições de admissibilidade restritivas que, à partida, obstam a que as técnicas de procriação medicamente assistida possam ser utilizadas em circunstâncias contrárias à ordem natural das coisas.

Resta por fim referir que o regime legal se encontra ainda coberto por diversas cláusulas de salvaguarda, que fluem do disposto nos artigos 11º, n.º 1, 12º, alínea c), e 14º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006. Por um lado, a decisão médica relativa à utilização de técnicas de PMA deve ter em conta o carácter de subsidiariedade em relação a outros tratamentos que visem o mesmo objectivo, bem como as perspectivas de êxito e os inconvenientes que possam implicar para qualquer dos interessados; por outro lado, os beneficiários devem ser previamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos, e também, para efeito de prestarem o seu consentimento livre e esclarecido, sobre todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA. O que leva naturalmente à ponderação, quer por parte dos profissionais de saúde envolvidos, quer por parte das pessoas directamente interessadas, de todos os riscos significativos quer para a saúde da mãe e do filho quer para o ulterior desenvolvimento da personalidade da criança, em função da idade de quem pretende submeter-se a qualquer desses métodos de procriação medicamente assistida.

Neste condicionalismo há que considerar que o regime legal, não obstante a ausência de indicação de um limite máximo de idade para sujeição às técnicas de PMA não ofende qualquer dos valores constitucionalmente tutelados e, designadamente, aqueles a que os requerentes fazem menção.

c) O recurso à PMA para tratamento de doença grave de terceiro

Os requerentes questionam também a constitucionalidade das normas dos artigos 7.º, n.º 3, e 30.º, n.º 2, alínea q), da Lei n.º 32/2006, na medida em que admitem a criação de embriões-medicamento, permitindo a instrumentalização do embrião humano, em violação do disposto nos artigos 24.º, 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição.

O artigo 7.º, n.º 3, já há pouco transcrito, prevê que as técnicas de procriação medicamente assistida sejam utilizadas não apenas por razões de infertilidade ou para evitar a transmissão de doenças genéticas, mas ainda para conseguir que a criança a nascer tenha um grupo de HLA compatível com outra pessoa (por exemplo, um familiar ligado por um vínculo de parentesco). Deste modo, a norma em questão permite seleccionar embriões de acordo com o seu grupo HLA, implantando apenas os que forem compatíveis com familiares vivos que padeçam de doença grave.

A selecção de embriões com grupo HLA compatível com o de outra pessoa torna-se possível mediante diagnóstico genético pré-implantação (DGPI), a que se referem os artigos 28º e 29º da Lei n.º 32/2006, e tem por objectivo transferir para o útero materno os embriões que possuam uma determinada característica genética que será ulteriormente utilizada, através do material biológico da criança que vier a nascer, com uma finalidade terapêutica, permitindo salvar a vida ou melhorar o estado de saúde de uma outra pessoa.

A disposição do artigo 7º, n.º 3, pressupõe, por conseguinte, uma análise genética de embriões num momento em que estes ainda se não encontram implantados no útero materno.

No plano do direito comparado, e embora boa parte dos ordenamentos jurídicos não permita ainda a selecção de embriões com base na sua compatibilidade genética com um familiar que sofra de doença, grave tem-se verificado uma tendência crescente no sentido da admissibilidade jurídica de tal procedimento. Assim, a lei espanhola autoriza o recurso ao DGPI para selecção dos embriões com base no grupo HLA, para fins terapêuticos de terceiros, embora estabeleça a obrigatoriedade de aprovação do procedimento, caso a caso, pela Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida (cfr. artigo 12.º, n.º 2, da *Ley 14/2006*). Também o ordenamento jurídico francês veio recentemente permitir a selecção de embriões através do DGPI, para efeitos de doença genética grave de um irmão, reconhecida como incurável, no momento do diagnóstico (cfr. artigo L2131-4-1 do *Code de La Santé Publique*). Esta é também uma prática admitida no Reino Unido, desde 2004 (cfr. *Human Fertilisation and Embryology Authority Report: Preimplantation Tissue Tiping*, de 2004, págs. 2 e 10, *in www.hfea.gov.uk/docs/PreimplantationReport.pdf*).

Antes de analisar a conformidade constitucional da solução normativa impugnada, cabe recordar que a Lei n.º 32/2006, no precedente artigo 4º, n.º 2, admite a utilização de técnicas de PMA não apenas quando se verifique uma situação de infertilidade, mas também para tratamento de doença grave ou para obviar ao risco de transmissão de doenças, aspectos que foram já antes analisados e que não suscitaram dúvidas no plano da constitucionalidade. Neste contexto, a norma do n.º 3 do artigo 7º limita-se a dar concretização prática a uma das finalidades da procriação medicamente assistida, com o âmbito de aplicação que é legalmente reconhecido, visando definir os pressupostos em que pode ter lugar a selecção de uma característica genética do embrião para os apontados efeitos preventivos ou terapêuticos.

E é importante salientar que essa possibilidade é admitida a título subsidiário e excepcional. O procedimento de selecção de embriões em função do grupo HLA (que está especialmente em causa tendo em conta os termos em que vem suscitada a questão de constitucionalidade) é uma excepção à regra da proibição de escolha das características do nascituro, que decorre do n.º 2 do artigo 7.º da mesma Lei. E só pode utilizar-se em casos de *ponderosa* necessidade para tratamento de *doença grave*. A verificação de tal pressuposto está, além do mais, sujeita a uma avaliação individualizada do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, nos termos do artigo 30.º, n.º 2, alínea q).

Por outro lado, importa notar que o método de procriação medicamente assistida, neste condicionalismo, incide sobre embriões ainda não implantados, em relação aos quais se não pode aplicar a garantia de protecção da vida humana, enquanto bem constitucionalmente protegido, ou de qualquer dos demais direitos pessoais que se encontram associados, como o direito à integridade física ou o direito à identidade pessoal e genética. E justamente porque não ocorreu ainda a transferência para o útero materno, o embrião submetido a técnicas de PMA, para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7º, nem tão pouco beneficia da protecção correspondente à tutela da vida intra-uterina, que, aliás, segundo a jurisprudência constitucional, assenta, ela própria, numa ponderação gradualista que deverá atender às diferentes fases do desenvolvimento do nascituro (cfr. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/06, publicado no *Diário da República*, Série I, de 20 de Novembro de 2006).

A questão de constitucionalidade que poderá colocar-se, tendo em conta a perspectiva utilitarista que decorre do preceito legal, é a de saber se uma tal solução não constituirá uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, no ponto em que o embrião, ainda que não implantado, é susceptível de potenciar a existência de uma vida humana.

Note-se que é a própria lei a assegurar que «as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana» (artigo 3º), e é também nesse plano que a questão é colocada na Convenção de Oviedo, que no seu artigo 18º prescreve:

1 - Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma protecção adequada do embrião.

2 – A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida.

Como se constata, a Convenção não proíbe a pesquisa em embriões mas tão só a sua criação com o objectivo deliberado de utilização na investigação científica; e em relação à pesquisa genética apenas exige que se realize de modo a garantir a «protecção adequada do embrião», o que naturalmente pressupõe que a técnica de PMA que envolva esse tipo de actividade não representa, em si, uma qualquer violação do direito à vida ou do direito à identidade pessoal e genética, mas deve antes e apenas ser efectuada em termos que não ponham em causa o princípio da dignidade humana.

Já vimos que a aplicação da técnica de diagnóstico genético pré-implantação para os efeitos consentidos pelo artigo 7º, n.º 3, só pode ter lugar quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave e tem em vista salvar a vida ou melhorar o estado de saúde de um terceiro, que será normalmente um membro da família de quem se sujeita à execução da técnica de PMA.

A possível lesão da tutela reflexa da dignidade humana que o rastreio genético do embrião pode representar, neste condicionalismo, tem, por conseguinte, como contraponto a realização do direito à protecção da saúde em relação a um terceiro que se encontra em perigo de vida e, nesses termos, a solução legislativa corresponde, em última análise, ao cumprimento por parte do Estado do direito à protecção da saúde na sua vertente positiva, enquanto destinada a assegurar a adopção de medidas que visem a prevenção e o tratamento de doenças (artigo 64º, n.º 1, da Constituição).

Dentro do regime jurídico definido pela lei, a alegada «instrumentalização» do embrião mostra-se assim justificada pela prevalência de outros valores constitucionalmente tutelados, também eles de natureza eminentemente pessoal, o que desde logo exclui que o controlo genético do embrião possa ser considerado como lesivo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Numa outra perspectiva, deve dizer-se que a aplicação do diagnóstico genético de pré-implantação não implica um qualquer risco para o desenvolvimento da criança que venha a nascer, quando o embrião seja viável, nem há qualquer evidência de que as circunstâncias que rodeiam a concepção possam ser, de algum modo, lesivas do bem-estar psicológico da criança dadora ou que esta possa vir a considerar-se diminuída na sua dignidade pelo facto de ter sido concebida na previsão de poder vir a salvar a vida de outrem (cfr. *Human Fertilisation and Embryology Authority Report*, citado, págs. 4-5, e os dados reunidos pelo *PGD Consortium Steering Committee* da *European Society of Human Reproduction na Embriology* (ESHRE), publicados em *Human Reproduction*, vol. 22, n.º 2, 2007, págs. 323-336; ainda sobre estes aspectos, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Um caso de selecção de embriões*, *in* «Temas de Direito da Medicina», Coimbra, 2005, pág. 288).

Pode concluir-se, nestes termos, que a solução normativa que se contém na Lei se enquadra num critério de ponderação e harmonização com outros valores constitucionalmente protegidos, sem pôr em causa, de forma evidente, a dignidade das pessoas directamente envolvidas, e assegura, desse modo, em atenção aos objectivos que se pretende atingir, uma protecção adequada do embrião.

O que leva a considerar não haver suficiente motivo para dar como verificada a invocada inconstitucionalidade.

d) A investigação com recurso a embriões

Outra das questões de constitucionalidade levantada pelos requerentes é a da licitude da investigação com recurso a embriões, prevista nas normas dos artigos 9.º, n.ºs 2 a 5, e 30.º, n.º 2, alíneas e) e g), da Lei n.º 32/2006.

A primeira das referidas disposições, sob a epígrafe «Investigação com recurso a embriões», estipula o seguinte:

1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.

2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental;

b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;

c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;

d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

Por outro lado, nos termos previstos nas alíneas e) e g) do artigo 30º da mesma Lei, compete ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), «dar parecer sobre a constituição de bancos de células estaminais, bem como sobre o destino do material biológico resultante do encerramento destes» e «apreciar, aprovando ou rejeitando, os projectos de investigação que envolvam embriões, nos termos do artigo 9.º».

Argumentam os requerentes que a solução legal assim delineada atenta contra o disposto nos artigos 24.º, 26.º, 68.º e 69.º da Constituição da República, que deverão ser interpretados em conformidade com o disposto nos artigos 1.º, 2.º, 14.º, 15.º e 18.º da Convenção de Oviedo.

É, pois, esta a questão de constitucionalidade que interessa agora analisar.

Sabe-se que a experimentação em embriões pode trazer importantes benefícios no campo terapêutico, não só no que respeita ao desenvolvimento de novas técnicas de procriação medicamente assistida e de novos métodos de contracepção, mas também no que respeita à investigação de novas modalidades de tratamento de inúmeras doenças dos mais variados tipos (cfr. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética n.º P/01/APB/05, sobre a utilização de embriões humanos em investigação científica, da autoria de RUI NUNES, *in www.apbioetica.org/fotos/gca/1128590447embriao.pdf*).

Como informa o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) uma das principais finalidades da investigação em embriões é, hoje, o estudo das células estaminais embrionárias, que podem contribuir para o conhecimento das causas e tratamentos de doenças para as quais se não conhecem actualmente terapêuticas curativas (cfr. Parecer 47/CNECV/05 sobre a investigação em células estaminais, de Novembro de 2005, conclusões 1ª e 3ª, pág. 4, *in http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/*).

No plano do direito comparado, as soluções normativas não são convergentes. O ordenamento jurídico italiano proíbe qualquer experimentação com embriões humanos (artigo 13.º da *Legge* 1*9 febbraio 2004, n. 40*), mas a experimentação é actualmente permitida, ainda que em estritos limites, em Espanha (artigos 14.º, 15.º e 16.º da *Ley 40/2006*), na França (artigo L2151-5 do *Code de la Santé Publique*), no Reino Unido (secção 2 do *Human Fertilisation and Embriology (Research Purposes) Regulations*, de 2001). De acordo com a Comissão Europeia, a investigação em embriões é ainda autorizada na Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Holanda e Suécia (cfr. *Survey on opinions from National Ethics Committees or similar bodies, public debate and national legislation in relation to human embryonic stem cell research and use,* org. Line Matthiessen-Guyader, Setembro de 2003, Directorate E-Biotechnology, Agriculture and Food, págs. 10, 12, 15, 19, 24, 32 e 43, *in http://bioethics.academy.ac.il/articles/CATALO GUE-SC-MEMBER-STATES-FINAL-VERSION.pdf*).

Acresce que a investigação científica em embriões *in vitro* é objecto de menção no já aludido artigo 18.º da Convenção de Oviedo, que admite que a legislação estadual regule a matéria sem prejuízo dos limites impostos pela consideração da protecção adequada do embrião (n.º 1) e apenas proíbe a criação deliberada de embriões para fins de investigação (n.º 2).

Finalmente, os órgãos da União Europeia não consideram a pesquisa em embriões humanos como contrária aos princípios éticos fundamentais, não excluindo a possibilidade de se obter financiamento comunitário, para esse efeito, desde que a actividade de investigação não vise a clonagem humana para fins reprodutivos ou se não destine à criação de embriões humanos exclusivamente para fins de investigação (cfr. artigo 6.º da Decisão n.º 1982/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006). Nesse domínio, a recomendação do Parlamento Europeu é apenas no sentido de os Estados-membros proibirem toda a investigação sobre qualquer tipo de clonagem humana e preverem sanções criminais para essa infracção (Resolução do Parlamento Europeu sobre Clonagem, de 7 de Setembro de 2000).

Apesar disso, e face aos termos do pedido, poderia estar aqui em causa a tutela constitucional da vida humana (artigo 24º), o direito à identidade pessoal e genética do ser humano (artigo 26º), o direito à paternidade e à maternidade (artigo 68º) e o direito das crianças à protecção (artigo 69º).

Relevam aqui, porém, todas as considerações anteriormente expendidas a propósito da solução normativa consubstanciada no artigo 7º, n.º 3, em que igualmente estava em causa a possibilidade de pesquisa genética em embriões, neste caso, para efeito de tratamento de doença grave de terceiro (cfr. *supra* 5. *c)*).

O ponto essencial, como aí se explanou, é que a investigação científica nos termos previstos no artigo 9º incide sobre embriões não implantados no útero materno e relativamente aos quais se não colocam questões de constitucionalidade relacionadas com o direito à vida ou os direitos de personalidade, sendo apenas de considerar a protecção do embrião na perspectiva da dignidade da pessoa humana na estrita medida em que o embrião poderia dar origem a uma vida humana se fosse viável e viesse a ser utilizado num projecto parental.

E deste ponto de vista, o regime legal condensado na referida disposição do artigo 9º oferece já uma adequada protecção.

Note-se, antes de mais, que a norma proíbe a criação de embriões com o objectivo deliberado de utilização na investigação científica (n.º 1).

Por outro lado, salvo a previsão constante do artigo 9º, n.º 4, alínea d), que será objecto de tratamento autónomo, só poderão ser aplicados na investigação os embriões, criados para fins de procriação medicamente assistida, que não tenha sido possível enquadrar num projecto parental, ou por não terem sido utilizados pelo casal e este não ter autorizado a sua doação nos termos dos artigos 10.º e 25.º, n.º 5, ou por se terem tornado inviáveis (em virtude de o seu estado não permitir a transferência ou a criopreservação com vista à procriação), ou ainda por serem portadores de anomalia genética grave (artigo 9.º, n.º 4, alíneas a) a c)).

Por fim, importa considerar que a investigação com recurso a embriões só é lícita para qualquer das finalidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9º (prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, aperfeiçoamento das técnicas de PMA, constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas) e, como determina o n.º 3, desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade.

Ou seja, só poderão ser utilizados em experimentação científica os embriões cujo destino alternativo seria a destruição, uma vez que tem de estar afastada a possibilidade de os envolver num projecto parental. E, ainda assim, nessa circunstância, a experimentação é apenas admissível para finalidades terapêuticas, de prevenção ou diagnóstico em termos de poder contribuir para o progresso do conhecimento científico, com probabilidade até de se vir a obter um benefício para a espécie humana.

Como decorre das normas do artigo 9º, n.ºs 1 e 4, a protecção do embrião é adequadamente garantida, já que se proíbe a criação de embriões com o objectivo deliberado de os utilizar em investigação, e se assegura que só se destinarão a experimentação os embriões que não possam ser destinados para fins de procriação. Assim, afigura-se claro que a utilização de embriões criados através da PMA em investigação será a excepção, abrangendo somente os casos em que a única alternativa possível seria a morte biológica.

Além de que, preenchido esse condicionalismo, o projecto científico que envolva embriões deverá ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida de acordo com os critérios e objectivos que estão definidos nos n.ºs 2 e 3 desse preceito (cfr. artigo 30º, n.º 2, alínea g)).

A lei confere, pois, aos embriões que possam ser utilizados em investigação científica um destino condizente com a sua potencial dignidade humana e, nesse plano, não deixa de cumprir os princípios éticos que decorrem da Convenção de Oviedo e dos instrumentos comunitários. Por outro lado, tendo em linha de conta, como se deixou esclarecido, que os embriões utilizáveis em investigação científica são aqueles que *não podem ser aplicados para fins de procriação*, fica necessariamente prejudicada, em função da inviabilidade do embrião, a possibilidade de ocorrer qualquer violação do direito à paternidade e à maternidade ou do direito da criança à protecção, também invocados, no pedido, como parâmetro de constitucionalidade.

Acresce que o regime legal permite operar uma harmonização legislativa com outros direitos e valores constitucionais, como seja a liberdade de criação científica em articulação com o direito à saúde, tutelados nos artigos 42º, n.º 2, e 64º, n.º 1, da Constituição, a que importa atribuir o necessário relevo, e que por si só justifica, do ponto de vista jurídico-constitucional, a solução normativa que veio a ser adoptada.

Além da questão anterior, a norma do artigo 9.º, n.º 4, alínea d), coloca ainda um outro problema: o da conformidade constitucional da clonagem terapêutica não reprodutiva, já que parece ser a embriões clonados que a lei se refere, quando aí menciona os «embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide».

A clonagem terapêutica, que se encontra ainda num grau inicial de desenvolvimento, consiste na utilização de técnicas de clonagem, com o objectivo de produzir células estaminais, susceptíveis de serem transplantadas sem que haja risco de rejeição.

A comunidade científica debate, hoje em dia, se o produto da clonagem deve ou não ser denominado embrião e se deve ou não ser a este equiparado, para todos os efeitos éticos e jurídicos, e propõem-se, a esse propósito, diversas formulações terminológicas e conceituais que procuram dar resposta a essas questões (cfr. o Relatório sobre clonagem humana, de Abril de 2006, págs. 11-12, *in* *http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/*).

Face às dúvidas que se colocam, no plano ético, o CNECV defende que o juízo sobre a clonagem terapêutica «depende da natureza que for atribuída ao produto da transferência nuclear somática: se for considerado um embrião não pode ser usado porque tal constituiria uma violação da sua intrínseca dignidade; se for considerado um artefacto laboratorial pode ser usado em investigação biomédica sem suscitar problemas éticos além dos inerentes à utilização de material biológico humano, nomeadamente o da não comercialização». Vindo a concluir que, no actual estado «de ausência de unanimidade ou ampla convergência científica e filosófica acerca da natureza do produto de transferência nuclear somática, [se] considera dever aplicar o princípio ético da precaução» (Parecer 48/CNECV/06 sobre Clonagem Humana, de Abril de 2006, conclusões 3ª e 4ª, pág. 3).

A Organização Mundial de Saúde, por seu turno, afirma que existem justificações científicas válidas para a pesquisa com o recurso a clonagem para fins terapêuticos, admitindo que grandes benefícios de ordem terapêutica podem advir do desenvolvimento de técnicas de clonagem para reproduzir tecidos humanos e órgãos. Assim, considera que deve ser realizada a investigação relevante, assegurando-se, porém, que fique afastada a clonagem com fins reprodutivos [cfr. o relatório *Cloning in Human Health* (A52/12), de 1 de Abril de 1999, 52.ª Assembleia Geral da OMS, pág. 3 (n.ºs 15-16), em *http://www.who.int/ethics/en/A52_12.pdf*].

No plano jurídico, não pode afirmar-se que a ilicitude da clonagem terapêutica decorra do disposto no Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo sobre a Proibição da Clonagem (que Portugal ratificou, a 13 de Agosto de 2001), uma vez que, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, é proibida somente qualquer intervenção cuja finalidade seja a de «criar um ser humano geneticamente idêntico a outro, vivo ou morto».

Do ponto de vista jurídico-constitucional, poderia estar em causa a protecção do embrião por contraponto à liberdade de criação científica e ao dever estadual de promoção da saúde.

Importa, no entanto, antes de mais, precisar o verdadeiro alcance do disposto no artigo 9.º, n.º 4, alínea d), da Lei n.º 32/2006, sobretudo quando entendido em conjugação com o previsto no artigo 9.º, n.º 1, da mesma lei. Esta disposição proíbe a criação de embriões com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica, e, sendo este o critério essencial, parece dever concluir-se, sob pena de existência de uma contradição insanável entre as duas normas, que o legislador não considera o produto da clonagem por transferência nuclear somática como um verdadeiro embrião, pese embora a formulação verbal do artigo 9.º, n.º 4, alínea d). Poderia assim tratar-se, na perspectiva do legislador, de um mero artefacto laboratorial, sem capacidade de vir a transformar-se em ser humano.

Assim sendo, valem aqui, por maioria de razão, as considerações já precedentemente formuladas a propósito da utilização em investigação científica de embriões que se encontrem nas situações previstas nas alíneas a), b) e c) do n.º 4 do artigo 9º.

A clonagem terapêutica tem potencialidades no campo da medicina, nomeadamente, no que respeita à terapia celular e genética, contribuindo para a realização do dever constitucional de promoção da saúde, e pode considerar-se, de outro modo, como uma forma de efectivação, nessa área, da liberdade de criação científica. Por um lado, a consideração do produto da transferência nuclear somática como um produto laboratorial diferente do embrião afasta o parâmetro constitucional da dignidade da pessoa humana e atenua a premência da colisão entre diferentes valores constitucionalmente tutelados.

Em todo o caso, a utilização em investigação científica de embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide, como prevê o artigo 9º, n.º 4, alínea d), está sujeita ao mesmo grau de protecção que está reservado para as demais situações elencadas nesse preceito. Mantendo-se, designadamente, a exigência de apreciação e aprovação do projecto de investigação por parte do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida; além de que a lei proíbe e sanciona criminalmente a clonagem com fins reprodutivos (artigo 36.º), proibição que decorre da necessidade de proteger direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (cfr. *infra* 6. *j)*).

Por todo o exposto, não é possível afirmar que as normas que autorizam a investigação científica em embriões, incluindo a constante do artigo 9.º, n.º 4, alínea d), da Lei n.º 32/2006, sejam contrárias à Lei Fundamental.

e) Admissibilidade da procriação heteróloga

No pedido, vem igualmente questionada a procriação heteróloga, ou seja, a utilização da técnica de procriação medicamente assistida que implique o recurso a gâmetas de dadores e a dádiva de embriões.

É o artigo 10.º da Lei n.º 32/2006 que regula essa matéria nos termos seguintes:

1 - Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas.

2 - Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

Sustentam os requerentes que esta solução legal leva à existência de filhos de pai e/ou mãe biológicos não identificados, o que atenta contra o disposto nos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 4, da Constituição, visto que não salvaguarda o direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade, enquanto referência essencial da pessoa, nem o direito à identidade, que abrange o direito à historicidade pessoal.

Por outro lado, alegam ainda que a licitude da doação de gâmetas femininos coloca em causa a dignidade da mulher, visto que permite imprimir um cunho mercantil (apesar de não visível) à recolha de ovócitos; além disso, a dádiva de ovócitos obriga a uma técnica de recolha aliada à estimulação ovária por indução hormonal, originando o risco de vida por hiperestimulação ovária, afectando as mulheres que se encontram em situação de maior fragilidade, e pondo em crise, deste modo, a igualdade tendencial entre os cidadãos. Essas circunstâncias geram, no entender dos autores do pedido, a violação do disposto nos artigos 9.º, alínea d), 24.º, 25.º, 64.º e 67.º da Constituição.

A admissibilidade da doação de gâmetas e embriões é um problema muito discutido em vários países, tanto no que respeita a aspectos éticos, como no que se refere a aspectos jurídicos.

Do ponto de vista ético, e embora existam argumentos a favor e contra a procriação heteróloga, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, firmou o entendimento de que, sendo preferível, em princípio, a utilização exclusiva de gâmetas do casal, no âmbito das técnicas de PMA, «excepcionalmente e por ponderadas razões estritamente médicas, quando esteja em causa a saúde reprodutiva do casal, poderá ser considerado o recurso a doação singular de gâmetas» (cfr. o Relatório sobre procriação medicamente assistida, do CNECV, de Julho de 2004, págs. 36-37, e o Parecer 44/CNECV/04, da mesma data, conclusões 7ª e 8ª, pág. 4, *in* *http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/*).

No plano do direito comparado, encontram-se soluções bastante diferentes nos vários ordenamentos jurídicos, embora a tendência maioritária seja no sentido da licitude, quer da doação de gâmetas femininos e masculinos, quer da doação de embriões.

No que respeita à doação de sémen, actualmente, só o direito italiano a proíbe, dentro de um contexto de proibição geral de todo e qualquer tipo de reprodução heteróloga (artigo 4.º, n.º 3, da *Legge 19 febbraio 2004, n.º 40*). O Tribunal Constitucional italiano não considerou, contudo, que a solução legal inversa fosse merecedora de um juízo de inconstitucionalidade, ao pronunciar-se no sentido da admissibilidade da sujeição da questão a referendo, o que pressupõe a consideração de que a doação é ainda compatível com a Constituição (*Sentenza n. 49/2005*, *in www.cortecostituzionale.it*).

Já no que se refere à doação de ovócitos ela é proibida por outros ordenamentos, para além do italiano, como o ordenamento alemão [*Gesetz zum Schutz von Embryonen* (*Embryonenschutzgesetz - EschGo*), de 13 de Dezembro de 1990, § 1 (1) 1], sendo a mesma solução seguida noutros países como a Áustria, a Suíça ou a Noruega (cfr. *Replies by the member states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on the right to know about their origin for children born after MAP* (2005), *Steering Committee of Bioethics,* do Conselho da Europa*,* citado), proibição que tem sido justificada fundamentalmente por razões ligadas à não dissociação da maternidade e ao risco de favorecimento, através da dádiva de ovócitos, de gravidezes tardias (cfr. *supra 6. b)*).

O direito português que permite, no artigo 10.º da Lei n.º 32/2006, tanto a doação de gâmetas masculinos e femininos como a doação de embriões, assemelha-se ao direito espanhol (cfr. artigo 5.º da *Ley 14/2006*), ao direito francês (artigo L1244-1 do *Code de la Santé Publique*) e ao direito inglês (*Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990, alterado pelo *Act* 2008, Sch. 3).

Deve todavia desde já adiantar-se que a lei consagra, como decorre de diversas das suas disposições, um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva de espermatozóides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários (artigo 10.º, n.º 1). E do mesmo modo, a inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar (artigo 19.º, n.º 1). O que é também aplicável na fertilização *in vitro* com recurso a sémen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como seja a injecção intracitoplasmática de espermatozóides ou a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos (artigos 27.º e 47.º).

Nesta perspectiva, o legislador acaba por privilegiar a correspondência entre a progenitura social e progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos

casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito a constituir família.

Recorde-se que a PMA poderá porventura ser considerada, ainda, uma forma de exercício do direito fundamental a constituir família, previsto no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição. Neste sentido se pronunciam GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, que definem o direito a constituir família como implicando «não apenas o direito a estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos […]; direito que embora não seja essencial ao conceito de família e nem sequer o pressuponha, lhe vai naturalmente associado» (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, citada, pág. 567).

Problemático é saber – como sublinham os mesmos autores - «até que ponto é que o direito a ter filhos envolve um direito à inseminação artificial heteróloga» (*ibidem*). A dificuldade de compreensão desta questão no quadro jurídico que decorre do disposto no artigo 36º, n.º 1, apenas poderá significar que não é líquido que a procriação heteróloga seja uma solução constitucionalmente imposta, o que não implica que ela deva ser tida como contrária à Constituição.

O Código Civil prevê uma série de situações de *biointerferência* de terceiro na família, tendo apenas por pressuposto a existência de consentimento: os artigos 1979.º, n.ºs 2 e 5, e 1992.º, n.º 2, admitem a adopção singular de filhos do cônjuge; e o artigo 1883.º permite a introdução no lar conjugal de filhos concebidos fora do matrimónio. Importa também recordar que o fenómeno da procriação com recurso a sémen de dador é, desde há anos, conhecido pelo ordenamento jurídico português, resultando da norma constante do artigo 1839.º, n.º 3, do Código Civil a impossibilidade de o marido da mãe impugnar a paternidade do filho nascido de inseminação artificial com esperma de dador, quando nela tenha consentido (JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, II vol., 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2006, pág. 115).

Relativamente às normas do direito civil que permitem a adopção de filhos do outro cônjuge ou a inclusão no seio de família de filhos não concebidos na constância do matrimónio, a *differentia specifica* que é colocada pela procriação heteróloga é que, neste caso, a dissociação entre a paternidade/maternidade social e a paternidade/maternidade biológica resulta do recurso intencional a uma técnica de procriação medicamente assistida. Se houvesse de colocar-se uma questão da identidade genética e da identidade pessoal ela mantinha validade para qualquer daquelas situações similares que são tradicionalmente aceites no ordenamento jurídico português.

Julga-se, contudo, que nenhum destes direitos é decisivamente afectado.

Como tem sido entendido, o direito à identidade pessoal, tal como está consagrado no artigo 26º, n.º 1, da Constituição, abrange, não apenas o direito ao nome, mas também o direito à historicidade pessoal, enquanto conhecimento da identidade dos progenitores, e poderá fundamentar, por si, um direito à investigação da paternidade e da maternidade, por forma a que todos os indivíduos tenham a possibilidade de estabelecer o seu próprio vínculo de filiação jurídica com base no vínculo biológico (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, citada, pág. 462; neste sentido, ainda, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 456/03).

Não é, no entanto, a norma agora em apreciação que pode pôr em causa o direito à historicidade pessoal, assim entendido, mas qualquer das outras disposições legais que condicionam o acesso à informação sobre a identidade do dador, que adiante serão analisadas (cfr. *infra* 6. *f)*), como sejam as referentes ao dever de sigilo que impende sobre os intervenientes no processo de PMA.

É, por outro lado, discutível que se torne constitucionalmente exigível um direito ao conhecimento da progenitura em todas as circunstâncias e, por isso, também, no domínio da procriação heteróloga. O direito de personalidade que pode aqui estar em consideração é o direito à identidade genética a que faz referência o n.º 3 do artigo 26º da Constituição. É na medida em que a pessoa é condicionada na sua personalidade pelo factor genético que a identidade genética própria se torna uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, citada, págs. 204-205).

A garantia da identidade genética, contudo, refere-se especialmente à intangibilidade do genoma e à unicidade da constituição genómica de cada um e tem essencialmente o sentido de impedir a manipulação genética do ser humano e a clonagem (JOÃO LOUREIRO, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, *in* Portugal-Brasil Ano 2000, «Studia Iuridica» 40, Coimbra, 1999, pág. 288).

E sendo assim, não serão as técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização *in vitro* com gâmetas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos pelo disposto no artigo 7º da Lei n.º 32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo n.º 3 do artigo 26º da Constituição.

Deste modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga (neste mesmo sentido, JOÃO LOUREIRO, *Filho(s) de um gâmeta menor- Procriação medicamente assistida heteróloga*, *in* «*Lex Medicinae* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde», n.º 3 (2006/6), pág. 48).

No entender dos requerentes, a procriação heteróloga tem, no entanto, uma outra implicação que poderá determinar a desconformidade da norma com a Constituição por violação do disposto nos seus artigos 9.º, alínea d), 24.º, 25.º, 64.º e 67.º, e que resulta do facto de poder vir a assistir-se a uma «comercialização encapotada» de gâmetas femininos, que poderá afectar as mulheres mais vulneráveis, com riscos para a vida e a integridade física da doadora, originando que o Estado deixe assim de cumprir os deveres de realizar o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos em condições de igualdade, de promover a saúde e de proteger a família.

Deve notar-se, porém, que o regime jurídico de procriação medicamente assistida está rodeado de diversos mecanismos que salvaguardam a operacionalidade do sistema e a sua conformidade legal, destacando-se, neste plano, a obrigatoriedade de as técnicas de PMA serem ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados pelo Ministro da Saúde, precedendo parecer do CNPMA - Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (artigos 5º e 30º, n.º 2, alíneas b) e d)), bem como a exigência de acompanhamento desses centros, por parte desta entidade, nomeadamente em vista ao cumprimento da lei (artigo 30º, n.º 2, alínea c)). Acresce que existe um registo de dados pessoais relativos aos processos de PMA, incluindo os respeitantes aos dadores, a que o CNPMA tem necessariamente acesso (artigos 16º, n.º 1, e 30º, n.º 2, alínea i)), e a própria utilização de técnicas está sujeita a uma prévia decisão médica que avalia todas as condicionantes que

devam ser tidas em consideração, e, por conseguinte, também, a situação clínica de qualquer dos seus participantes (artigo 11º).

Além de que a própria Lei proíbe a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA (artigo 18º).

Assim se compreende que, embora não se encontre legalmente estipulado um limite para a doação de gâmetas, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida tenha vindo a recomendar que «[é] aconselhável que cada dador masculino não possa dar origem a mais de oito gravidezes de termo» e «cada dador feminino não possa efectuar mais de três dádivas ao longo da vida independentemente da doação resultar ou não em gravidez» (cfr. «Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de Procriação Medicamente Assistida», de 9 de Maio de 2008, do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, pág. 28, disponível em *http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/-cpp=1*).

Nestes termos, a eventualidade de ocorrer um qualquer dano para a integridade física da mulher dadora, por repetida participação nos procedimentos de PMA, não é directamente potenciada pela previsão legal da procriação heteróloga, mas pelo simples incumprimento dos deveres funcionais que são impostos a quem deva superintender e colaborar na realização das técnicas e fiscalizar essa actividade, não decorrendo da lei uma qualquer violação dos preceitos constitucionais.

Não há, por conseguinte, motivo para julgar inconstitucional a falada norma do artigo 10º.

f) A questão do conhecimento da identidade dos dadores

Os requerentes questionam também a constitucionalidade material das normas contidas no artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, conjugadas com as normas constantes do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, na medida em que negam à pessoa nascida com recurso à procriação heteróloga «a hipótese de conhecer os seus antecedentes médicos». Sustenta-se que a pessoa concebida através de técnicas de procriação medicamente assistida não tem possibilidade de o saber, por virtude do dever de sigilo que é imposto por lei a todos os participantes no processo, o que o coloca numa situação de desigualdade em relação a quaisquer outros cidadãos, e, por efeito da inexistência de um limite legal do número de inseminações que um mesmo dador pode proporcionar, gera evidentes riscos de consanguinidade.

A norma que, neste contexto, é colocada sob sindicância, relaciona-se com a possibilidade legalmente prevista de se recorrer à dávida de espermatozóides, ovócitos ou embriões para aplicação de uma técnica de PMA (artigo 10º, n.º 1), e, sob a epígrafe «confidencialidade», dispõe o seguinte:

1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

A questão que se coloca é, pois, a do anonimato do dador, que tem sido objecto de um amplo debate doutrinal e de muito diferentes soluções legais nos diversos ordenamentos jurídicos.

No plano do direito comparado, a maior parte dos países consagra a regra do anonimato dos dadores. A lei espanhola prevê a confidencialidade dos dados relativos aos dadores, consentindo que os filhos nascidos de procriação heteróloga acedam a informações gerais sobre os dadores, que não incluam a sua identidade, salvo em casos extraordinários, que comportem perigo para a vida ou para a saúde do filho (cfr. artigo 5.º, n.º 5, da *Ley 14/2006*). O princípio do anonimato é também o adoptado em França (artigos 1244-6 e 1244-7 do *Code de la Santé Publique*).

Todavia, vários países, nomeadamente os países nórdicos e anglo-saxónicos, têm vindo a alterar a sua legislação, abandonando a regra do anonimato e permitindo à pessoa nascida de PMA, quando tenha atingido um grau suficiente de maturidade, conhecer a identidade dos dadores de gâmetas. Encontram-se neste grupo a Suécia (cfr. documento do *Steering Committee of Bioethics*, de 12 de Junho de 2005, citado, págs. 60, 64 e 68), a Suiça (artigo 119.º, alínea g), da Constituição Federal) e o Reino Unido (secção 31ZA, § 2 (a), na redacção do *Human Fertilisation and Embriology Act* de 2008).

Do ponto de vista jurídico-constitucional estão aqui em tensão diferentes direitos fundamentais. Por um lado, o direito fundamental da pessoa nascida de PMA à identidade pessoal, do qual parece decorrer um direito ao conhecimento da sua ascendência genética (artigos 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), e, por outro, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar (previstos, respectivamente, nos artigos 36.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da Constituição).

A questão deve ser colocada nestes termos, uma vez que a possibilidade de conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas e/ou embriões não implica o reconhecimento de qualquer vínculo legal de ordem filial, como expressamente decorre do disposto no artigo 10.º, n.º 2, onde se refere: «[o]s dadores de gâmetas não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer».

Alguns autores defendem a inconstitucionalidade da regra do anonimato do dador, fundando-se no «direito de cada ser humano a conhecer a forma como foi gerado" ou o respectivo património genético (DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a omnipotência do sujeito*, in «Revista da Ordem dos Advogados», Ano 66, Dezembro de 2006, pág. 1028; PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*, Almedina, 1999, pág. 71 e seg.; TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas- A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, 2003, págs. 44 a 48). Outros excluem que o direito ao conhecimento das origens genéticas assuma um carácter absoluto e preconizam uma solução de equilíbrio em que se tenha em linha de conta outros interesses ou valores conflituantes, como a defesa da paz da família (GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida*, *in* «Temas de Direito da Medicina», Coimbra Editora, 2005, pág. 18; RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, citado, pág. 491).

Este mesmo princípio foi afirmado pelo Tribunal Constitucional quando teve oportunidade de se pronunciar acerca do direito ao conhecimento da maternidade e paternidade biológicas, enquanto dimensão do direito à identidade pessoal, a propósito de questão da constitucionalidade do prazo máximo de dois anos após a maioridade para propor acção de investigação de paternidade. A esse respeito, o acórdão n.º 23/06 fez notar que o direito à identidade pessoal, na sua dimensão de historicidade pessoal, implica a existência de meios legais para demonstração dos vínculos biológicos, mas admitiu que «outros valores, para além da ilimitada recepção à averiguação da verdade biológica da filiação (...) possam intervir na ponderação dos interesses em causa, como que comprimindo a revelação da verdade biológica».

Numa linha de entendimento semelhante também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Odièvre v. France*, por acórdão de 13 de Fevereiro de 2003, aceitou, a respeito do regime legal francês do chamado "parto anónimo", que pudesse haver limites ao direito ao conhecimento das origens genéticas e que, nesta matéria, os Estados pudessem estabelecer restrições que assegurem a realização, segundo critérios de proporcionalidade, de todos os interesses em presença.

Chegados a este ponto, será necessário relembrar que o artigo 15º da Lei n.º 32/2006 não estabelece uma regra definitiva de anonimato dos dadores, mas apenas uma regra *prima facie*, que admite excepções expressamente previstas. Na verdade, embora os intervenientes no procedimento se encontrem sujeitos a um dever de sigilo, as pessoas nascidas na sequência da utilização de técnicas de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito (n.º 2), bem como informação sobre eventual existência de impedimento legal a um projectado casamento (n.º 3), além de que podem obter informações sobre a identidade dos dadores de gâmetas quando se verifiquem razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial (n.º 4).

A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como excepção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade.

Deste modo, perdem relevância para a questão que agora se discute quaisquer afirmações genéricas acerca da existência de um direito ao conhecimento das origens genéticas, pois essa existência não é posta em causa, estando apenas em jogo o peso relativo que tal direito merece e a importância que lhe é dada pela lei no regime que concretamente instituiu.

Compreende-se, de facto, que sejam admissíveis nesta matéria soluções de equilíbrio ou de concordância prática.

Na verdade, a identidade pessoal é um conceito referido à pessoa que se constrói ao longo da vida em vista das relações que nela se estabelecem, sendo que os vínculos biológicos são apenas um aspecto dessa realidade. E nesse sentido, a história pessoal de cada um é também a história das relações que vivenciou com os outros, de tal modo que – pode dizer-se - não é possível isolar a vida de uma pessoa da vida daquelas com quem familiarmente conviveu desde a nascença (JOÃO LOUREIRO, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, citado, pág. 292).

A imagem da pessoa que a Constituição supõe não é apenas a de um indivíduo vivendo isoladamente possuidor de um determinado código genético; a Constituição supõe uma imagem mais ampla da pessoa, supõe a pessoa integrada na realidade efectiva das suas relações familiares e humano-sociais. Deste modo, o direito à identidade pessoal, poderá dizer-se, possui, até certo ponto, um conteúdo heterogéneo: ele abrange diferentes tipos de

faculdades, e o seu domínio de protecção não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa (quanto à heterogeneidade do conteúdo dos direitos subjectivos fundamentais, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, citado, págs. 175-177).

Assim sendo, as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal, como seja o direito ao conhecimento das origens genéticas, não têm necessariamente uma força jurídico-constitucional uniforme e totalmente independente dos diferentes contextos em que efectivamente se desenvolve essa identidade pessoal. O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal

Além disso, o direito a constituir família é certamente um factor a ponderar na admissibilidade subsidiária da procriação heteróloga. A partir do momento em que se admite uma modalidade de procriação medicamente assistida que pressupõe a doação de gâmetas por um terceiro, mal se compreenderia que se estabelecesse um regime legal a ela relativo que fosse tendente a afectar a paz familiar e os laços afectivos que ligam os seus membros. E, nestes termos, tendo-se já discutido a conformidade constitucional desta forma de procriação quando não seja medicamente possível outra (cfr. *supra* 5. *e)*), 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.

Cabe, em todo o caso, sublinhar que o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui a informação sobre a identidade dos dadores e poderá prestá-la nos termos e com os limites previstos no artigo 15º, quer fornecendo dados de natureza genética, quer identificando situações de impedimento matrimonial, e sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação (artigo 30º, n.º 2, alínea i)). Além disso, as razões ponderosas a que se refere o artigo 15.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, não poderão deixar dever consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto.

Contrariamente ainda ao que vem alegado no pedido, por tudo o que se deixou exposto, não há também qualquer violação do princípio da igualdade, em relação às pessoas nascidas a partir da utilização de técnicas de PMA.

Não obstante o dever de sigilo que impende sobre os intervenientes no processo, essas pessoas podem aceder a todos os dados de informação relativos aos seus antecedentes genéticos e só a informação referente à própria identidade do dador é que está dependente de prévia autorização judicial. No entanto, essa limitação ao conhecimento da progenitura (ainda que de carácter não absoluto) mostra-se justificada, como se deixou entrever, pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderá ser entendida como uma discriminação arbitrária susceptível de pôr em causa o principio da igualdade entre cidadãos.

Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos dadores, não merece censura constitucional.

g) O regime da filiação na reprodução heteróloga

O artigo 19.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006 prevê a inseminação artificial com sémen de um terceiro dador, acrescentando o artigo 20.º, n.º 1, que a criança que vier a nascer é havida como filho do marido ou daquele que vive em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação. Em consonância com o assim estabelecido, o n.º 5 do mesmo preceito permite que a presunção de paternidade estabelecida nos termos desse n.º 1 possa ser impugnada pelo marido ou aquele que vivesse em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado. O artigo 21º, entretanto, prescreve que o terceiro dador não pode ser havido como pai, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação à criança. Idêntico regime é aplicável à fertilização *in vitro* com sémen de terceiro dador, nos termos do artigo 27.º do mesmo diploma.

Os requerentes sustentam que esses quatro preceitos são inconstitucionais porque conduzem à disponibilidade do direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade, argumento que retiram do disposto no artigo 26.º da Constituição. Além de que consideram que a solução legislativa, ao admitir a monoparentalidade, entra em colisão com a regra do artigo 6º da Lei n.º 32/2006 e afronta o superior interesse da criança a nascer, violando os princípios que decorrem dos artigos 36º, n.º 4, e 69º da Constituição (certamente por lapso refere-se o artigo 68º que parece não ter qualquer correlação com o caso). No pedido, invoca-se ainda a ausência de qualquer sanção para o incumprimento da regra da biparentalidade, o que reforça a ideia, no entender dos requerentes, de que se aceitou o critério da procriação monoparental.

O problema específico da possível violação do direito à identidade pessoal através da procriação heteróloga foi já discutido anteriormente (cfr. *supra* 6. *e)*).

Admitindo a lei essa forma de procriação, e tendo-se já concluído que, em si mesma, ela não viola o direito à identidade pessoal, não faz sentido contestar o critério legal da paternidade que resulta das mencionadas disposições dos artigos 20º, n.º 1, e 21º (assim, TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas- A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, citado, pág. 67).

Nesse sentido se exprime, também, JORGE DUARTE PINHEIRO (*Direito da Família e das Sucessões*, II Vol., citado, pág. 140), quando refere: «[n]a procriação assistida heteróloga, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternais a alguém que é um mero dador de material genético. O vínculo de filiação deve ser, em alternativa, constituído em relação ao beneficiário da PMA que não contribuiu, para o processo, com as suas células reprodutoras, desde que ele tenha consentido validamente na formação desse vínculo. Tanto mais que ele teve um papel causal determinante no nascimento. Foi a sua decisão que desencadeou o processo de procriação».

O regime de filiação acolhido nas normas ora em análise corresponde aos princípios definidos pelo *Ad Hoc Committee of experts on progress in the biomedical sciences*, do Conselho da Europa, em 1989, acerca desta matéria (cfr. o *Report on Human Artificial Procreation*, princípio 14.º, n.ºs 2 e 3, *in* *http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/bioethics/texts_and_documents/PMA%20principles%20CAHBI%201989.asp#TopOfPage*) e encontra, aliás, paralelo na generalidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, de que são exemplos próximos o caso da Espanha (artigo 8.º, n.º 1, da *Ley 14/2006*), da França (artigos 311-19 e 311-20 do *Code Civil*) ou do Reino Unido (§ 28.º do *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990). Particularmente sintomática a este respeito é a lei italiana de procriação medicamente assistida que, não obstante proibir a inseminação artificial com gâmetas de terceiro dador (artigo 4.º, n.º 3), nega a quem tenha consentido na inseminação heteróloga a possibilidade de impugnar a paternidade, e, ao dador, qualquer pretensão de paternidade (artigo 9.º, n°s 1 e 3, da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*).

Os requerentes fazem, no entanto, especial referência ao artigo 20.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006, considerando que este, ao permitir a impugnação da paternidade presumida quando não tenha havido consentimento do marido à inseminação heteróloga da mulher, contraria o disposto no artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma e viola o direito da criança à protecção da sociedade, e, designadamente, o direito a beneficiar da estrutura familiar biparental da filiação. E reforçam o seu entendimento invocando ainda que o artigo 35.º da mesma Lei não prevê qualquer sanção para a violação do princípio da biparentalidade que consta desse artigo 6.º.

Deve começar por dizer-se que o citado artigo 20.º, n.º 5, não afasta nem põe em causa o princípio da biparentalidade enunciado no precedente artigo 6.º, n.º 1. Como decorre deste último preceito, a regra é a de que «[s]ó as pessoas casadas que não se encontrem 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 podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida».

Por outro lado, o artigo 20.º estabelece uma presunção de paternidade em relação ao cônjuge que consentiu na inseminação heteróloga da mulher (n.º 1), impedindo – como também resulta do seu n.º 5 - que este venha a exercer posteriormente o direito de impugnação sobre a paternidade presumida. Essa é, de resto, uma regra que se explica à luz da figura do abuso de direito. Seria contrário à boa fé que quem aceitou um processo de inseminação heteróloga para solucionar o seu próprio problema de esterilidade, conformando-se com a investidura na função social de pai, apesar de não ser o progenitor biológico, venha depois contestar o vínculo de filiação (PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume II, Tomo I, Coimbra, 2006, pág. 143; MOITINHO DE ALMEIDA, *La filiation dans la réforme du Code Civil Portugais du 25 novembre 1977*, *BMJ*, n.º 285, pág. 22; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1998, pág. 352).

Acresce que o consentimento do marido ou da pessoa unida de facto é acautelado por lei com a máxima prudência. Ele deve, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, ser prestado de «forma expressa e por escrito, perante médico responsável» e, nos termos do n.º 2 desse mesmo artigo, «devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas».

Neste condicionalismo, a possibilidade de impugnação da presunção de paternidade apenas poderá verificar-se, nos precisos termos do n.º 5 do artigo 20º, quando se venha a provar que «não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado».

Note-se contudo que uma tal situação só poderá ocorrer em condições anómalas em que os Centros de Saúde não tenham funcionado devidamente, e que, além disso, a lei oferece sanção contra tal possibilidade, o que permite razoavelmente garantir a inviabilidade prática de procriação medicamente assistida sem o consentimento de ambas as pessoas casadas ou unidas de facto ou com violação da regra da biparentalidade prevista do artigo 6.º, n.º 1.

Na verdade, o artigo 44.º, n.º 1, alíneas c) e d), da Lei n.º 32/2006 qualifica como contra-ordenação a aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem os requisitos de biparentalidade a que alude o artigo 6º, ou sem que o consentimento de qualquer dos beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no artigo 14.º, fazendo-lhe corresponder a coima de € 10 000 a € 50 000, no caso de pessoas singulares, e de € 10 000 a € 500 000, no caso de pessoas colectivas, e a que poderão acrescer as sanções acessórias previstas no artigo 45.º, como sejam, a interdição temporária do

exercício de actividade, o encerramento temporário do estabelecimento ou a cessação da autorização de funcionamento.

Acresce que, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, «as técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde» e a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida fora dos centros autorizados é, nos termos do artigo 34.º, punível com prisão até 3 anos. Daqui resultando, para além das consequências penais, a impossibilidade do funcionamento do regime de filiação que decorre das mencionadas regras dos artigos 20º, n.º 1, e 21º, quando a utilização da técnica de PMA aqui em causa ocorra fora do enquadramento institucional definido por lei.

Importa ainda referir que a natureza pecuniária das sanções escolhidas pelo legislador para punir a PMA sem consentimento de ambos os cônjuges beneficiários é a mesma de outras legislações estrangeiras sobre esta matéria, designadamente a espanhola (artigos 26.º, n.º 2, alínea b), 3.ª, e 27.º, n.º 1, da *Ley 14/2006*) e a italiana (artigo 12.º, n.º 4, da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*). A opção seguida pelo legislador espanhol (na primitiva lei sobre PMA – a *Ley 35/1988*) já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional espanhol, tendo este concluído que as sanções administrativas estatuídas para a infracção das regras da PMA não padeciam de vício de inconstitucionalidade, por não existir uma imposição constitucional de punição criminal, porque a protecção penal tem carácter fragmentário (não absoluto) e porque o direito penal está sujeito ao princípio da intervenção mínima – cfr. a já mencionada *sentencia* n.º 116/1999.

No mesmo sentido se pronunciou a Associação Internacional de Direito Penal, no Congresso realizado em Viena, em 1989, onde se debateu a relação entre o direito penal e as modernas técnicas biomédicas. As conclusões do Congresso reiteram o carácter de *ultima ratio* do direito penal, no contexto da procriação medicamente assistida (COSTA ANDRADE, *Direito penal e modernas técnicas biomédicas: as conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal*, *in* «Revista de Direito e Economia», n.º 15, 1989, págs. 388 e 389).

Em face de todas as cláusulas de salvaguarda que decorrem do sistema legal, a possível ocorrência de conflitos negativos de paternidade apenas pode derivar de situações de anormalidade, de nenhum modo podendo atribuir-se ao legislador a intencionalidade de instituir um regime de monoparentalidade.

Nestes termos, como tudo leva a concluir, não se verifica a pretendida inconstitucionalidade.

h) A não criação de embriões excedentários e a prevenção geral da gravidez múltipla

Os requerentes entendem que os artigos 24.º e 25.º da Lei n.º 32/2006 consagram um princípio de criação discricionária de embriões e permitem a ocorrência de gravidezes múltiplas, por simples exercício do poder médico e científico, potenciando situações de malformação fetal, e propendem a considerar, nesses termos, que tais soluções legislativas violam o disposto nos artigos 64.º, 67.º, n.º 2, alínea e), e 68.º da Constituição.

As normas em causa inserem-se no capítulo referente à fertilização *in vitro*.

O artigo 24.º estipula que «na fertilização *in vitro* apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado» (n.º 1) e que «o número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla» (n.º 2).

O artigo 25º, por seu turno, providencia sobre o destino a dar aos embriões que não possam ser transferidos para o útero materno, dispondo nos seguintes termos:

1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.

2 - Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo.

3 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivo, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14.º

4 - Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.

5 - Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental aplica-se o disposto no artigo 9.º

Quanto ao primeiro problema suscitado pelos requerentes, é necessário dizer que de nenhuma das disposições mencionadas se pode retirar um princípio de criação discricionária de embriões.

A «criação de embriões», a que se refere o nº 1 do artigo 24º, só se consegue através da «inseminação de ovócitos», a que alude o n.º 2 do mesmo artigo; e o que resulta da interpretação conjugada dessas disposições é que só é possível inseminar os ovócitos (e, portanto, criar embriões) em número necessário para o sucesso do processo de procriação medicamente assistida, tendo em conta a boa prática médica e a situação clínica do casal.

Essa ideia é, por outro lado, corroborada pelo disposto no artigo 9º, n.º 1, que proíbe a criação de embriões para investigação.

O legislador assenta, por conseguinte, num *princípio de necessidade* que é avaliado segundo um critério médico, o que desde logo afasta qualquer interpretação da lei que permita considerar como possível a criação arbitrária de embriões.

O regime legal tem em linha de conta que o número de embriões necessários para o sucesso da fertilização não pode ser definido *a priori* e de forma generalizada, mas releva antes de uma avaliação clínica em função do caso concreto. O decisor médico está, de todo o modo, por efeito da lei, vinculado a uma lógica de intervenção mínima que se baseia num cálculo de probabilidade, não podendo ignorar-se, por outro lado, que o processo de fecundação está associado à finalidade de procriação.

Como reconhece o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, não é possível garantir, à partida, uma total correspondência entre o número de embriões criados e o número de embriões transferidos para o útero, sendo sempre de admitir a existência de embriões «que, por circunstâncias ou razões imponderáveis», são «excluídos do seu projecto parental originário» (Parecer 44/CNECV/04, citado, ponto 20). Também no Relatório do CNECV sobre o estado da aplicação das novas tecnologias à vida humana, de 1995 (pág. 3), se encontram referências à «inevitabilidade de pontualmente se obterem embriões supra-numerários» e à ideia de que são restritos os casos em que se consegue fazer inseminação artificial com sucesso apenas inseminando um número de ovócitos próximo ou idêntico ao número de embriões a transferir (*in* *http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/E932BA3E-FE2D-484A-9371-C245862C24B/0/1995RelatorioNovasTecnologias.pdf*).

Para além de existirem casos em que não é cientificamente garantida a fertilização de todos os ovócitos, obrigando à multiplicação das tentativas, há que ter em conta que os embriões criados podem apresentar anomalias morfológicas que os tornem inviáveis (cfr. *The Protection of the Human Embryo* in vitro, *Steering Committee on Bioethics*, de 19 de Junho de 2003, pág. 13, *in* *http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/bioethics/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf*), além de que poderão sobrevir circunstâncias externas ao próprio processo de procriação medicamente assistida que impeçam que os embriões criados sejam transferidos para o útero (por exemplo, o falecimento da beneficiária ou a contracção de doença que a incapacite de levar a cabo a gravidez, hipótese expressamente prevista pela lei italiana para efeito da admissibilidade da crioconservação de embriões – artigo 14.º, n.º 3, da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*).

Neste contexto, a ocorrência de embriões excedentários surge como uma inevitabilidade, que só poderia ser prevenida através da proibição em geral da fertilização *in vitro*, o que não deixaria de constituir um injustificável retrocesso no desenvolvimento da biomedicina e que seria incompatível com a referência valorativa que decorre do artigo 67º, n.º 2, alínea e), da Constituição.

Como se observou num momento anterior, o parâmetro de constitucionalidade que está implicado na criação de embriões excedentários em resultado da aplicação de uma técnica de PMA, é o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em consideração que se trata de embriões não implantados no útero materno a que se não pode atribuir um grau de protecção correspondente à tutela da vida humana ou da vida intra-uterina.

Neste ponto, a admissibilidade constitucional da procriação medicamente assistida, por força da autorização concedida ao legislador ordinário para a sua regulamentação em termos que «salvaguardem a dignidade da pessoa humana» (artigo 67º, n.º 2, alínea e)), tem implícita a ideia de que é possível conciliar, no quadro jurídico-constitucional, esse com outros valores constitucionalmente tutelados, como seja o direito de constituir família previsto no artigo 36º, n.º 1, da Constituição, o qual se insere num espaço de autonomia pessoal que igualmente releva do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, o artigo 25º da Lei n.º 32/2006, há pouco transcrito, embora não garanta em absoluto a protecção da vida pré-embrionária, regula o destino a dar aos embriões não implantados com o respeito que é devido à sua potencial natureza humana, determinando que os embriões que não tiverem de ser transferidos devam ser criopreservados, para serem utilizados num novo processo de transferência embrionária pelos próprios beneficiários ou por um outro casal a quem sejam doados (n.ºs 1 e 2), e só os embriões que, por virtude da sua caracterização morfológica, se tornem inviáveis, ou que, de outro modo, não tenham possibilidade de ser envolvidos num projecto parental, é que poderão ser utilizados em investigação científica, em conformidade com o que dispõe o artigo 9º (n.ºs 4 e 5).

E como se ponderou já anteriormente, quando se analisou essa específica questão (cfr. *supra* 6. *e)*), a experimentação científica em embriões, para além de apenas abranger os embriões criopreservados excedentários que não possam ser destinados para fins de procriação ou aqueles cujo estado não permita essa utilização (conforme se depreende do disposto no já citado artigo 25º, interpretado conjugadamente com a norma do artigo 9º, n.º 4), só é lícita se for realizada com objectivos terapêuticos, de prevenção ou diagnóstico e desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade (artigo 9º, n.ºs 2 e 3).

Em todo este condicionalismo, nada permite concluir que o sistema legal pretenda potenciar a criação livre de embriões ou deixe de assegurar uma protecção adequada para os embriões que não possam ser implantados.

Entretanto, os requerentes consideram ainda verificada a violação do direito à protecção da saúde previsto no artigo 64.º da Constituição, em virtude de a disposição do artigo 24º da Lei n.º 32/2006, ao regular a fertilização *in vitro*, vir a permitir a implantação de mais do que um embrião no útero materno, com o consequente risco de surgimento de gravidezes múltiplas e de situações de malformação dos fetos.

Cabe recordar que o referido artigo 24º, ainda que não estipule um limite máximo para o número de embriões a transferir, apenas permite a «criação de embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica» (n.º 1), além de que condiciona a inseminação de ovócitos, em cada processo, em função da «situação clínica do casal» e da «prevenção da gravidez múltipla» (n.º 2).

E, assim, embora o legislador não tenha seguido o critério da indicação numérica, como sucede noutros sistemas legislativos (por exemplo, na Alemanha - § 1 (1) 3 da *Embryonenschutzgesetz*; na Itália - artigo 14.º, n.º 2, da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*; e em Espanha - artigo 3.º, n.º 2, da *Ley 14/2006*), o certo é que não deixou de definir os requisitos que devem presidir à decisão médica, especialmente no que respeita à necessidade de prevenção da gravidez múltipla.

Não há, por isso, motivo para considerar que o regime legal contende com o estabelecido no artigo 64º da Constituição, quando ele próprio está dotado de mecanismos que, através de uma correcta aplicação por parte das equipas médicas intervenientes no processo, visam evitar a gravidez múltipla e salvaguardar a integridade física e a saúde da mulher.

i) Diagnóstico Genético Pré-implantação (DGPI)

Outra das questões suscitadas pelos requerentes prende-se com a constitucionalidade dos artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 32/2006, que regulam o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI).

Alegam que esse diagnóstico se destina à produção de seres humanos seleccionados segundo qualidades pré-estabelecidas, constituindo uma manipulação contrária à dignidade, integridade e identidade única e irrepetível do ser humano, violadora dos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Lei Fundamental. E referem ainda que a Lei n.º 32/2006 foi aprovada sem ter em conta que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) estava a preparar um parecer sobre essa temática, o que poderá configurar uma desconsideração pelas competências que a Lei n.º 14/90, de 9 de Junho, atribui a esta entidade.

Começando por abordar este último aspecto, cabe referir que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, criado pela Lei n.º 14/90, é um órgão independente, que funciona junto da Presidência do Conselho de Ministros, ao qual compete analisar sistematicamente os problemas morais suscitados pelos progressos científicos no domínio da biologia, da medicina ou da saúde em geral, e emitir pareceres sobre essa matéria, a pedido do Presidente da República, da Assembleia da República ou de um vigésimo de deputados em efectividade de funções (artigos 1º e 2º, n.º 1, alíneas a) e b), e 7º).

Não há, no entanto, qualquer exigência constitucional quanto ao procedimento legislativo referente a questões que relevam no âmbito da actividade do CNECV, e mormente no que se refere à regulamentação legal da procriação medicamente assistida - que o artigo 67º, n.º 2, alínea e) da Constituição remete para o legislador ordinário -, não se tornando exigível qualquer prévio dever de audição do CNECV, tanto mais que o pedido de emissão de parecer, conforme se depreende do citado artigo 7º da Lei n.º 14/90, é meramente facultativo.

Acresce que o diagnóstico genético no âmbito da procriação não é uma novidade no nosso direito interno. A Lei n.º 3/84, de 24 de Março, determina que o planeamento familiar

postula «acções de aconselhamento genético» (artigo 4.º, n.º 1), o que se entende como constituindo uma imposição que deveria implicar a realização de «averiguações tendentes a permitir o diagnóstico pré-natal sob a forma do diagnóstico pré-concepcional» (GUILHERME DE OLIVEIRA, *O direito do diagnóstico pré-natal*, *in* «Temas de Direito da Medicina», citado, pág. 217); e, por outro lado, o programa nacional de saúde reprodutiva contempla desde 1997 a realização de exames e meios de diagnóstico pré-natal – como a biopsia do córion, a amniocentese e a cordocentese – para detecção de doenças graves e anomalias de base genética (cfr. o Despacho da Ministra da Saúde n.º 5411/97, publicado no *Diário da República*, II Série, de 6 de Agosto de 1997).

Acrescente-se ainda que o parecer da CNECV, que viria a ser aprovado em Abril de 2007, com expressa referência à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, entretanto publicada, se pronuncia, em termos gerais, de modo favorável à admissibilidade do DGPI. Aí se formula o entendimento de que o recurso ao DGPI, enquanto técnica de investigação diagnóstica, «não viola princípios éticos fundamentais», e pode ser positivamente valorizado do ponto de vista ético «quando seja possível evitar o desenvolvimento de um ser humano que tenha alta probabilidade de nascer ou vir a desenvolver doença grave, que origine morte prematura e sofrimento prolongado e irreversível» ou «quando, após avaliação médica, se demonstre que pelo menos um dos progenitores é portador de alteração genética hereditária causadora de doença grave»; sem excluir, à luz de um princípio de solidariedade, a «utilização do DGPI para seleccionar embriões dadores de células estaminais com o fim de tratar doença fatal de familiar» [Parecer sobre Diagnóstico Genético Pré-implantação (51/CNECV/07), de Abril de 2007, conclusões 1ª, 3ª, 4ª e 8ª, págs. 3-4, *in http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/*].

A respeito, especificamente, da admissibilidade constitucional do DGPI, importa ter em conta, desde logo, que de entre as indicações de uso da PMA constam, nos termos da lei, *(i)* o tratamento de doença grave e *(ii)* a eliminação do risco de transmissão de doença genética, infecciosa ou outra (artigo 4.º, n.º 2). Ora, a análise genética do embrião levada a cabo através do DGPI destina-se a permitir que a aplicação de técnica de procriação medicamente assistida, para qualquer dessas finalidades, seja bem sucedida. Daí que o artigo 28.º, n.º 1, consinta a utilização do DGPI para «os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º», isto é, para obtenção de grupo HLA compatível para tratamento de doença grave de terceiro, e também para detecção de embriões «portadores de anomalia grave, antes da transferência para o útero materno».

Em ambas as situações, o DGPI visa a selecção de embriões. No primeiro caso há uma selecção positiva: escolhem-se embriões com determinadas características genéticas, para serem implantados no útero materno; e, no segundo caso, há uma selecção negativa: excluem-se da implantação uterina embriões que padeçam de anomalia grave.

A constitucionalidade da selecção positiva de embriões, em função das suas características genéticas (grupo de HLA), para efeitos de tratamento de doença grave, já foi anteriormente analisada (cfr. *supra*, 6. *a)* e 6. *c)*). Vimos que não há na aplicação de uma técnica de PMA com essa finalidade *qualquer* viabilidade de prática de eugenismo, uma vez que o objectivo é exclusivamente terapêutico. Tendo-se concluído pela conformidade constitucional do recurso à PMA para tratamento de doença grave, nos moldes prescritos nos artigos 4.º, n.º 2, e 7.º, n.º 3, não poderá deixar de se seguir idêntico entendimento relativamente à realização do DGPI quando ele vise essa mesma finalidade, visto que assume, nessa circunstância, uma mera função instrumental. Com efeito, quando o objectivo é tratar uma doença grave e não existam problemas de infertilidade nem de risco de transmissão de doença genética, o recurso à PMA mostra-se justificado exactamente pela possibilidade de seleccionar embriões com o grupo de HLA desejado, o que apenas é possível através do DGPI.

Resta, portanto, apreciar a constitucionalidade da selecção negativa de embriões, em função dos resultados do DGPI.

O DGPI permite a detecção dos embriões que sejam portadores da doença genética, constituindo uma técnica de procriação medicamente assistida que se insere na finalidade legalmente prevista no artigo 4º, n.º 2, *in fine* (para uma exemplificação de doenças genéticas graves cujo risco de transmissão é susceptível de ser evitado através do DGPI, cfr. *Stedman Dicionário Médico*, 27.ª edição, 2003, Guanabara Koogan, págs. 70, 308, 596, 1559 e 1671).

Nesse contexto, o DGPI previne o abortamento precoce e evita o nascimento de pessoas com problemas graves de saúde, como é reconhecido em diversos documentos de entidades com competências consultivas neste domínio – cfr. *The Protection of the Human Embryo* in vitro, do *Steering Committee on Bioethics*, citado, pág. 30, e o Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida, do CNECV, de Julho de 2004, citado, pág. 45, nota 63.

Note-se também que, apesar de esta técnica poder pôr em risco ou implicar a destruição de embriões, ela não levanta em si mesma riscos para a saúde futura do nascituro, podendo considerar-se, deste ponto de vista, que «esta técnica é relativamente inócua» (VERA LÚCIA RAPOSO, *Pode trazer-me o menu por favor- Quero escolher o meu embrião*, *in* «Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde», nº 8, 2007, pág. 60). Quando seja viável, o embrião continua, após a colheita de uma célula para análise, o seu desenvolvimento normal, tendo as probabilidades habituais de vir a originar uma criança saudável (cfr., novamente, *Human Fertilisation and Embryology Authority Report: Preimplantation Tissue Tiping*, citado, pág. 4, e os dados reunidos pelo *PGD Consortium* da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia, no local citado).

A razão fundamental que se pode invocar em desfavor da utilização do DGPI para prevenção de doença genética é o facto de implicar a destruição de embriões e de potenciar formas de eugenismo que possam considerar-se contrárias à dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e)).

No entanto, convém notar que, tal como sucede na investigação de embriões, se trata sempre de embriões num estádio muito inicial de desenvolvimento, mais concretamente, entre o 3.º e o 6.º dias de desenvolvimento (Relatório sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação, do CNECV, de Abril de 2007, pág. 8, disponível em *http:/www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/*). E dado o objectivo terapêutico imediato que aqui está em causa, valem, por maioria de razão, as considerações feitas a respeito da investigação com embriões (cfr. *supra* 5. *d)*).

Acresce que, como esclarece o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, o DGPI pode ainda ser visto como uma forma de protecção da vida humana em estádio fetal. Na verdade, a detecção pré-implantatória das doenças e anomalias permite não só evitar situações de aborto espontâneo causados pela inviabilidade do feto resultante de anomalias e doenças detectáveis pelo DGPI como ainda eventualmente evitar, num momento posterior, possíveis interrupções voluntárias da gravidez já em fase fetal (*idem*, págs. 24-25). Sabendo-se que o Código Penal prevê a não punibilidade da interrupção da gravidez quando «houver motivos seguros para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congénita»" (artigo 142.º, n.º 1, alínea c)), o DGPI pode qualificar-se, neste contexto, como uma alternativa ao aborto terapêutico, por lesão do nascituro (cfr., em sentido idêntico, LUCA GIANAROLI, CRISTINA MAGLI E ANNA FERRARETTI, *Preimplantation genetic diagnosis*, *in* «Current practices and controversies in assisted reproduction», WHO, Genebra, 2002, pág. 218).

Relativamente à consideração de que o DGPI permite fazer selecção de embriões em função de características genéticas, deve ter-se em linha de conta que a técnica de PMA tem sempre como objectivo prevenir uma doença. Vale aqui sem dúvida, mais uma vez, a diferença ética de grau que existe entre um inadmissível utilitarismo positivo e um tolerável utilitarismo

negativo - o que não é admissível para aumentar a felicidade de terceiros, pode sê-lo para minorar o sofrimento de cada um; quer dizer, o DGPI não é admissível para escolher características subjectivamente consideradas desejáveis pelos pais, mas é legítimo para prevenir uma doença grave (e, portanto, objectivamente indesejável) do nascituro (defendendo a validade jurídica do utilitarismo negativo, ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, págs. 258-263).

Em homenagem a este princípio de *utilidade negativa* - evitar uma doença grave -, a lei restringe a utilização do DGPI a um conjunto limitado de situações. Na verdade, de acordo com o regime definido no artigo 29º da Lei n.º 32/2006, o DGPI «destina-se apenas a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência» (n.º 1), e pressupõe uma indicação médica específica, determinada pelas «boas práticas correntes» que constem de «recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área» (n.º 2). Entre as indicações médicas legitimadoras do recurso ao DGPI, o legislador menciona expressamente as aneuploidias (artigo 28.º, n.º 2) e as doenças genéticas graves (artigo 28.º, n.º 3).

Assim, a aplicação do DGPI está subordinada a um rigoroso princípio de subsidiariedade, encontrando-se condicionada, desse modo, por fortes razões de interesse público ligadas à protecção da saúde (risco *elevado* de transmissão de doença quando se trate de alterações genéticas que causam *morte precoce* ou *doença grave*), que serão avaliadas, além do mais, através de um exigente critério de prática clínica.

A lei é ainda expressa em salientar que, fora das condições excepcionais mencionadas no artigo 28º, n.º 1, o DGPI não pode ser utilizado para seleccionar embriões em função de características não médicas nem para escolher o sexo do nascituro - artigo 7.º, n.º 2 (cfr., também, neste sentido, MARIA DE BELÉM ROSEIRA, *O processo de elaboração da Lei n.º 32/2006*, Legislação - Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 45, Janeiro-Março de 2007, pág. 59). Além de que a violação destas regras determina responsabilidade criminal, punível com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias (artigo 37.º).

Acresce que o DGPI não pode ser utilizado em casos de doença multifactorial onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo (artigo 7.º, n.º 5), regra que é de grande importância, porque restringe de forma relevante o âmbito de aplicação do DGPI. Com efeito, as doenças multifactoriais (um terceiro tipo clássico de doenças congénitas, para além das anomalias cromossómicas e das doenças monogénicas) incluem a maioria das anomalias congénitas e das doenças comuns da criança e do adulto, e a exclusão da técnica de PMA, nessa circunstância, reforça o carácter subsidiário que lhe deverá ser conferido (cfr. *Rede de Referenciação Hospitalar de Genética Médica*, Direcção-Geral da Saúde, 2005, pág. 8).

Finalmente, o artigo 28.º, n.º 4, determina que o centro de PMA que pretenda aplicar o DGPI tem de dispor ou estar articulado com uma equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares, exigência que, do mesmo modo, contribui para a boa utilização do DGPI.

Em função do regime legal descrito, deve entender-se que o DGPI é uma técnica de PMA de aplicação restrita, orientado para a detecção de anomalias genéticas graves, que permite diminuir os casos de abortamento e de nascimento de pessoas com doenças graves. A escolha de embriões resultante do DGPI é, assim, compatível com a dignidade da pessoa humana (cfr., no mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Procriação medicamente assistida*, *in* «Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos», vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 770).

O regime adoptado pelo legislador segue, aliás, os princípios definidos pelo *Ad Hoc Committee of experts on progress in the biomedical sciences* (CAHBI), do Conselho da Europa (cfr. o princípio 1.º, n.º 2, do *Report on Human Artificial Procreation*, citado, e as indicações da Convenção de Oviedo, designadamente as constantes dos seus artigos 12.º e 14.º).

Atento tudo o exposto, há que concluir que o DGPI, nos moldes definidos nos artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 32/2006, não atenta contra a dignidade da pessoa humana, nem viola as disposições dos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição.

j) Punição da clonagem reprodutiva e admissão da técnica de transferência de núcleo sem clonagem reprodutiva

Os requerentes entendem que o artigo 36.º da Lei n.º 32/2006 não sanciona penalmente a clonagem reprodutiva, no âmbito da procriação medicamente assistida e, assim, viola os instrumentos internacionais que a proíbem, designadamente, o Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo relativo à clonagem humana e o artigo 11.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 1997, e ainda os artigos 8.º, 9.º, 64.º e 68.º da Constituição.

A norma que interessa agora analisar criminaliza e pune a clonagem reprodutiva nos seguintes termos:

1- Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões.

Como se vê, trata-se de uma norma que impõe uma sanção penal em termos de abranger as duas técnicas conhecidas de clonagem (a transferência de núcleo e a cisão de embriões), abrindo uma excepção, no seu n.º 1, no que respeita à transferência de núcleo, «quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA».

Será pois à constitucionalidade desta ressalva que os requerentes pretendem referir-se e que cumpre apreciar.

Sabe-se que diversos instrumentos jurídicos internacionais reprovam expressamente a clonagem reprodutiva, como sucede com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (artigo 11.º), o Protocolo Adicional à Convenção Europeia para Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (artigo 1.º). Também ao nível do direito comunitário, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º C 303, de 14 de Dezembro de 2007, reafirma o mesmo princípio - artigo 3.º, n.º 2, alínea d).

Ainda de acordo com a UNESCO não há, actualmente, nenhum país que autorize a clonagem com finalidade reprodutiva, ainda que a proibição possa assumir diferentes modalidades (*National Legislation concerning Human Reprodutive and Therapeutic Cloning*, de Julho de 2004, págs. 2-3). Constatando-se que, nos ordenamentos que regulam explicitamente a matéria, os legisladores optaram por criminalizar a clonagem de seres humanos, como é o caso do Reino Unido [secção 3, § 3 (d), e secção 41, § 1 (b), do *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990), da Alemanha (§ 6 da *Embryonenschutzgesetz*), da Itália (artigo 12, n.º 7, e 13.º, n.º 3, alínea c), e n.º 4, da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), da França (artigos L2163-1 a L2163-5 do *Code de Santé Publique*) e da Espanha (artigo 160.º, n.º 3, do *Código Penal*, e artigos 1.º, n.º 3, 26.º, n.º 2, alínea c), secção 9, e 27.º, n.º 1, da *Ley 14/2006*).

Há ainda diversas Resoluções do Parlamento Europeu que recomendam aos Estados-membros que proíbam a clonagem de seres humanos, nas diferentes fases da sua constituição e do seu desenvolvimento, sem distinções no que se refere ao método utilizado, e que prevejam sanções penais para punir a violação dessa proibição – cfr. as Resoluções de 16 de Março de 1989, de 28 de Outubro de 1993, de 12 de Março de 1997, de 15 de Janeiro de 1998 e de 7 de Setembro de 2000 (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º C96, de 17 de Abril de 1989, pág. 165; n.º C315, de 22 de Novembro de 1993, pág. 224; n.º C115, de 14 de Abril de 1997, pág. 92; n.º C34, de 2 de Fevereiro de 1998, pág. 164; e n.º C135, de 7 de Maio de 2001, pág. 263, respectivamente).

Em consonância com a referida tendência uniforme de todas as legislações actuais no sentido da punição da clonagem, a necessidade de tutela penal nesta área foi confirmada pela Associação Internacional de Direito Penal, no Congresso de Viena, em 1989 (cfr. COSTA ANDRADE, *Direito penal e modernas técnicas biomédicas: as conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal*, citado, págs. 394 e 398).

Nada permite, no entanto, concluir, revertendo ao caso português, que o artigo 36.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006 tenha excluído a criminalização da clonagem reprodutiva.

Desde logo, numa interpretação literal do preceito, verifica-se que a ressalva nele contida se refere, não à necessidade de recurso à transferência de núcleo *como técnica de PMA*, mas antes à necessidade de recurso à transferência de núcleo *para a aplicação das técnicas de PMA*. Deste modo, a letra da norma aponta para o carácter subordinado da transferência de núcleo em relação às técnicas de PMA enumeradas no artigo 2.º, e, nomeadamente, as consignadas na alíneas b), c) e d) desse mesmo artigo. E assim permite-se que a transferência de núcleo possa servir como meio para a aplicação das técnicas legalmente autorizadas de PMA em vista das finalidades admitidas pelo artigo 4.º, n.º 2, não que ela possa ser, em si mesma, autonomamente, uma técnica de PMA para prossecução desses objectivos.

É esse, aliás, o entendimento que ressalta de uma interpretação sistemática da norma. A ressalva do artigo 36.º, n.º 1, não pode abranger situações de verdadeira clonagem reprodutiva, desde logo porque a lei o proíbe expressamente no artigo 7.º, n.º1 («É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros»).

Não faria sentido, proibir categoricamente a clonagem reprodutiva no artigo 7.º, n.º 1, e simultaneamente autorizá-la como técnica de PMA numa disposição subsequente. Tudo indica que a lei utiliza no artigo 7.º, n.º 1, um conceito restrito de clonagem reprodutiva, precisamente por pretender dele excluir as transferências funcionais de núcleo celular, isto é, aquelas transferências de núcleo que não têm como objectivo a transferência para a mulher de embriões clonados, geneticamente idênticos entre si ou a uma pessoa já nascida, e que não podem reconduzir-se a uma situação de clonagem reprodutiva.

Esta ideia é ainda confirmada pelo elemento histórico de interpretação.

Na origem do artigo 36.º da Lei n.º 32/2006, está o artigo 34.º, n.º 1, do Projecto de Lei n.º 172/X, com a seguinte redacção: «[a] implantação no útero de embrião obtido através de técnica de transferência de núcleo, salvo quando esta transferência seja necessária à aplicação das técnicas de Reprodução Medicamente Assistida, ou de embrião obtido através de cisão de embriões, constitui crime punido com pena de prisão de 1 a 5 anos».

E na respectiva exposição de motivos esclarece-se que a ressalva (*quando esta transferência seja necessária à aplicação das técnicas de reprodução medicamente assistida*) «diz respeito a casos de transferência de núcleo que dão origem a duas mães biológicas, por

deficiências de citoplasma daquela que será havida como mãe natural». A intencionalidade da ressalva, que transitou para a redacção do questionado n.º 1 do artigo 36.º, tem pois a ver, como ressalta do debate parlamentar, com os casos em que se cria um embrião a partir de gâmetas de ambos os pais, utilizando um ovócito anucleado de uma dadora, e em que o resultado é a existência de um embrião que tem o DNA nuclear de ambos os pais, mas que foi criado, em parte, através de uma transferência nuclear, para evitar o risco de transmissão de doença genética ligada ao citoplasma dos gâmetas maternos (cfr. *Diários da Assembleia da República*, Série I, n.º 58/X/1, de 22 de Outubro de 2005, pág. 2652, e n.º 20, de 16 de Novembro de 2006, pág. 59).

Não há aqui, em rigor, uma clonagem reprodutiva, pois não se pretende criar um ser humano geneticamente idêntico a outro.

Em suma, a ressalva do n.º 1 do artigo 36.º apenas pode ser interpretada como abrangendo os casos em que a transferência de núcleo é levada a cabo, como técnica secundária, subordinadamente necessária para a aplicação das técnicas de PMA previstas nomeadamente nas alíneas b), c) e d) do artigo 2.º, sem pôr em causa a proibição do artigo 7.º, n.º 1, que objectivamente impende sobre as técnicas de PMA, de criação de seres geneticamente idênticos.

Nestes termos, a norma do artigo 36.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006 não pode ser entendida no sentido de não punir as situações de clonagem reprodutiva, e não consubstancia, portanto, uma violação do dever estadual de protecção da identidade genética do ser humano imposto pelo artigo 26.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, nem viola qualquer outro dos preceitos constitucionais que foram invocados.

l) Não punição da maternidade de substituição a título gratuito

Sustentam os requerentes, por fim, que o artigo 39.º da Lei n.º 32/2006 apenas sanciona a maternidade de substituição a título oneroso, nada estatuindo acerca dos negócios gratuitos. No seu entender, essa falta de sanção revela permissividade relativamente ao negócio da maternidade de substituição, representa um risco para a dignidade e outros direitos do ser humano e constitui fraude à lei, por ir contra o estabelecido no artigo 8.º do mesmo diploma, colidindo assim com as disposições dos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição e todas as disposições da Convenção de Oviedo.

De facto, o artigo 39.º criminaliza a celebração (n.º 1) e a promoção (n.º 2) de contratos de maternidade de substituição a título oneroso, mas não contempla, em termos de sanção penal, a maternidade de substituição gratuita, sendo essa a questão de constitucionalidade que vem agora suscitada e que cabe dilucidar.

Deve dizer-se, antes de mais, que não pode entender-se a arguição como respeitando a uma inconstitucionalidade por omissão. Não está em causa propriamente a falta de uma medida legislativa destinada a dar exequibilidade a uma norma constitucional, mas antes a eventual inconstitucionalidade que resulta de, ao cumprir o dever de legislar em matéria de procriação medicamente assistida, imposto pelo artigo 67º, n.º 2, alínea e), da Constituição, não ter o legislador respeitado certos princípios constitucionais, ao excluir a punição da maternidade por substituição gratuita.

A norma que em primeiro lugar carece de ser chamada à colação, na análise desta matéria, é a do citado artigo 8º da Lei n.º 32/2006. O preceito proíbe claramente a celebração de negócios jurídicos de maternidade de substituição, independentemente de serem onerosos ou gratuitos, qualificando-os como nulos (n.º 1). E o n.º 3 do mesmo artigo esclarece, em conformidade com o regime da nulidade, que «a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a

nascer». Esse regime não revela permissividade do legislador face à maternidade de substituição gratuita, pois nega a esta prática quaisquer efeitos jurídicos, permitindo que a esses casos se aplique a regra de estabelecimento da filiação constante do artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil, segundo a qual, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento.

Também não procede a argumentação dos requerentes no sentido de que o regime instituído no artigo 39.º defrauda a proibição constante desse artigo 8.º. Isto porque o legislador foi coerente com o regime proibitivo que definiu, prevendo expressamente os efeitos da violação de proibição de realização de negócios de maternidade de substituição. Simplesmente, o legislador optou por diferenciar esses efeitos, consoante o negócio seja gratuito ou oneroso: em ambos os casos há um efeito civil (a nulidade do negócio) e no segundo caso há também uma sanção criminal.

Há aqui certamente bens jurídicos dignos de tutela que decorrem do direito à identidade pessoal, do direito ao desenvolvimento da personalidade e, ainda, do direito às condições de um integral desenvolvimento.

Contudo, o legislador não é necessariamente obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entende haver um bem jurídico digno de tutela jurídica. No cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental, o legislador tem sempre alguma margem de livre apreciação no que respeita à escolha dos meios mais adequados para garantir esse bem respeitando os outros valores e interesses constitucionalmente protegidos à luz do princípio matricial da dignidade da pessoa humana.

Como explicita KLAUS STERN, a respeito do problema dos deveres constitucionais de protecção de bens jurídicos, «[a]os órgãos do Estado é assim deixada uma margem de livre deliberação a respeito do concreto cumprimento dos deveres de protecção. (…) Eles são, em ampla medida, legalmente mediatizados. Deste modo, o legislador é o destinatário preferencial dos deveres de protecção. (…) Apenas os erros manifestos de apreciação são judicialmente corrigíveis" (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, 1988, págs. 950-952).

Esta margem de livre apreciação aumenta quando está em causa a protecção penal. Neste sentido, segundo CLAUS ROXIN, "[s)aber se um bem jurídico é protegido através de um meio criminal ou civil e administrativo é uma matéria fundamentalmente de livre apreciação legislativa" (*Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, I, 3. Aufl., München 1997, pág. 24).

Entre nós, FIGUEIREDO DIAS defende que «não existem imposições jurídico constitucionais implícitas de criminalização», admitindo apenas que o critério do legislador possa «em casos gritantes ser jurídico-constitucionalmente sindicado»" (*Direito Penal*: *Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2007, pág. 129; neste sentido, também, SOUSA E BRITO, *A lei penal na Constituição*, *in «*Estudos sobre a Constituição», 2º vol., 1978, Lisboa, pág. 218).

A não obrigatoriedade constitucional da tutela penal sempre que esteja em causa um bem jurídico constitucionalmente protegido tem sido também reconhecida na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

A esse propósito, o Tribunal tem sublinhado que «[...] o direito penal, enquanto direito de protecção, cumpre uma função de *ultima ratio*. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos - e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções criminais» (acórdão n° 108/99). E, assim, como se ponderou também no acórdão 99/02, «[...] as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à

protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido, e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa protecção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo».

Não pode perder-se de vista, por outro lado, como também se afirmou nesse aresto, que «o juízo de constitucionalidade se não pode confundir com um juízo sobre o mérito da lei, pelo que não cabe ao Tribunal Constitucional substituir-se ao legislador na determinação das opções políticas sobre a necessidade ou a conveniência na criminalização de certos comportamentos".

Em suma, aceitando-se que, «também em matéria de criminalização, o legislador não beneficia de uma margem de liberdade irrestrita e absoluta, devendo manter-se dentro das balizas que lhe são traçadas pela Constituição», o certo é que, «no controlo do respeito pelo legislador dessa ampla margem de liberdade de conformação, com fundamento em violação do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional só deve proceder à censura das opções legislativas manifestamente arbitrárias ou excessivas» (assim, o citado acórdão nº 99/02, na linha de uma firme orientação jurisprudencial).

Retomando o caso vertente, é necessário ter em conta que a punição da maternidade de substituição gratuita está longe de ser consensual no panorama do direito comparado.

É verdade que na generalidade dos países ela é proibida, seja por força de disposição legal expressa, como sucede em Espanha (artigo 10.º, n.º 1, da *Ley 14/2006*), na Itália (artigo 4.º, n.º 3, da *Legge de 19 febbraio 2004, n. 40*), ou na Alemanha (§ 1 (1) 7 da *Embryonschutzgesetz*), seja por meio das cláusulas gerais de nulidade dos negócios contrários aos "bons costumes" ou à "ordem pública".

Há, contudo, países no contexto da cultura jurídica ocidental como a Grécia e o Reino Unido, o Canadá, e alguns Estados federados dos Estados Unidos da América, que a autorizam legalmente (veja-se VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, 2005, págs. 101-108). É nesta linha que há quem entre nós chegue a admitir, de *iure condendo*, a possibilidade da maternidade de substituição gratuita (assim JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, *Procriação assistida: questões jurídicas*, *in* «Colectânea de Jurisprudência», Ano XVIII, 1993, Tomo IV, pág. 13; TIAGO DUARTE, *in «Vitro Veritas-» A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, citado, pág. 90, e, ainda, VERA LÚCIA RAPOSO, *idem*, págs. 128-129).

O legislador nacional não seguiu esta última posição, tendo antes adoptado, no referido artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, o critério mais generalizado da proibição da maternidade de substituição, ainda que gratuita, procurando assim proteger o superior interesse da criança e prevenir os conflitos que possam pôr em causa a paz familiar.

Apesar disso, dentro da sua margem de livre escolha dos melhores meios para dar tutela aos bens jurídicos envolvidos, o legislador entendeu que poderia abdicar da protecção penal. Terá partido do pressuposto de que, para tais situações, serão suficientes os meios civis relativos à nulidade do negócio e à determinação do vínculo de maternidade.

Ora é necessário ter em conta que a maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de um «preço», como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosa.

Parece claro que esta matéria se situa ainda dentro da margem de livre deliberação legislativa. O legislador pode legitimamente optar por não criminalizar condutas que embora tenham resultados indesejáveis do ponto de vista social, se situam em contextos pessoais e emocionais de tal forma complexos que se torna difícil formular um juízo global de censura, nos termos em que tal juízo vai pressuposto em toda a sanção penal.

Nem é possível concluir, como fazem os requerentes, que o legislador tenha sido permissivo em matéria de maternidade de substituição. De facto, como já se anotou, a lei, além de declarar nulos todos os negócios jurídicos que tenham por objecto a maternidade de substituição, incluindo os negócios gratuitos (artigo 8º, n.º 1), estabelece, no n.º 3, um regime civil de determinação da maternidade que é totalmente incompatível com essa prática e elimina qualquer efeito prático que, apesar da proibição legal, pudesse resultar do contrato de substituição.

Em face do exposto, conclui-se que a opção seguida pelo legislador, de não criminalizar, de forma autónoma, a maternidade de substituição gratuita, não merece censura constitucional.

III – Decisão

Pelos fundamentos expostos, decidem, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

a) não declarar a inconstitucionalidade formal da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, por violação do artigo 115º da Constituição;

b) não tomar conhecimento do pedido de fiscalização da legalidade da Lei n.º 32/2006, com fundamento na violação dos artigos 166.º e 167.º do Regimento da Assembleia da República;

c) não tomar conhecimento do pedido de fiscalização da legalidade da Lei n.º 32/2006, com fundamento na violação de normas de direito internacional convencional;

d) não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 4.º, n.º 2, 6.º, 7.º, n.º 3, conjugado com o artigo 30.º, n.º 2, alínea q), 9.º, n.ºs 2 a 5, conjugado com o artigo 30.º, n.º 2, alíneas e) e g), 10.º, 15.º, n.ºs 1 a 4, 19.º, n.º 1, 20.º, 21.º, 24º, 25º, 27.º, 28.º, 29.º, 36.º e 39.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Lisboa, 3 de Março de 2009

Carlos Fernandes Cadilha

Gil Galvão

João Cura Mariano

Vítor Gomes

José Borges Soeiro

Ana Maria Guerra Martins

Joaquim de Sousa Ribeiro

Mário José de Araújo Torres

Maria João Antunes (com declaração)

Carlos Pamplona de Oliveira (com declaração)

Maria Lúcia Amaral (vencida, em parte, conforme declaração de voto junta)

Benjamim Rodrigues (vencido, em parte, nos termos da declaração anexa)

Rui Manuel Moura Ramos

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei no sentido de não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que são enumerados na alínea *d)* da Decisão, sem prejuízo de não acompanhar, na totalidade, a fundamentação relativa aos artigos 7.º, n.º 3, conjugado com o artigo 30.º, n.º 2, alínea *q)* – recurso à procriação medicamente assistida para tratamento de doença grave de terceiro –, 9.º, n.ºs 2 a 5, conjugado com o artigo 30.º, n.º 2, alíneas *e)* e *g)* – investigação com recurso a embriões – 24.º e 25.º, – não criação de embriões excedentários – e 28.º e 29.º – diagnóstico genético pré-implantação. Concretamente, não acompanho a parte da fundamentação que apela ao "princípio da dignidade da pessoa humana, no ponto em que o embrião, ainda que não implantado, é susceptível de potenciar a existência de uma vida humana"; à "potencial dignidade humana" dos "embriões que possam ser utilizados em investigação científica"; ao "princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em consideração que se trata de embriões não implantados no útero materno a que se não pode atribuir um grau de protecção correspondente à tutela da vida humana ou da vida intra-uterina"; e à "dignidade da pessoa humana".

As normas daqueles artigos pressupõem embriões não implantados no útero (ainda não implantados ou já não implantáveis), que existem enquanto resultado de uma técnica que a Constituição prevê expressamente (alínea *e)* do n.º 2 do artigo 67.º), utilizada em caso de infertilidade, para tratamento de doença grave e para eliminação do risco de transmissão de doença de origem genética, infecciosa ou outras (artigo 4.º da Lei n.º 32/2006), ou seja, em situações constitucionalmente admissíveis (artigos 26.º, nº. 1, 36.º, n.º 1, e 64.º, n.º 1, da Constituição). Ao que acresce, no caso específico da investigação em embriões excedentários, a prossecução de interesses tutelados nos artigos 42.º, n.º 1, e 64.º, n.º 1, da Constituição.

Tanto basta para formular um juízo de não inconstitucionalidade, sem me desviar do entendimento constante da alínea a) do ponto 5. da Fundamentação.

Maria João Antunes

DECLARAÇÃO DE VOTO

A minha divergência resume-se à interpretação do pedido no que respeita à não punição penal da celebração de contratos de maternidade de substituição a título gratuito.

Os requerentes sustentam que o artigo 39.º da Lei n.º 32/2006 apenas sanciona a maternidade de substituição a título oneroso, nada estatuindo acerca dos negócios gratuitos; essa falta de sanção revela, em seu entender, «permissividade relativamente ao negócio da maternidade de substituição, representa um risco para a dignidade e outros direitos do ser humano e constitui fraude à lei, por ir contra o estabelecido no artigo 8.º do mesmo diploma, colidindo assim com as disposições dos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição e todas as disposições da Convenção de Oviedo».

Prevaleceu, no Acórdão, o entendimento de que não estava em causa a falta de uma medida legislativa destinada a dar exequibilidade a uma norma constitucional, mas antes a questão da inconstitucionalidade material do aludido artigo 39.º da Lei n.º 32/2006 decorrente da circunstância de, ao cumprir o dever de legislar em matéria de procriação medicamente assistida imposto pelo artigo 67º, n.º 2, alínea *e*), da Constituição, o legislador não ter

respeitado certos princípios constitucionais ao excluir a punição da maternidade por substituição gratuita.

Ora, salvo o devido respeito, entendo que a crítica que os requerentes formulam não se dirige à norma do artigo 39.º, mas à circunstância de o diploma não conter uma norma penal de igual conteúdo que puna uma outra conduta-tipo, a maternidade de substituição a título gratuito. Na verdade, nenhuma acusação é formulada quanto à norma do aludido artigo 39º; pelo contrário, o que se diz é que a censura penal deveria estender-se *também* aos casos de maternidade de substituição a título gratuito, sem o que ficariam violados os «artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Constituição». O que isto significa é que os requerentes entendem que a Constituição impõe ao legislador, nos invocados preceitos, o dever de, ao legislar em matéria de procriação medicamente assistida, estabelecer uma punição de carácter penal da maternidade por substituição gratuita, dever que aqui não foi cumprido.

Interpreto, portanto, o pedido no sentido da invocação de omissão de medida legislativa de natureza penal destinada a dar exequibilidade às aludidas normas constitucionais.

Aliás, embora declarando arrancar de uma interpretação do pedido traduzida na invocação da inconstitucionalidade material da norma do artigo 39.º da Lei n.º 32/2006, o Acórdão passou imediatamente a analisar a questão do ponto de vista de uma omissão legislativa constitucionalmente intolerável, contrapondo a reafirmação da inexistência de imposições jurídico constitucionais implícitas de criminalização, apoiando-se na jurisprudência do Tribunal, que cita, quanto à não obrigatoriedade constitucional da tutela penal sempre que esteja em causa um bem jurídico constitucionalmente protegido.

Entendo, em suma, que – diversamente do que no Acórdão se afirma – o pedido se fundamenta, nesta parte, na denúncia de uma inconstitucionalidade por omissão.

A relevância desta distinção reside na circunstância de a Constituição reservar, no seu artigo 283º, ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça e aos presidentes das assembleia legislativas das Regiões Autónomas o poder de requererem ao Tribunal Constitucional a apreciação e verificação da inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o que permite concluir que os requerentes não podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação dessa omissão legislativa.

Ora, embora não discorde da decisão quanto a este ponto, votei, todavia, no sentido de o Tribunal não tomar conhecimento desta matéria, com o exposto fundamento.

Carlos Pamplona de Oliveira

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Dissenti da orientação seguida, por larga maioria, pelo Tribunal quanto a três pontos fundamentais. Primeiro, quanto ao conteúdo que se entendeu dever conferir ao princípio da *salvaguarda da dignidade da pessoa humana,* a que se refere a alínea e) do nº 2 do artigo 67º da Constituição; depois, quanto à interpretação que se fez do âmbito de protecção da norma contida no nº 1 do seu artigo 24º; finalmente, quanto ao juízo, a que se chegou, de não inconstitucionalidade das normas da Lei nº 32/2006 respeitantes à *investigação com recurso a embriões* (nºs 2 a 5 do artigo 9º).

2. A emissão, por parte do legislador ordinário, de um regime disciplinador das técnicas de procriação medicamente assistida corresponde ao cumprimento da imposição constitucional de regulação que decorre do artigo 67º, nº 2, alínea e) da Constituição. Como se diz no Acórdão, desta *ordem de regulação* decorrem duas consequências essenciais. Antes do

mais, com ela, a Constituição resolveu desde logo o problema genérico da admissibilidade, face aos seus parâmetros, das técnicas (ou da específica regulação legislativa das técnicas) de PMA; mas, para além disso, deixou claro o legislador constituinte que assim se não «reconhec[ia] um direito a toda e qualquer procriação possível segundo o estado actual da técnica, excluindo, à partida, as formas de procriação assistida lesivas da dignidade da pessoa humana». A determinação do que seja a «lesão da dignidade da pessoa humana» aparece assim como um elemento integrante da correcta compreensão da ordem constitucional de regulação. Posto que tal ordem foi dada tendo em conta a imposição de um *vínculo* específico ao legislador, a delimitação do seu âmbito (e, logo, em sentido inverso, a delimitação do âmbito do livre espaço de conformação legislativa) não pode ser feita se se não atribuir um certo sentido substancial – por mínimo que seja – à expressão *salvaguarda da dignidade* (…) *humana.* Porém, e a meu ver, a argumentação do Tribunal foi construída a partir da ausência (e não da *necessária presença)* deste sentido substancial.

Com efeito, disse-se a este respeito, apenas, que a dignidade da pessoa humana, enquanto «base» da República e, portanto, enquanto critério de legitimidade do poder político (artigo 1º da CRP), detinha uma «dimensão objectiva», não podendo por isso fundamentar ela própria posições jurídicas subjectivas; e que, assim sendo, valeria enquanto instrumento útil para a concretização e delimitação do conteúdo de direitos fundamentais, conferindo ao «sistema» da Parte I da Constituição unidade de sentido, de valor e de concordância prática. Determinou-se portanto o *alcance prescritivo do princípio,* nada se dizendo, porém, quanto ao conteúdo da própria prescrição.

É compreensível que se seja prudente e parcimonioso quanto à densificação do conteúdo de um princípio que, como este, tem em si implicada uma fortíssima carga axiológica (porventura, e daí o seu alcance fundante, a mais forte carga axiológica no sistema dos princípios constitucionais); mas uma coisa é o ser-se prudente e outra o ser-se silente. Entendo que, ao optar pelo silêncio – e ao fazê-lo num domínio em que a Constituição, pela sua própria redacção literal, lhe exigia outro caminho – o Tribunal teceu uma argumentação que deixou na penumbra a resolução de duas questões essenciais.

Primeira, a questão de saber *de que modo* pode a dignidade da pessoa humana ser «utilizada» na concretização e delimitação do conteúdo de direitos fundamentais. A regulação legislativa das técnicas de PMA atinge direitos – convocados ao longo de todo o *iter* argumentativo do Acórdão – que precisam de ser entre si sopesados e ponderados. Admitindo que o sentido da ordem de regulação contida no artigo 67º da Constituição se esgotava nisso mesmo – em conferir ao princípio [da [dignidade] o alcance de instrumento interpretativo auxiliar da ponderação a fazer entre *outros* direitos ou princípios – a verdade é que ainda assim o princípio só se tornaria operativo se se soubesse *de que modo* poderia ele contribuir para a «concretização» e «delimitação» do conteúdo de outras normas jusfundamentais. Perante o silêncio do Tribunal quanto a um qualquer sentido substancial que lhe pudesse vir a ser atribuído, esta questão do «modo» ficou por resolver, com prejuízo, em meu entendimento, da clareza dos métodos de interpretação e de ponderação usados no juízo colectivo.

Mas, para além de não ter ficado esclarecido que contornos objectivos deteria o princípio, ficou ainda por esclarecer qual o exacto *âmbito da sua aplicação subjectiva.* A certo passo diz o Acórdão que a «salvaguarda da dignidade da pessoa humana» se refere, com o alcance prescritivo que lhe fora conferido, às *pessoas* intervenientes nos processos de PMA, bem como às *pessoas* nascidas na sequência da aplicação das correspondentes técnicas. Mas noutros passos parece ter-se tido em conta, igualmente, a «dignidade» do embrião, invocando-se ela como elemento de ponderação face a outros direitos mobilizáveis para o caso. A invocação seria a meu ver compreensível se se tivesse pelo menos referido a mais

antiga e consensual definição de «dignidade» – a decorrente da chamada «fórmula do objecto» de Dürig, aliás já referida pelo Tribunal noutros casos, e que se confunde, em resumo necessariamente grosseiro, com a proibição de *instrumentalização* de matriz kantiana. No entanto, e como nada se disse nesse sentido, ficou por esclarecer se, por que motivo e com que alcance, estaria o embrião (para além das pessoas) também incluído no *âmbito de aplicação subjectiva* da cláusula da «dignidade».

A isto acresce, nas razões da minha dissensão, tudo quanto o Tribunal disse a respeito do âmbito de protecção da norma contida no nº 1 do artigo 24º da CRP.

3. É mais que sabido, e sobre o assunto me não vou alongar, que as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais não têm apenas dimensões subjectivas. Não se limitam à previsão de estruturas subjectivas que integrem *direitos* susceptíveis de ser invocados pelos seus titulares perante o Estado ou perante a comunidade; para além disso, exprimem elas a decisão constituinte de proteger *objectivamente* certos bens jurídicos enquanto componentes estruturais básicas de toda a ordem infraconstitucional, de tal modo que, perante tais bens – *e ainda que não exista uma pretensão subjectiva da parte de quem quer que seja* – esteja obrigado o legislador ordinário a *certos* deveres de protecção. Se assim é quanto a quaisquer normas jusfundamentais, também o é quanto à norma contida no nº 1 do artigo 24º: o *conceito constitucional de vida* que aí se alberga não tem que ser recortado em função da existência incontestada de um qualquer radical subjectivo que lhe sirva de suporte.

Apesar de reconhecer que o embrião, ainda que não implantado, é susceptível de potenciar a existência de uma vida humana, entendeu o Tribunal que em relação a ele se não poderia aplicar a garantia da protecção da vida humana, enquanto bem juridicamente protegido, precisamente por se tratar de uma «existência» ainda não implantada. Significa isto que o Tribunal definiu o *conceito constitucional de vida* – esse mesmo que, como vimos, tem antes do mais uma implicação *objectiva* – da seguinte forma restritiva: a fronteira que separa a vida e a não-vida (e, consequentemente, a fronteira que separa o «território» em que deve existir alguma protecção dada pelo Estado e pelo Direito do «território» da desprotecção) é a diferente localização, intra ou extra-uterina, do embrião.

Divergi deste entendimento. Reconheço sem esforço, e sem por isso conceder razão a indemonstradas teorias dos valores, que entre «vida potencial» e «vida actual» existe uma inquestionável gradação *valorativa;* mas tal não justifica que a vida potencial extra-uterina seja tida, para efeitos da determinação do correspondente conceito constitucional e do âmbito objectivo de protecção da norma contida no artigo 24º da Constituição, como *algo* que se situa aquém da protecção, constitucionalmente fundada e por isso mesmo *devida,* do Estado e do Direito. Antes do mais, porque uma tal concepção restringe sem qualquer fundamento as possibilidades conformadoras do Bio-Direito, ou Direito da Bio-ética, como também é chamado.

Com efeito, se se entende que tudo o que se passa entre a criação do embrião e a sua implantação no útero é *constitucionalmente irrelevante* – pois se não tem arrimo na protecção objectiva do bem jurídico vida, em que outro lugar do sistema constitucional pode o processo ganhar relevância- –, então, entender-se-á também que as decisões centrais relativas ao surgimento da vida, e à resolução dos conflitos de interesses que delas possam emergir, deverão ser reguladas *apenas, e livremente,* pelo legislador ordinário que, num espaço vazio de constitucionalidade, não contará com mais nada para além de si próprio para poder acompanhar e ordenar a ciência e a técnica. Como a regulação de tais decisões, e a resolução dos conflitos que delas possam emergir, são temas que se inscrevem num dos núcleos centrais da «preocupações» do Direito da Bio-ética, a definição dada pelo Tribunal ao *conceito constitucional de vida* acaba por limitar as possibilidades conformadoras deste ramo do

Direito, que se vê privado, neste ponto e sem qualquer fundamento, do arrimo conferido pelo Direito Constitucional.

É a nossa auto-representação enquanto espécie que, na Bio-ética, está em jogo. Entendeu o Tribunal que fora dela (fora dessa autorepresentação) podia ficar o embrião não implantado. Não consegui entender por quê, e não consegui dar-lhe razão.

4. Divergi, finalmente, do juízo a que o Tribunal chegou quanto às normas contidas no artigo 9º, nºs 2 a 5, da Lei nº 32/2006, relativas à *investigação com recurso a embriões.*

Diz o nº 1 do referido artigo – em réplica, aliás, do que determina o nº 2 do artigo 18º da Convenção de Oviedo – que «[é] proibida a criação de embriões através de PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.»

Para quem entenda que todos os embriões (incluindo os não implantados) são objecto da protecção conferida pelo nº 1 do artigo 24º da CRP, por não poderem situar-se fora do *conceito constitucional de vida,* o dito do nº 1 do artigo 9º da Lei não corresponde (não *pode* corresponder) a uma escolha livre do legislador. E assim é não apenas por se encontrar o Estado português vinculado a uma obrigação internacional, assumida convencionalmente; assim é antes do mais por imperativo constitucional, que obriga o Estado, desde logo através do legislador, a proteger o bem «vida» de uma *instrumentalização* que o degrade à *condição de objecto, de mero meio para a obtenção de um fim ou de medida substituível.* Que o «fim» seja a liberdade de investigação científica (artigo 42º da CRP), ou a realização do direito à saúde (artigo 64º) não justifica, por si só, a utilização de quaisquer meios. A «dignidade» a que se refere o artigo 67º, nº 2, alínea e) da Constituição ostenta aqui o seu verdadeiro âmbito subjectivo de aplicação: as técnicas de PMA não devem ser usadas para a criação de embriões com o intuito deliberado de os submeter a projectos de investigação científica porque tal implicaria uma «instrumentalização» contrária ao disposto nos artigos 24º, nº 1; 67º, nº 2, alínea e) e 1º da Constituição.

Assim sendo, impõe-se averiguar se o *sistema* decorrente da Lei nº 32/2006 cumpre, de modo suficiente, esta proibição constitucional. Por outras palavras, impõe-se saber se, desse sistema, resulta para o embrião uma protecção adequada face à sua possível, ou eventual, criação para fins de investigação.

Ora, o sistema legal é aqui percorrido por duas decisões fundamentais, que, como o Acórdão reconhece, não são comuns em direito comparado.

A primeira é a que resulta do artigo 24º da Lei. Aqui, e como refere o Acórdão, não se seguiu o critério, frequente noutras ordens jurídicas, do limite numérico para a determinação do número de embriões a criar na fertilização *in vitro.* O que a lei diz, neste domínio, é que «apenas deve haver lugar para a criação de embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica». Não se discute o acerto da escolha portuguesa neste ponto. Certo é que, ao abandonar-se a técnica comum em direito comparado (a das indicações numéricas), e ao substituir-se tal técnica por uma cláusula geral, preenchida pelas boas práticas clínicas (número considerado necessário para o êxito do processo), se abre legitimamente espaço para a indagação da protecção que a lei confere aos chamados embriões excedentários, supra-numerários ou que não tiverem que ser transferidos para o útero materno. Diz o nº 1 do do artigo 25º que o seu destino é a criopreservação. Mas são justamente estes os embriões que, quando «não tiverem a possibilidade de ser envolvidos num projecto parental» (artigo 25º, nº 5) poderão ser utilizados para fins de investigação científica (para além dos que sejam «inviáveis», nos termos e pelas razões previstas nas alíneas b) e c) do nº 4 do artigo 9º).

A solução contida no artigo 24º da lei proporciona, pois, uma natural indagação quanto ao destino dos embriões não-transferidos. E proporciona-a, exactamente, nos termos seguintes.

Sabendo-se que a solução legal comportará, naturalmente, um *risco de acréscimo* de embriões excedentários – e, consequentemente, um *igual risco de acréscimo* daqueles embriões que, não tendo a possibilidade de ser envolvidos num projecto parental, poderão ser utilizados em projectos de investigação científica –, natural seria que o legislador assumisse tal risco, transportando-o para um maior estreitamente do regime da admissibilidade de projectos de experimentação e de investigação. Maior, pelo menos, em relação aos *paradigmas dominantes* noutras ordens jurídicas, próximas da nossa. No entanto, a verdade é que não foi isso que sucedeu. Basta comparar, por exemplo, o artigo 9º da Lei nº 32/2006 com o artigo 15º da Lei espanhola, ou com o artigo L-1215-5 do *Code de Santé Publique* francês (para não falar, ainda a título de exemplo, das leis alemã, italiana ou norueguesa), para assim concluir. Não vou entrar na descrição de cada um destes regimes. O que me parece certo é que o regime português se destaca por, ao contrário dos outros, *conter apenas um limite substancial aos projectos de investigação sobre embriões* – para além de limites procedimentais, como o consentimento informado dos potenciais pais e a apreciação e decisão por parte do Conselho Nacional de Procriação medicamente assistida. O limite substancial é o que vem referido no nº 3 do artigo 9º da Lei: que «seja razoável esperar que daí [do projecto] possa resultar benefício para a humanidade».

A questão que se coloca é portanto a de saber se um sistema legislativo que, quanto às questões que acabámos de analisar, repousa estruturalmente sobre *duas cláusulas gerais* –, a saber*:* (i) criar-se-ão tantos embriões quanto os necessários para o êxito do processo; (ii) serão admissíveis os projectos de experimentação sobre embriões, desde que seja razoável esperar que deles resulte benefício para a humanidade – confere aos embriões a protecção adequada (e constitucionalmente imposta) contra uma *instrumentalização para fins de experimentação.* É negativa a minha convicção final, e por isso, também aqui, dissenti da decisão maioritária.

Maria Lúcia Amaral

DECLARAÇÃO DE VOTO

1 – Acompanho, como declaração de voto, as considerações tecidas pela Conselheira Lúcia do Amaral, no tocante ao conteúdo que o acórdão entendeu dever conferir ao princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, bem como à interpretação nele feita relativamente ao âmbito de protecção da norma contida no n.º 1 do art.º 24.º da Constituição.

2 – Votei vencido, quanto à norma constante dos art.ºs 9.º, n.º 4, alínea *a)*, e 25.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006, na parte em que permite a investigação científica em embriões criopreservados, decorridos que sejam três anos e que não tenham a possibilidade de ser envolvidos num projecto parental, por não se mostrarem fixadas as estreitas condições objectivas segundo as quais esta possibilidade deva ser avaliada, louvando-me nas considerações feitas pela Conselheira Lúcia do Amaral a propósito do destino dos embriões.

3 – Votei vencido quanto às normas contidas no art.º 15.º, n.ºs 1 a 4, conjugadas com as normas constantes do art.º 10.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 32/2006, na parte em que condicionam a obtenção de conhecimento, pela pessoa nascida através de PMA, da identidade do dador à instauração de processo judicial e à existência de razões ponderosas para a quebra do regime de confidencialidade.

O legislador optou pelo regime-regra de anonimato do dador de espermatozóides, ovócitos e embriões, mesmo em relação à pessoa nascida através de PMA, construindo, depois, todo um sistema gradativo de excepções a essa regra.

O acórdão não vê nessa opção qualquer violação de normas ou princípios constitucionais, com base, em síntese, no entendimento de que, na ponderação dos direitos e valores constitucionais que estão em confronto, "não parece que deva considerar-se 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".

Estamos com o acórdão quando afirma que, abonando-se em doutrina que cita, poderá dizer-se que o direito à identidade pessoal "possui, até certo ponto, um conteúdo heterogéneo", abrangendo "diferentes tipos de faculdades, e o seu domínio de protecção não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa".

Só que a heterogeneidade de conteúdo normativo e a possibilidade de diferenciação da intensidade da tutela constitucional não são ponderações que funcionem, apenas, em relação ao direito à identidade pessoal e ao direito ao desenvolvimento da personalidade da pessoa nascida através de PMA, heteróloga, mas também relativamente aos demais direitos e valores fundamentais convocáveis para definir a situação jurídico-constitucional dos outros intervenientes da PMA, como sejam o direito à intimidade da vida privada e o direito de constituir e viver em família, em paz.

Sendo assim, a questão que se põe é, desde logo, a de saber quais são os concretos conteúdos normativos dos direitos fundamentais que se apresentam como estando em rota de colisão e qual a intensidade com que cada um deles se apresenta (cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª edição, p. 316), devendo-se ter, porém, em conta que, independentemente de o radical axiológico de tais direitos fundamentais ser o princípio da dignidade humana, a regulamentação da procriação medicamente assistida tem de ser efectuada "em termos que salvaguardem directamente a dignidade da pessoa humana", por tal ser exigido, expressamente, ao legislador, pelo art.º 67.º, n.º 4, da Constituição.

Protegendo a situação da pessoa nascida mediante PMA surgem os direitos fundamentais à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no n.º 1, e ainda, numa sua certa significação, a garantia de identidade genética, esta prevista no n.º 3, ambos os números do art.º 26.º da Constituição.

O direito à identidade pessoal é o direito a "tudo aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal" (cf. Jorge de Miranda-Rui de Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, p. 284).

Nesta medida, a identidade pessoal não pode deixar de envolver o conhecimento da história natural dos seus vínculos biológicos, a história das relações vivenciadas com as outras pessoas, as relações consigo próprio e com a natureza.

Porém, no conjunto de faculdades deste direito não pode deixar de relevar-se como correspondendo a um conteúdo imediatamente carecente de tutela a história dos seus vínculos biológicos.

Decerto que a protecção da identidade não se esgota nela, mas, enquanto elemento de *primeira base racional* na formação da identidade pessoal, ela integra, sem dúvida, um

conteúdo principal do direito, tanto mais importante quanto a pessoa for adquirindo capacidade racional de se interrogar quanto às suas origens.

Daí que o direito ao conhecimento da maternidade ou paternidade biológicas, para além da legalmente estabelecida, se inclua naquele direito à identidade pessoal.

O direito ao desenvolvimento da personalidade, para além de demandar uma tutela abrangente da personalidade, com um vasto leque de faculdades constituintes de variados direitos fundamentais, inclui, prevalentemente, na nossa Constituição, um direito à formação da própria personalidade.

Ora, se existe aspecto estrutural da formação da personalidade é o conhecimento da sua origem natural humana. O *direito à verdade* constitui algo que está inscrito na dimensão própria da natureza humana.

Está, pois, em causa, relativamente ao nascido de PMA, um conteúdo principal ou estrutural do direito ao desenvolvimento da personalidade.

Dir-se-á que esse direito também tutela a posição dos beneficiários da doação de espermatozóides, ovócitos ou embriões e do próprio doador.

Quanto aos primeiros, porque permitirá realizar os seus projectos de ter filhos e de assim ter uma família nuclearmente formada.

Quanto ao segundo, porque permitirá satisfazer o seu espírito de solidariedade e da sua continuação genética.

Ora, se não existem dúvidas que a Constituição reconhece o direito de ter filhos a quem os pode gerar (art.º 68.º), não vemos que ela reconheça qualquer direito fundamental a quem só os possa obter através da doação de terceiros, dado que não se trata de uma prestação que o Estado possa reclamar de terceiros ou satisfazer directamente.

Por outro lado, se é certo que a realização dos projectos a ter filhos cabe nas faculdades inseridas no direito ao desenvolvimento da personalidade, não pode desconhecer-se que esse direito se realiza mediante a geração de uma pessoa e que é intolerável que a protecção dos direitos da pessoa nascida esteja avassalada aos direitos de quem decidiu que ela havia de nascer, privando-a de um conhecimento essencial de verdade do seu ser.

Depois, não vemos como é que a regra do anonimato do dador se impõe como um bem necessário à salvaguarda da paz familiar. Dependendo o recurso à procriação heteróloga do consentimento esclarecido dos beneficiários dela, incluindo do cônjuge ou de quem viva em condições análogas, detêm eles toda a informação relativa à doação. Consequentemente, será irrelevante, para a paz entre eles, o conhecimento da identidade do dador.

Também aqui o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade dos beneficiários da doação tem um conteúdo menos extenso e, principalmente, menos intensamente demandante de tutela.

No que respeita ao doador, a dimensão do direito ao desenvolvimento da personalidade que se manifesta, na situação, é o direito à intimidade da esfera pessoal.

Estando, porém, aqui em causa uma faculdade *promocional* da procriação heteróloga, medicamente assistida, e mesmo admitindo que essa promoção possa ser vista como realizando um interesse público, não pode essa dimensão promocional do direito fazer ceder outros direitos em que o que está em causa é o conteúdo principal.

De resto, o filantropismo apenas merece protecção na medida em que corresponda ainda à realização de um interesse público. E quanto à pretensão de continuidade genética, não se vê que ela tenha de merecer tutela constitucional.

Assim, não constituindo o objecto de protecção um comportamento cujos efeitos se esgotem dentro da esfera da pessoa do doador, antes se traduzindo e manifestando na geração de outra pessoa, com direitos autónomos, conclui-se que esse direito não deve poder restringir os direitos já referidos dessa outra pessoa.

Ponderando globalmente todos estes factores, como é exigido pelo juízo decidente de um conflito entre direitos fundamentais, tenho para mim que o legislador só poderia construir um sistema que arrancasse da regra do não anonimato do doador.

As contracções feitas pelo legislador ao conhecimento do doador, por banda da pessoa nascida com recurso à procriação heteróloga, medicamente assistida, ultrapassam o limite de uma harmonização entre os vários direitos que estão em conflito, tendo uma natureza de restrição em relação ao direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade da pessoa que mais merecedora é de tutela constitucional – a pessoa nascida. E alcançam a natureza de uma restrição *funcional* em favor dos outros direitos em conflito, porque a desvelação da identidade do doador, apenas, é consentida quando o tribunal entenda haver razões ponderosas para quebrar o anonimato.

Ora, a exigência do recurso ao tribunal para efectivar o conteúdo essencial ou estrutural do direito fundamental da identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade da pessoa nascida de PMA, bem como de razões "ponderosas" para a concessão de tutela constitucional, são manifestamente desproporcionadas quando confrontadas com os conteúdos normativos dos direitos fundamentais dos outros intervenientes da PMA que estão em causa.

Assim sendo, não poderia o legislador adoptar a regra de concordância prática que seguiu.

Benjamim Rodrigues