

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 41 - 2024
Publicação Semestral
Edição Gratuita



Centro de
Direito Biomédico

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integrada no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UIDB/04643/2020)

Research area “Vulnerability and Law” / Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra, integrated in the Project “Social challenges, uncertainty and law” (UIDB/04643/2020)



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista (Morada da Redação)

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

3004-528 Coimbra

Telef. / Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | 3004-528 Coimbra

Lex Medicinæ

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 41 - janeiro/junho 2024

Publicação Semestral

Execução gráfica

Ana Paula Silva

NIPC 504 190 490

ISSN 1646-0359

N.º de Registo ERC 127770

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

Recensão

EL DERECHO CIVIL ANTE LOS NUEVOS RETOS PLANTEADOS POR LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Diogo Soares Oliveira

Mestrando em Ciências Jurídico-Civilísticas e Monitor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

As questões éticas suscitadas pelo progresso científico são uma realidade constante, com as reflexões coletivas da sociedade a acompanharem os avanços técnicos conseguidos no laboratório. Trata-se, afinal, de questionar até onde *devemos* ir perante a constatação empírica sobre até onde *conseguimos* ir. Para os juristas estas questões revestem um conteúdo prático especialmente relevante, na medida em que visam uma posterior regulamentação e a decisão de casos concretos guiados pelas diretrizes a que tais indagações coletivas, traduzidas numa perspetiva jurídica, nos venham a conduzir.

No caso particular das técnicas de procriação medicamente assistida o debate intensifica-se na medida em que se cruzam questões particularmente sensíveis, desde a nossa própria essência enquanto seres humanos às futuras relações entre pais e crianças ainda não nascidas, numa tentativa equilibrar os direitos de todos os envolvidos. Em causa estão, afinal, técnicas capazes de revolucionar certas limitações humanas, permitindo superar imposições biológicas que até à generalização do uso destas técnicas pareciam incontornáveis. Para além destas, teremos ainda reflexos sociais resultantes de uma reconfiguração de padrões reprodutivos a que o Direito não poderá ficar indiferente – seja na medida em que, podendo antecipá-los, poderá igualmente refletir sobre as hipotéticas soluções para cada caso, seja na medida em que, con-

frontado com a riqueza da realidade prática, se veja confrontado com problemas que inicialmente não tinham sido equacionados mas que, ainda assim, se apresentam hoje perante os tribunais.

Não surpreende, portanto, que esta temática continue atual na doutrina, com os novos enquadramentos legislativos sobre outras questões sociais a terem necessariamente implicações não só sobre a admissibilidade de recurso a estas técnicas como também sobre as relações de filiação decorrentes da aplicação das mesmas. É com a consciência desta realidade que os autores dos vários capítulos da obra *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, coordenada por Yolanda Bustos Moreno e Virginia Múrtula Lafuente, partem para a (re)análise de alguns dos problemas clássicos colocados pela Lei 14/2006, de 26 de maio sobre técnicas de reprodução humana assistida (doravante LTRHA), ora no confronto com diplomas posteriores igualmente em vigor no ordenamento espanhol, como a Lei 14/2007, de 3 de julho de investigação biomédica, ora com diplomas em vias de aprovação à data da redação de alguns dos artigos (e entretanto aprovados), como a Lei 4/2023, de 28 de fevereiro para a igualdade real e efetiva das pessoas trans e para a garantia dos direitos das pessoas LGBTI.

O primeiro capítulo, da autoria de Esther Algarra Prats, versa sobretudo sobre o principal

problema que subjaz ao conhecido caso Evans, decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em 2007: qual deverá ser o destino a dar aos embriões crioconservados em casos de desacordo do casal? Rejeitando a hipótese de uma ponderação dos direitos envolvidos para dar resposta a estes casos, a autora sustenta uma solução baseada na validade e na eficácia do consentimento de ambos os membros do casal, com o momento estabelecido pelos vários Estados enquanto limite temporal da livre revogabilidade do mesmo a assumir-se como determinante em caso de desacordo. No entanto, dada a diversidade de destinos possíveis previstos pela lei espanhola e o foco do referido caso sobre as opções de implantação ou destruição, a autora vai mais longe e explora a hipótese de encontrar uma solução mais abrangente no direito constituído – mais especificamente na própria LTRHA espanhola, em particular no art. 11.º, n.º 6.

Seguem-se as reflexões de Yolanda Bustos Moreno sobre o acesso de menores a técnicas de reprodução medicamente assistida, em particular nos casos em que a capacidade reprodutiva destes poderá ficar comprometida se lhes for negada a possibilidade de preservação da mesma ainda durante a menoridade, seja por motivos de doença ou outros. Com vista a sustentar a sua posição, claramente favorável a tal acesso, a autora analisa outros diplomas legais em vigor no ordenamento espanhol, para além da LTRHA, passando quer por legislação interna quer por diplomas de direito internacional, onde subjaz a admissibilidade de acesso de menores de idade a técnicas de preservação da fertilidade, encaradas como benéficas para o bem estar destes e como garantísticas de direitos mais vastos – vejam-se, a título de exemplos, o caso do direito à saúde, o respeito pela dignidade humana, o direito à plena realização pessoal e o direito a

gozar dos benefícios do progresso científico.

Já Manuel Ángel de las Heras García debruça-se sobre a estranha contraditoriedade que se vive na União Europeia a respeito do regime da doação de gâmetas. De facto, adotando uma postura crítica sobre a utilização do termo “doação”, o autor chama a atenção para uma incongruente regulação de um sistema que se pretende altruísta e gratuito mas que simultaneamente permite compensações de valor elevado que, no caso masculino, levam a que os interesses financeiros sejam o elemento verdadeiramente determinante da doação. Simultaneamente, ressaltando o facto de a auto inseminação artificial não ser considerada uma técnica de PMA por muitos países, o autor reflete sobre o mercado paralelo de gâmetas que subsiste no mundo digital, mesmo em Estados Membros da UE que proíbem esta mercantilização. Esta realidade, por sua vez, leva à existência da prática de “inseminações caseiras”, tidas por inevitáveis mesmo por organizações internacionais que já se pronunciaram sobre estas matérias a propósito da condenação de um mercado internacional desta natureza. Conclui, portanto, com um apelo para uma regulação realista que tenha em consideração a diversidade de posições dos vários países a este respeito e a facilidade de ultrapassar eventuais barreiras legislativas através de encomendas online.

O encadeamento prossegue com questões de cariz processual. Afinal, num sistema que continua a partir da verdade biológica como regra das ações de filiação, como abordar processualmente os casos onde na base da relação estabelecida (ou a estabelecer) está um procedimento de procriação medicamente assistida? Eis a interrogação que pauta a investigação de Ana Díaz Martínez, com especial consideração sobre os casos de dupla maternidade. Se é certo que para o estabelecimento da mater-

nidade da segunda mãe não gestante continuavam a subsistir na lei certos requisitos formais, a verdade é que a jurisprudência, quando confrontada com casos em que os mesmos não eram integralmente cumpridos, já se vinha a orientar no sentido de uma valorização de outros aspetos da relação com a criança – como é o caso da existência ou não de posse de estado como elemento determinante. Para a autora deveria ser o consentimento, reportado a um procedimento de procriação medicamente assistida específico e concreto, a determinar o estabelecimento ou impugnação da filiação nestes casos. Cabe no entanto ressalva, conforme ressaltado pela própria autora, que algumas das considerações tecidas deverão ser reanalisadas à luz da Lei 4/2023, de 28 de fevereiro para a igualdade real e efetiva das pessoas trans e para a garantia dos direitos das pessoas LGBTI, a qual ainda se encontrava em discussão à data da conclusão do artigo e que acabaria por implementar no ordenamento jurídico espanhol diversas alterações de relevo para as matérias tratadas.

Pedro J. Femenía López, por sua vez, analisa um dos clássicos problemas suscitados pelo recurso à procriação medicamente assistida, mais precisamente nos casos de fecundação heteróloga: até onde poderá ir o direito dos nascidos através destas técnicas na investigação das suas origens genéticas? O autor começa por um breve enquadramento da questão no plano internacional, analisando as várias respostas que têm sido dadas por vários países europeus e a tendência que se faz sentir para uma progressiva atenuação do anonimato assegurado aos dadores de gâmetas. Segue-se uma análise concreta à possibilidade de se vir a restringir, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, o direito à intimidade pessoal e familiar quer do dador quer dos pais que recorreram à PMA, em

nome do direito a conhecer as origens biológicas do filho assim nascido. O autor conclui pela admissibilidade das mesmas, devendo, no entanto, dar-se preferência a soluções que permitam conciliar de forma mais harmoniosa os interesses em jogo – solicitando, por exemplo, o consentimento dos dadores para que se possam revelar mais aspetos da sua identidade.

Segue-se um estudo de Juan Antonio Moreno Martínez sobre o conflito que poderá surgir entre os titulares de dados genéticos, que terão em princípio direito ao sigilo assegurado quer por diplomas como o Regulamento Geral de Proteção de Dados quer por imposições das *leges artis* médicas, e interesses legítimos de terceiros, que poderão ter a vida e integridade física comprometidas se o sigilo prevalecer. A somar a estas observações o autor atenta ainda nas vantagens e desvantagens do recurso a novas tecnologias como a inteligência artificial e *Big Data*, de extrema importância para melhores diagnósticos, identificação e prevenção de doenças, e tece algumas considerações sobre a aplicação das mesmas na medicina reprodutiva, analisando o enquadramento jurídico espanhol a respeito das exceções ao anonimato do dador nos casos em que haja perigo para a vida ou saúde do filho.

O penúltimo capítulo coloca em causa a atualidade de algumas das tradicionais formas de estabelecimento da filiação – continuarão adequadas às novas realidades sociais? Deverá o parto levar ao registo da maternidade quando o gestante é legalmente um homem? Poderá a presunção *pater is est* estabelecer a maternidade de uma segunda mãe não gestante? Como resolver a situação legal das crianças geradas através de uma gestação de substituição num país onde a mesma é admitida mas cujos pais residem num outro onde a prática está vedada? Eis as principais questões analisadas por M.

Susana Quicios Molina, que apela a uma reanálise da disciplina legislativa atual com vista a acolher respostas para as mesmas.

A obra termina com o desenvolvimento da última interrogação suscitada pela autora do penúltimo capítulo: como deverá Espanha dar resposta aos casos de estabelecimento da filiação dos nascidos com recurso a contratos de gestação de substituição? De facto, como Virgínia Múrtula Lafuente começa por reconhecer, parece existir uma unanimidade no país vizinho a respeito desta prática – desde setores católicos mais conservadores a movimentos feministas, parece haver um consenso generalizado no sentido de o ordenamento espanhol continuar a vedar tais contratos. No entanto, em conformidade com o que outros autores reconhecem ao longo da obra, a verdade é que também a este respeito nem sempre as proibições nacionais resultam nas tentativas de impedir certas práticas. Assim, para além de relembrar a necessidade de dar respostas adequadas à necessidade de registar os filhos de espanhóis assim nascidos no estrangeiro, a autora analisa vários ordenamentos jurídicos para delinear quais seriam os imperativos a ter em conta numa eventual legislação que viesse a consagrar a prática, com vista a assegurar a salvaguarda dos interesses que preocupam a sociedade espanhola nestas matérias, como é o caso da dignidade pessoal e da autonomia da gestante, considerando igualmente os interesses dos pais e da própria criança.

Em suma, podemos concluir que estamos perante uma obra que não obstante continuar a tratar certos temas clássicos no domínio da procriação medicamente assistida, consegue ainda assim trazer contributos inovadores e novas problematizações que não só oferecem um importantíssimo contributo para conhecer melhor o ordenamento jurídico espanhol nestas matérias como convidam a um aprofundar da análise de questões semelhantes a partir de uma perspetiva portuguesa. Afinal, tal como acontece no país vizinho, também Portugal acolheu recentemente alterações legislativas de relevo que poderão colocar em causa princípios clássicos do estabelecimento da filiação – basta pensar, a título exemplificativo, que a Lei da Autodeterminação de Género (Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto), consagra igualmente um regime que torna plausível a possibilidade de irmos a ter homens gestantes, colocando questões sobre o eventual estabelecimento da paternidade através do parto, assim como também em Portugal existe a possibilidade de recorrer a *websites* onde são vendidos gâmetas masculinos que permitem a chamada “inseminação caseira”, colocando questões sobre o estabelecimento de uma segunda maternidade quando o procedimento se dá fora dos centros autorizados para a prática de técnicas de PMA. Trata-se, enfim, de uma obra de indiscutível relevo científico que nos desafia a refletir sobre novas e clássicas questões a partir de um sistema jurídico em constante mutação, numa permanente busca por soluções mais equilibradas não só para os pais como para os filhos gerados graças aos progressos da ciência.