

A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – O CASO DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

ANA SOFIA DE MAGALHÃES E CARVALHO/ LÍGIA CARVALHO ABREU

Assistente convidada da FDUP e do Instituto Politécnico do
Cávado e do Ave;
Investigadora do CIJE/FDUP/UP e da
Antígona/FDUNL/UNL
Licenciada e doutoranda em Direito

Professora auxiliar da FDULP;
Investigadora e membro do Conselho Científico do CIJE;
investigadora do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da
Universidade Lusófona do Porto;
Membro efectivo da *International Law Association* –
Sociedade Portuguesa de Direito Internacional;
Doutora em Direito (Faculdade de Direito de Genebra)

Sumário:

1. Em que consiste a identidade genética? 2. Influências europeias na garantia da identidade genética pela Constituição Portuguesa 2.1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) 2.2. A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina 3. A consagração constitucional do direito à identidade genética – o artigo 26º nº 3 da Constituição da República Portuguesa 3.1. O direito à identidade genética como direito integrante do direito à identidade pessoal 3.2. Regime constitucional do direito à identidade pessoal 4. Evoluções posteriores a nível mundial e regional 4.1. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos 4.2. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) 5. O artigo 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 6. Influências do artigo 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na Lei nº 32/2006, de 26 de Julho (Procriação Medicamente Assistida) 7. Inconstitucionalidades na Lei nº 32/2006? 8. Conclusões

1. Em que consiste a identidade genética?

O conceito de identidade genética tem duas aceções, segundo JOÃO LOUREIRO¹:

¹ Cfr. LOUREIRO, JOÃO CARLOS GONÇALVES, *O direito à identidade genética do ser humano*, in *Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra Editora, 1999, p. 288.

- Identidade genética como *o genoma² de cada ser humano, as bases biológicas da sua identidade, no fundo, a sua constituição genética individual*;

- Identidade genética como expressão significando que *dois ou mais seres têm a mesma constituição genética*.

Na primeira aceção estão em causa as dimensões de diferença de cada um. Assim, *identidade é sinónimo de individualidade genética*.

A segunda aceção é caracterizadora de um fenómeno específico de identidade biológica em termos genéticos, que só se dá, na natureza, no caso dos gémeos monozigóticos. Por via artificial, o fenómeno é conseguido através da clonagem. Tenha-se em conta que “*não há, contudo, salvo nas hipóteses de divisão embrionária, uma identidade perfeita entre o clone e o clonado, em virtude das diferenças ao nível das mitocôndrias.*”³ Daí que, nos termos do nº 2 do artigo 1º do protocolo adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina que proíbe a clonagem de seres humanos (1998), se considere que um ser humano é geneticamente idêntico a outro quando “*tem em comum com o outro o mesmo conjunto de genes nucleares*”.

Ambas as aceções irão ser por nós focadas.

Após breve explicação do conceito base presente neste artigo, analisaremos as influências de que Portugal foi objeto ao nível do direito à identidade genética.

2. Influências europeias na garantia da identidade genética pela Constituição Portuguesa

2.1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) não prevê expressamente o direito à identidade genética. Contudo, a evolução da ciência médica e biológica, permitindo manipulações genéticas e técnicas de reprodução artificial humana, fez com que a proteção dos valores essenciais como a identidade genética e a dignidade do ser humano carecesse de uma maior vigilância. Neste sentido, a

² Por genoma entende-se o conjunto de todo o material genético contido nos cromossomas de cada organismo, sabendo-se que todas as células desse organismo contêm essa informação, correspondendo a sigla ADN a Ácido Desoxirribonucleico.

³ Cfr. LOUREIRO, *Ob. Cit.*, p. 288.

Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na sua Recomendação nº 934, de 26 de Janeiro de 1982, sobre Engenharia Genética, considerou, no ponto 4º, alínea a) que “os direitos à vida e à dignidade humana garantidos pelos artigos 2º e 3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem implicam um direito de herdar características genéticas não manipuladas” e na alínea b) que “este direito deve ser expressamente enunciado no quadro da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, tendo, em conta, no entanto, na alínea c) que “o reconhecimento expresso deste direito não pode impedir aplicações terapêuticas de engenharia genética (terapia dos genes), cheia de promessas para o tratamento e eliminação de certas doenças transmitidas geneticamente”.

Levando em consideração estes elementos, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa recomendou ao Comité de Ministros no ponto 7º, alínea b) deste mesmo texto que “previsse o reconhecimento expresso, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do direito a um património genético não manipulado, salvo em aplicação de determinados princípios, cuja plena compatibilidade com o respeito dos direitos do homem (por exemplo, no âmbito da aplicação terapêutica) tenha sido reconhecida”.

Embora o direito a um património genético não manipulado nunca chegasse a ser expressamente consagrado no texto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o facto é que esta Recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa abriu as portas para a afirmação deste mesmo direito no quadro da Convenção, apelando ao direito à vida, conjugado com a dignidade humana (arts. 2º e 3º da CEDH).

Assim começa a proteção do direito à identidade genética num quadro regional.

2.2. A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da biologia e da medicina, frequentemente designada por Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina representa o primeiro grande passo dado na conquista dos chamados direitos biomédicos. Antes dela nenhuma outra convenção se tinha pronunciado directamente sobre as questões colocadas pelas tecnologias biológicas ou médicas. A elaboração deste texto legal implicou quase cinco árduos anos de trabalho, uma vez que chegar a um consenso nestas matérias era extremamente difícil. No entanto, tal acabaria por ser conseguido.

Esta convenção visava encontrar um quadro normativo mínimo comum a nível europeu que estabelecesse “*os equilíbrios justos mas difíceis entre os direitos e os interesses do indivíduo, da sociedade, da ciência e da espécie humana*”⁴. Todavia, e apesar de elaborada no seio de uma instituição europeia (Conselho da Europa), ela tinha uma vocação universal, pois estava também aberta a Estados não europeus (cfr. art. 33º/1 e art. 34º da mesma), tendo sido, finalmente, adoptada em Oviedo a 4 de Abril de 1997.

Segundo esta convenção, as novas tecnologias só podem ser utilizadas para fins de prevenção, diagnóstico ou terapia, do mesmo modo que as técnicas de fecundação artificial ou a intervenção médica durante a gravidez não podem ser utilizadas para escolher o sexo da criança, a não ser que tal seja essencial para evitar doenças hereditárias ligadas ao sexo. A convenção apela para uma proteção suficiente dos embriões humanos em países nos quais estes podem ser objeto de investigação. A criação de embriões para a investigação é proibida.

No seu articulado encontramos assim um conjunto de preceitos fundamentais para a proteção da identidade genética, pessoal e mesmo da espécie, embora a expressão “identidade genética” não chegue a ser utilizada. Logo no artigo 1º da Convenção estabelece-se a obrigação de proteger o ser humano “*na sua dignidade e na sua identidade*” e de garantir “*a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina*”.

A convenção contém também normas relativas à proibição de discriminação com base no património genético (art. 11º) e a testes genéticos preditivos (art. 12º).

No entanto, as normas mais importantes para o nosso estudo são as constantes dos arts. 13º e 14º. O art. 13º refere-se às intervenções no genoma humano e nele se dispõe que “*Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência*.”.

Em termos sintéticos, com esta norma pretende-se:

⁴ Expressão de LUÍS ARCHER - in prefácio de: MARTINHO DA SILVA, PAULA, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, 1ª edição, Lisboa, Edições Cosmo, 1997, p. 13.

“a) Circunscrever as intervenções genéticas admissíveis àquelas que prossigam finalidades terapêuticas lato sensu, isto é, incluindo as realizadas para efeitos de diagnóstico;

b) Proibir as intervenções em células germinais, destinadas a modificar o genoma dos descendentes.”⁵

O preceito, no fundo, abre a porta a intervenções em células germinais, desde que não tenham fins procriativos, seguindo a linha estabelecida pela Recomendação nº 934 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, permitindo intervenções com finalidades terapêuticas.

Nos termos do relatório explicativo desta Convenção o artigo 13º *não exclui terapia génica somática que possa vir a ter efeitos laterais indesejados em células da linha germinal. O exemplo avançado no relatório é o de tratamentos, por meio de radioterapia ou quimioterapia, de pacientes com cancro, que poderão vir a afetar o seu sistema reprodutivo.*⁶

No artigo 14º rejeita-se a utilização de técnicas de reprodução assistida para escolher o sexo da criança a nascer, excepto se tal tiver como fim evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.

A Convenção foi já objeto de um protocolo adicional no sentido de proibir a clonagem de seres humanos. Este foi adotado em 12 de Janeiro de 1998.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 1 de Dezembro de 1999 e na ordem jurídica portuguesa em 1 de Dezembro de 2001. O seu protocolo adicional sobre a clonagem entrou em vigor na ordem internacional em 1 de Março de 2001 e na nossa ordem interna em 1 de Dezembro de 2001.

No entanto, nada impediu que desde a assinatura da Convenção em Oviedo em 4 de Abril de 1997 se tenham vindo a produzir efeitos consideráveis na evolução legislativa constitucional portuguesa, europeia e internacional.

Vejamos seguidamente o seu efeito na Constituição Portuguesa.

⁵ Cfr. LOUREIRO, *Ob. Cit*, pp. 368-369.

⁶ *Idem, Ibidem*, p. 369.

3. A consagração constitucional do direito à identidade genética – o artigo 26º nº 3 da Constituição da República Portuguesa

O artigo 26º nº 3 da CRP dispõe que: “*A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.*”

Este preceito foi introduzido pela Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro (quarta revisão constitucional) e “*traduz a elevação a nível constitucional formal da chamada «bioconstituição» ou «constituição biomédica»*”⁷.

A raiz deste preceito é o reconhecimento explícito da existência de uma “constituição genética individual” ou do genoma de cada ser humano, que pode ser objeto de “atentados” por parte da criação, desenvolvimento e utilização das novas tecnologias e da experimentação científica. Assim, a proteção conferida por este normativo é individual e ao mesmo tempo geral, pois também se destina a proteger a identidade genética da espécie humana. Este normativo não passa de um reconhecimento constitucional de, pelo menos, uma das conclusões a que os participantes na Convenção de Oviedo (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina) tinham chegado: a necessidade de proteção do bem identidade genética, individual e geral (enquanto bem da espécie humana) face aos avanços científicos e tecnológicos, conclusão essa bem patente no art. 1º da referida Convenção: “As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina. Cada uma das Partes deve adotar, no seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efetiva a aplicação das disposições da presente Convenção.” Parece-nos que a primeira medida portuguesa para dar aplicação à Convenção (apesar da mesma ainda não estar em vigor na ordem jurídica portuguesa aquando da 4ª revisão constitucional por motivos inerentes ao processo de ratificação) foi exactamente esta consagração constitucional do direito à identidade genética e da imposição legiferante para o garantir (art. 26º nº 3 CRP).

⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 472.

Coloca-se a questão de saber em que consiste a garantia da identidade genética. Ora, analisando as considerações dos principais constitucionalistas na anotação ao artigo 26º da CRP, a garantia da identidade genética parece estar na:

- Proibição da reprodução artificial da mesma constituição genética ou do mesmo genoma humano (esta proibição abrange desde logo a clonagem reprodutiva);
- Proibição da utilização das novas tecnologias para a produção de “outro seres”, como seres híbridos ou quimeras;
- Proibição de práticas de manipulação genética tendentes à criação de seres humanos sem sexo ou hermafroditas (dotados simultaneamente de sexo feminino e de sexo masculino);
- Proibição do eugenismo, isto é, na proibição da modificação genética de um embrião com vista à obtenção de determinadas características que se consideram desejáveis.

Tenha-se em conta ainda que *“A garantia da dignidade pessoal e a garantia da identidade genética do ser humano não são inconstitucionalmente postas em causa pelas práticas de fertilização artificial e de reprogenética, entendendo-se que os chamados direitos reprodutivos podem alicerçar-se em procedimentos biomédicos de fertilização extracorporal (fertilização in vitro, IVF) e transferência de embriões.”*⁸

O artigo 26º, nº 3 CRP contém uma *“imposição legiferante («a lei garantirá...»)*”⁹, imposição esta destinada a garantir por via legislativa que as novas tecnologias e a experimentação científica não põem em causa a identidade genética dos seres humanos. Como vimos, este dispositivo vem na sequência de um relevante documento internacional sobre esta matéria (ex.: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), aos quais se seguiram muitos outros, como veremos, por exemplo, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos adoptada no âmbito da UNESCO, etc. No entanto, a nossa Constituição quis impor ao legislador nacional a garantia deste “direito à identidade genética”, o que se justifica grandemente face aos contínuos e por vezes incontrolados avanços científicos e tecnológicos. Não poderíamos continuar a ser “o país dos vazios legais” nestes domínios¹⁰.

⁸ *Idem, Ibidem*, p. 474.

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 472

¹⁰ Uma das leis garantísticas da identidade genética é a Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, que analisaremos nos pontos 6 e seguintes do presente artigo.

No entanto, tenha-se em conta que, mesmo “*na falta de lei, numa ordem constitucional aberta a uma conceção internacionalista dos direitos fundamentais (artigo 16º), não é possível ignorar o sentido das regras estabilizadas constantes de textos internacionais (e, nomeadamente, a Convenção de Oviedo).*”¹¹

Cumpram também dizer que a ausência de uma norma com o teor do artigo 26º nº 3 da CRP não significa que o bem identidade genética não fosse já objeto de proteção.

Tal proteção adviria tanto do facto do direito à identidade genética ser na opinião de muitos um direito integrante do direito à identidade pessoal e como tal ser dessa forma protegido ou então, como outros defendem, o direito à identidade genética seria um direito materialmente constitucional na aceção de direito a um património genético inviolado, na sequência do que foi afirmado pela Assembleia Parlamentar do Conselho de Europa na Recomendação nº 934.

3.1. O direito à identidade genética como direito integrante do direito à identidade pessoal

Segundo Paulo Otero, o direito à identidade pessoal (previsto no artigo 26º, nº 1 da CRP), destinado a “*garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível*”¹², “*compreende duas diferentes dimensões:*

a) a identidade pessoal tem uma *dimensão absoluta ou individual* – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais;

b) a identidade pessoal comporta também uma *dimensão relativa ou relacional* – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respetivos progenitores, podendo falar-se num “*direito à historicidade pessoal*”.¹³

Relativamente à dimensão absoluta ou individual da identidade pessoal, tenha-se em consideração que é aqui que se deve integrar o direito à identidade genética pois

¹¹ Cfr. MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 295.

¹² Cfr. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Ob. Cit.*, p. 462.

¹³ Cfr. OTERO, PAULO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 63 e 64.

“não obstante a natureza humana ser sempre a mesma, a verdade é que ela se realiza de forma exclusiva em cada ser humano, integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo carácter único e diverso dos seus elementos genéticos”¹⁴. Veja-se a propósito o artigo 2º, alínea b) da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, adoptada pela Unesco em 11 de Novembro de 1997.

Segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “ *a identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal*.”¹⁵

Relativamente à dimensão relativa da identidade pessoal, há que ter em atenção que, como já se disse, a identidade pessoal «*comporta também uma ideia de relação: cada ser humano, além de uma singularidade própria e exclusiva, tem a sua identidade definida, paralelamente, pela “história” ou “memória” em que se encontra inserida a sua existência no confronto com outras pessoas.*»¹⁶ A identidade pessoal nesta dimensão compreende assim “o conhecimento da ‘história’ de cada pessoa”¹⁷.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA “o direito à historicidade pessoal [componente do direito à identidade pessoal] *designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores*”.¹⁸

3.2. Regime constitucional do direito à identidade pessoal

Considerando o direito à identidade genética como parte integrante do direito à identidade pessoal, somos da opinião que o direito à identidade genética segue o regime constitucional do direito à identidade pessoal.

Procederemos então à explanação genérica de tal regime, recorrendo aos ensinamentos de JORGE MIRANDA¹⁹. Segundo este ilustre constitucionalista, podemos distinguir entre um regime comum e um regime específico dos direitos fundamentais. O regime comum dos direitos fundamentais integra como o próprio nome indica princípios ou regras que se aplicam a todos os direitos fundamentais (independentemente de se tratar de direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais): é o

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 66.

¹⁵ Cfr. MIRANDA e MEDEIROS, Ob. Cit., p. 284.

¹⁶ Cfr. OTERO, Ob. Cit., p. 71.

¹⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁸ Cfr. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Ob. Cit., p. 462.

¹⁹ Cfr. MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, Coimbra Editora, 2000.

caso do princípio da universalidade (previsto no art. 12º da CRP e complementado pelos artigos 14º e 15º), do princípio da igualdade (art. 13º), do princípio da cláusula aberta ou da não tipicidade (art. 16º, nº 1), do princípio da interpretação e integração de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º, nº2), do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva (art. 20º), da responsabilidade das entidades públicas (art. 22º), dos direitos de queixa, petição geral e especial (arts. 23º e 52º, todos da CRP) e dos limites ao exercício dos direitos (art. 29º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem). O regime específico dos direitos fundamentais é, por sua vez, distinto, consoante se trate de um direito, liberdade e garantia ou de um direito económico, social e cultural. Apenas exporemos aqui o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, uma vez que o direito à identidade pessoal e, por conseguinte, o direito à identidade genética pertencem a este tipo primordial de direitos.

Dentro do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, Jorge Miranda, distingue ainda três dimensões ou regimes distintos: o material (arts. 18º e 19º CRP), o orgânico [arts. 164º, 165º/1 b) e também 161º CRP] e o relativo aos limites materiais de revisão constitucional [art. 288º d) CRP].

No que respeita ao regime material, o artigo 18º estabelece no nº1 que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis (não necessitando, portanto, de intermediação do legislador). O Tribunal Constitucional tem salientado que alguns direitos, liberdades e garantias carecem de lei ordinária que complemente e pormenorize a previsão constitucional (seria o caso do nosso direito à identidade genética). Se tal lei faltar, podemos estar perante uma inconstitucionalidade por omissão, nos termos do artigo 283º da CRP.

Por outro lado, também se afirma no nº 1 do art. 18º que estes preceitos vinculam entidades públicas e privadas.

Os nºs 2 e 3 deste artigo estabelecem em que medida poderá haver restrições de direitos, liberdades e garantias. Estas só podem ter lugar por via de lei, “nos casos expressamente previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao **necessário** para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” [**está aqui em causa o princípio da proporcionalidade**: as restrições devem ser necessárias, adequadas e proporcionais (proporcionais aqui no sentido de não excessivas)]. “As leis restritivas de direitos têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

O artigo 19º nº 1 estabelece que os direitos, liberdades e garantias não podem ser suspensos, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição. Contudo, de acordo com o artigo 19º, nº 6, “A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.”

No que respeita ao regime orgânico do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, estão em causa os artigos 161º i), 164º e 165º/1 b) da CRP. A regra geral prevista no art. 165º/1 b) é a de que os direitos, liberdades e garantias fazem parte da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República. No entanto, pode haver matérias específicas em termos de direitos, liberdades e garantias, que façam parte da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, veja-se o exemplo do art. 164º o) “restrições ao exercício de direitos por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e forças de segurança”. O artigo 161º alínea i) diz respeito à competência da Assembleia da República para aprovação de tratados e acordos internacionais – este artigo revela-se importante quanto houver tratados ou acordos em forma simplificada que versem sobre direitos liberdades e garantias.

No que respeita à dimensão relativa aos limites materiais de revisão, os direitos, liberdades e garantias fazem parte dos limites materiais de revisão, por força do art. 288º d) da CRP.

Para além deste regime constitucional básico aplicado ao direito à identidade pessoal (e por conseguinte ao direito à identidade genética porque o integra), segundo JORGE MIRANDA, os direitos, liberdades e garantias do art. 19º nº 6 da CRP, entre os quais se encontra, como vimos, o direito à identidade pessoal, gozam de um regime reforçado de tutela (algumas destas considerações do regime reforçado de tutela já decorrem normalmente do regime constitucional que explanamos):

“Assim:

a) *Os cidadãos portugueses que também sejam cidadãos de outro Estado, quando se encontrem no território deste, podem invocar o seu direito de proteção (art. 14º da Constituição) contra qualquer violação desses direitos;*

b) *Os estrangeiros gozam em Portugal, sem quaisquer restrições, desses direitos (art. 15º);*

c) Os órgãos e agentes administrativos não podem aplicar normas que os infrinjam;

d) Os preceitos constitucionais a eles respeitantes vinculam imediatamente as entidades privadas (art. 18º, nº1);

e) Quaisquer normas violadoras dos mesmos direitos consideram-se feridas de nulidade radical ou fundamental;

f) Em caso algum, pode haver restrição, suspensão ou privação individual destes direitos;

g) O Tribunal Constitucional não pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de norma violadora de tais direitos (art. 282º, nº4);

h) Estes direitos, no seu todo, constituem limites materiais de revisão constitucional [art. 288º, al. d)].''²⁰

4. Evoluções posteriores a nível mundial e regional

4.1. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

Tendo em consideração que o bem identidade genética pessoal é indissociável do bem identidade genética da espécie humana havia e ainda há que problematizar este direito a nível mundial, para além do nível europeu e nacional. Foi isso aliás que se fez na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada unanimemente por aclamação em 11 de Novembro de 1997 na 29ª sessão da Conferência Geral da UNESCO.

Todavia, esta e outras tentativas de conciliação universal nesta matéria serão sempre afetadas por grandes dificuldades a nível dos conceitos e das várias concepções perfilhadas quanto à vida pré-natal e sua proteção²¹, pois já no que respeita aos direitos dos nascidos não há divergências. Assim, a Declaração sobre o Genoma Humano, ao tentar estabelecer um mínimo consensual nestas matérias, permite, contudo, leituras ambíguas. Começando por afirmar no seu artigo 1º que “ O genoma humano é a base da

²⁰ Cfr. MIRANDA, *Ob. Cit.*, pp. 369-370.

²¹ Apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece expressamente a protecção da vida pré-natal.

unidade fundamental de todos os membros da família humana e do reconhecimento da sua dignidade e diversidade intrínsecas. Em sentido simbólico, o genoma humano é o património da humanidade”, podendo considerar-se que o nascituro estaria aqui incluído, a Declaração, no entanto, depois passa a utilizar o conceito de pessoa (veja-se, desde logo, o ponto B. da Declaração, cuja epígrafe é “Direitos dos Indivíduos²²”). Em parte alguma alude aos embriões e apenas, no art. 24º *in fine*, admite que as intervenções em células germinais – sem discriminar os vários tipos – podem ser contrárias à dignidade humana.

Quanto à clonagem, a Declaração estabelece no art. 11º que “ Não devem permitir-se as práticas que sejam contrárias à dignidade humana, como a clonagem com fins de reprodução de seres humanos.”

Esta Declaração não é vinculativa. Mas, não deixa de ser o primeiro passo “mundial” para o aparecimento de Convenções nesta matéria. Como diz JOÃO LOUREIRO, esta Declaração “pretende ser, sobretudo, um documento de promoção da tutela do genoma humano”²³.

Vejam agora um diferente nível, o regional, mas não já no âmbito do Conselho da Europa, mas sim num nível de integração, o da União Europeia.

4.2.A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)

Embora o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tenha conseguido integrar a lacuna existente nos Tratados em sede de Direitos Fundamentais, é certo que há muito a União Europeia procurava uma solução para este problema, pensando nomeadamente em criar um catálogo vinculativo de Direitos Fundamentais para a União Europeia ou aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A 7 de Dezembro de 2000, por ocasião do Conselho Europeu de Nice, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão procederam à assinatura conjunta e proclamação solene de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Esta pretendia sublinhar a importância dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário, levando a uma melhor aceitação da União pelos cidadãos.

²² Na versão original inglesa “Rights of persons concerned”.

²³ Cfr. LOUREIRO, *Ob. Cit.*, pp. 371-372.

A CDFUE contém 54 artigos que integram um conjunto de direitos civis e políticos, direitos dos cidadãos da União Europeia, direitos económicos e sociais e de outros direitos que visam responder a problemas suscitados pelas sociedades hodiernas desenvolvidas e pelos progressos científicos e tecnológicos entretanto realizados. A nossa análise, virada para os problemas da identidade genética, focará em pormenor o artigo 3º da Carta, pois este diz respeito exactamente aos problemas levantados pelos progressos científicos nesta matéria.

O problema da natureza jurídica da Carta foi logo levantado antes da sua elaboração. A proclamação solene da Carta, em vez da sua integração nos Tratados da União, foi a solução adotada pelo Conselho Europeu de Nice. Não lhe foi, assim, conferida força vinculante e remeteu-se a eventualidade e o modo da sua integração nos Tratados para momento ulterior.

A Carta, embora fosse um instrumento não vinculativo, não pôde deixar de produzir efeitos. Aliás, não faria sentido que fosse de outro modo, pois tendo em conta que todas as instituições políticas que participam no processo normativo da União Europeia a proclamaram solenemente, seria estranho que as mesmas (Conselho, Parlamento Europeu e Comissão) não se sentissem vinculadas pelas disposições da Carta aquando da sua atuação no plano legislativo. O mesmo se diga do exercício da função executiva no sistema comunitário.

O Tribunal de Justiça pode recorrer às disposições da Carta dos Direitos Fundamentais, pois esta condensa e afirma as tradições constitucionais comuns dos Estados – Membros em matéria de proteção dos direitos fundamentais. “A Carta deve ser entendida como emanação substantiva dessas tradições constitucionais comuns que o Tribunal de Justiça aplica em virtude do artigo 6º nº 2 TUE, enquanto princípios gerais de Direito Comunitário.”²⁴ Assim, a CDFUE pôde ser considerada como parte integrante do acervo comunitário. Veja-se a título de exemplo o Acórdão de 9 de Outubro de 2001, no processo C-377/98, em que o TJCE confirma que o direito fundamental à integridade da pessoa faz parte do Direito da União e abarca, no âmbito da Medicina e da Biologia, o consentimento prestado livremente e com conhecimento de causa pelo dador e pelo recetor.

²⁴ Cfr. GOUCHA SOARES, ANTÓNIO, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra Editora, 2002, p. 44.

O carácter vinculativo da Carta dos Direitos Fundamentais só seria plenamente adquirido com a sua integração nos Tratados. E ela foi de facto integrada num Tratado, um Tratado que visava reorganizar e simplificar os Tratados da Comunidade Europeia e da União, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, querendo tornar realidade a utopia simultaneamente solidária, integracionista e quiçá federativa de todo o espaço Europeu, assinado em Roma em 29 de Outubro de 2004 pelos Chefes de Estado ou de Governo dos 25 Estados Membros da altura e estabelecendo a sua entrada em vigor se fosse ratificada pelos 25 Estados-Membros, por via parlamentar ou através de referendo, acabou por não entrar em vigor por não obter as ratificações necessárias.

O Tratado de Lisboa, embora não integrando o texto da Carta nos Tratados ditos constitucionais, previu que a Carta dos Direitos fundamentais tivesse um valor idêntico ao dos Tratados, conferindo-lhe assim força vinculativa. Veja-se a propósito o atual número 1 do artigo 6º do Tratado da União Europeia: “*A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. (...)*”. Esta força vinculativa atual da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é uma das grandes conquistas da União.

5. O art. 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

O art. 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sob a epígrafe “*Direito à integridade do ser humano*” dispõe o seguinte:

- “1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.*
- 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:*
 - O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;*
 - A proibição de práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção de pessoas;*
 - A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro;*
 - A proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.”*

Os princípios enunciados neste artigo não são inovadores, inovadora em si é apenas a consagração de princípios ligados à biomedicina num documento ligado à União Europeia. Como vimos, estes princípios foram consagrados na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, adotada no âmbito do Conselho da Europa. Esta e o seu protocolo adicional que proíbe a clonagem, com força jurídica vinculante para os seus Estados parte, são aliás as grandes matrizes inspiradoras do nº 2 deste artigo 3º. Atente-se que as três primeiras disposições deste nº2 do art. 3º têm algo de similar com parte da divisão capitular da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Veja-se o capítulo II relativo ao consentimento, o capítulo IV relativo ao genoma humano e ao capítulo VII relativo à proibição de obtenção de lucros e utilização de partes do corpo humano. Quanto à 4ª disposição do nº2 do art. 3º, a matriz é já o protocolo adicional à Convenção (protocolo esse que proíbe a clonagem de seres humanos).

Assim sendo, a Carta não pretende de modo algum derrogar as disposições da Convenção. A Carta *“proíbe apenas a clonagem reprodutiva. Não autoriza nem proíbe as outras formas de clonagem. Não impede pois de modo algum que o legislador proíba as outras formas de clonagem.”*²⁵

Integrando-se no capítulo I da Carta, relativo à *“Dignidade”*, o art. 3º da Carta possui dois números: o primeiro consagra o direito à integridade física e psíquica das pessoas, através duma cláusula geral; o segundo, através duma cláusula específica que se circunscreve no âmbito da medicina e da biologia estabelece uma série de exigências e proibições cuja transgressão implicará a violação do direito à integridade.

Vemos aqui já uma construção da proteção do bem identidade genética diferente da nossa, enquanto nós afirmamos o direito à identidade genética como direito integrante do direito à identidade pessoal ou até como um direito autónomo, os redatores da Carta (assim como autores espanhóis) vêem o direito à identidade genética como fazendo parte integrante do direito à integridade física.

Aliás, tal é o entendimento de ANTÓNIA NAVAS CASTILLO²⁶ que faz extrapolar a definição que Romeo Casabona dá ao direito à integridade física e moral previsto pela

²⁵ Anotação feita ao art. 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia da responsabilidade do Comité de Redação da Instância (*Praesidium*), na versão constante do Doc. Charte 4487/00 Convent 50.

²⁶ CFR. NAVAS CASTILLO, ANTONIA, *El derecho a la integridad de la persona*, in AA.VV., *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Valencia, Tirant to Blanch, 2004, p. 250.

Constituição Espanhola para o direito à integridade física e psíquica preceituado na Carta, definição essa que abarca como integrantes do direito à integridade física e psíquica: *“um direito à integridade física, referido aos membros ou órgãos corporais; um direito à saúde física e mental, de não infligir à pessoa uma doença; o direito ao bem-estar corporal e psíquico, como o direito da pessoa a não padecer de dor ou sofrimento; e o direito à própria aparência pessoal, isto é, o direito a não ser desfigurado na sua imagem externa, (...) ao que há a acrescentar a integridade dos componentes genéticos humanos”*. Para NAVAS CASTILLO²⁷ o direito à integridade física supõe a proibição de qualquer ato atentatório contra o corpo da pessoa, incluindo os componentes genéticos humanos.

NAVAS CASTILLO²⁸ afirma ainda que da análise do art. 3º resulta que a Carta não quis abarcar, com a expressão “pessoa”, ao concebido ainda não nascido, sendo assim, titular do direito à vida e com ele do direito à integridade da pessoa unicamente a pessoa nascida. No entanto, isso não impede que se possa afirmar a sua proteção jurídica, já que, caso contrário, não teria sentido a proibição que se estabelece relativa às práticas eugénicas, já que estas podem supor uma intervenção sobre o embrião humano. Nesta perspetiva, o embrião humano, embora não se possa considerar sujeito de direitos, deve ser objeto de alguma e especial proteção jurídica, dados os avanços biomédicos, e tendo em conta a dignidade, identidade e integridade do ser humano. Em qualquer caso, a proteção jurídica a dispensar à integridade do concebido no âmbito do quadro comunitário encontra-se condicionada pelo estatuto jurídico que corresponda ao embrião humano neste mesmo quadro.

Em concreto e relativamente ao nº 2 do art. 3º da Carta, de acordo com o Parlamento Europeu, aqui se estabelecem os requisitos mínimos que se impõem ao legislador da União Europeia. Não se trata de uma enumeração exaustiva de todas as regulamentações necessárias, mas sim, no fundo, de estabelecer um mínimo denominador comum.

Relativamente à 1ª disposição respeitante ao consentimento livre e esclarecido, segundo NAVAS CASTILLO²⁹ cumpre dizer que o consentimento livre e informado configura-se como o ato que permite ao paciente o exercício dos seus direitos de

²⁷ *Idem, ibidem.*

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 252.

²⁹ *Idem, ibidem*, pp. 258-259.

personalidade, daí que a vulneração desse consentimento implique uma afronta à liberdade pessoal do paciente, como também ao seu direito à integridade tal e como preceitua este artigo 3º. Aliás, isto corresponde à evolução do conceito de paciente, este não é já um mero sujeito passivo da relação médica, mas passa a ser um sujeito (ativo) titular de direitos.

Quanto à 2ª disposição concernente à proibição de práticas eugénicas, o que está aqui essencialmente em causa é a proibição de organização e implementação de *“programas de seleção que incluam, designadamente, campanhas de esterilização, situações de gravidez forçada, casamentos étnicos compulsivos... em suma, actos considerados como crimes internacionais pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional adoptado em Roma a 17 de Julho de 1998 (ver o nº 1, alínea g) do art. 7º)”*³⁰. Esta proibição de práticas eugénicas abarca também todas as intervenções no genoma humano com vista à seleção da espécie, as chamadas intervenções com escopo eugénico (positivo) que podem ser definidas como *“aquelas que se aplicam a seres humanos sem qualquer fim terapêutico, mas apenas o de desenvolver certas características complexas (por exemplo, inteligência ou personalidade)”*³¹. Veja-se a propósito o artigo 13º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

A 3ª disposição corresponde aos ditames dos artigos 21º e 22º da Convenção para os Direitos do Homem e a Biomedicina em que se proíbe a utilização do corpo humano ou das suas partes enquanto tais como fonte de lucro. Esta utilização lucrativa viola a dignidade do ser humano e poderia consubstanciar violações à integridade do ser humano.

Por último, a 4ª disposição que proíbe a clonagem reprodutiva dos seres humanos, vem na sequência dos vários textos que se têm produzido a nível regional e mundial que se manifestam no sentido da proibição da clonagem com a finalidade de reprodução dos seres humanos. Veja-se a propósito o artigo 11º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Esta disposição não autoriza, nem proíbe a clonagem terapêutica, que, como sabemos, teria grandes efeitos benéficos no sentido de órgãos clonados, como portadores da mesma identidade genética, serem insusceptíveis de rejeição por parte do organismo. Fica a questão da clonagem terapêutica em aberto para o legislador.

³⁰ Anotação feita ao art. 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia da responsabilidade do Comité de Redação da Instância (*Praesidium*), na versão constante do Doc. Charte 4487/00 Convent 50.

³¹ Cfr. LOUREIRO, *Ob. Cit.*, p. 310.

Segundo NAVAS CASTILLO³², o texto do artigo 3º CDFUE e os demais regionais e universais concernentes a estas questões genéticas visam fundamentalmente evitar paraísos genéticos, onde a actividade de investigação e a sua aplicação não se encontre submetida a nenhum tipo de limites, para, deste modo, evitar, na medida do possível, que se vulnere a dignidade humana como consequência das aplicações derivadas das ciências biomédicas.

6. Influências do artigo 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na Lei nº 32/2006, de 26 de Julho (Procriação Medicamente Assistida)

A Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, sobre a Procriação Medicamente Assistida (também referenciada por LPMA) veio pôr termo ao vazio legislativo em que nos encontrávamos relativamente às práticas de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, diagnóstico genético pré-implantação, manipulação genética, entre outras. Na verdade, apesar das várias iniciativas normativas, nunca antes tínhamos conseguido a regulação efetiva destas matérias.

O artigo 2º da LPMA afirma expressamente que esta lei se aplica ao diagnóstico genético pré-implantação e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalente ou subsidiárias. É neste âmbito que se centra a nossa análise, pois é através desta Lei – lei garantística – que se tutela a identidade genética do ser humano.

Assim, a Lei nº 32/2006, de 26 de Julho foi influenciada pelo artigo 3º nº 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União nas dimensões que se seguem:

- A questão do consentimento foi tida em atenção no que toca aos beneficiários das técnicas de reprodução assistida. Segundo o art. 6º nº 2 da Lei “As 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.”

- A questão da proibição das práticas eugénicas foi reafirmada no art. 7º nº 2 da Lei, segundo o qual “As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.”

³² Cfr. NAVAS CASTILLO, *Ob. Cit.*, p. 265.

Esta Lei exceptua e bem no nº 3 “os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção direta 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. “A lei abre, assim, a porta ao controverso ‘bébé medicamento’ (ou ‘bébé salvador’, nas palavras da Deputada Dr.^a Maria de Belém Roseira, a grande responsável pela liderança deste processo legislativo), isto é a selecção do embrião que tenha o grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave. Tal será possível sob a necessidade de uma deliberação ‘ caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave, por parte do CNPMA’ [art. 30º, nº 2, al. q)].”³³

O nº 5 deste artigo 7º proíbe a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

A questão da proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro tem também a sua influência nesta Lei, pois no artigo 18º proíbe-se a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

Quanto à proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos também na sequência da Carta dos Direitos Fundamentais, a nossa Lei no artigo 7º nº 1 proíbe a clonagem reprodutiva com o objetivo de criar seres humanos geneticamente idênticos.

Segundo JOÃO LOUREIRO³⁴, a tutela da identidade genética além da inviolabilidade e irrepetibilidade da constituição genética deve assegurar também que o ser a criar não seja privado da sua humanidade. Desta forma, proíbe-se também a utilização das técnicas de PMA com o objetivo de originar quimeras ou híbridos que constituem modos de produção de novos seres vivos. Na quimera, estamos já perante embriões, procedendo-se à fusão de células totipotentes de dois ou mais embriões de espécies diferentes. No caso dos híbridos a questão coloca-se antes da existência de um ser, ou seja, misturam-se *ab initio* gâmetas de espécies distintas.

³³ Cfr. PEREIRA, ANDRÉ e RAPOSO, VERA, *A lei portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho)*, disponível em <http://64.233.183.104/search?q=cache:nMe2BSDuWEsJ:https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do%3Ftipo%3D1%26id%3D950+lei+32/2006+andr%C3%A9+pereira+vera+raposo&hl=pt-PT&ct=clnk&cd=1>, p. 4.

³⁴ Cfr. LOUREIRO, *Ob. Cit.*, pp. 330-331.

Facilmente se percebe que a criação deste tipo de seres afeta em larga escala a dignidade da pessoa humana, a sua integridade e a sua humanidade.

A LPMA prevê e bem o sancionamento penal para quem não respeitar estes ditames. Assim:

- Quem violar o disposto no art. 6º, nº 2 (relativo ao consentimento) é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

- Quem aplicar técnicas de clonagem reprodutiva é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

- Quem utilizar práticas eugénicas no âmbito da presente Lei é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

- Quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Refira-se ainda que são previstas sanções acessórias no artigo 45º que podem ser aplicadas pelo julgador quando forem praticados os crimes previstos na Lei nº 32/2006, a saber:

- Injunção judiciária;
- Interdição temporária do exercício de actividade ou profissão;
- Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos;
- Encerramento temporário de estabelecimento;
- Cessação da autorização de funcionamento;
- Publicidade da decisão condenatória.

7. Inconstitucionalidades na Lei nº 32/2006?

No âmbito do Direito Constitucional cumpre-nos apontar possíveis problemas de constitucionalidade da LPMA. No âmbito da nossa análise sobre o direito à identidade genética focaremos apenas aqueles concernentes aos beneficiários da PMA e à consagração do princípio do anonimato do dador de gâmetas.

Quanto à questão dos beneficiários da PMA, a lei dispõe no seu art. 6º nº 1 que: *“Só 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 PMA.”* Assim, apesar da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo ser admitida

em Portugal, perante a atual LPMA, não podem ser beneficiários das técnicas de PMA as pessoas do mesmo sexo casadas ou em união análoga à dos cônjuges, bem como as pessoas singularmente consideradas, salvo nos casos do artigo 22 n.º 3 onde se admite a possibilidade de transferência de embrião mesmo após o falecimento do pai.

Ao partir do princípio de que existe «um modelo ideal de reprodução em que devam tendencialmente confluir a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica»³⁵, a LPMA consagra a procriação medicamente assistida como método subsidiário e não como método complementar ou alternativo de procriação. Por outras palavras, na impossibilidade de fazer coincidir a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica é que se deve recorrer às técnicas de PMA³⁶. Na LPMA esta impossibilidade está associada a um diagnóstico prévio de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doença.

A questão que se coloca é por que razão só podem ser beneficiários das técnicas de PMA os casais heterossexuais estáveis e porque não as mulheres “solteiras” sem qualquer relação estável ou casais homossexuais?

Cumpra saber se a exclusão destes grupos dos beneficiários da PMA constitui ou não uma discriminação injusta e como tal proibida pelos artigos 13.º, n.º 2 (princípio da igualdade) e 26.º, n.º 1 (no que respeita a “proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”) da CRP e se é violadora do art. 36.º, n.º 1 (direito de constituir família) e de um alegado direito a procriar.

Tendo em conta a realidade que nos rodeia, igualmente constatada pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, existem pessoas que não preenchendo os requisitos relacionados com a infertilidade ou doença pretendam aceder às técnicas de PMA pois têm interesse pessoal, natural e, muitas vezes, sentido como fundamental, em procriar, em gerar descendência, em constituir família, em ser mãe ou ser pai de um ser biologicamente relacionado e cuja proibição ao acesso às técnicas de PMA são encaradas como uma «afetação gravosa dos planos de vida próprios que só não será eticamente condenável se o Estado a puder justificar, fundamentar, com razões de peso»³⁷, ou seja as razões da nossa Constituição.

³⁵ Cfr. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Procriação medicamente assistida e gestação de substituição* 63/CNECV/2012 parecer n.º 63, Março 2012, p. 4.

³⁶ *Idem, ibidem*, pp. 4 e 5.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 5.

Na verdade, “caso se entenda que a reprodução configura um direito fundamental da pessoa, mais propriamente, um direito de quarta geração – inclusive com assento constitucional, por via do direito a constituir família (art. 36º CRP), ou eventualmente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1 CRP), ou ainda, mas em termos mais longínquos, do direito à saúde (art. 64º CRP) – poderemos deparar-nos aqui com uma violação inconstitucional de um direito fundamental.”³⁸

De facto, a Lei Constitucional nº 1/97 (quarta revisão) acrescentou um novo direito pessoal à lista de direitos pessoais enumerados no nº 1 do art. 26º da CRP – o direito subjetivo à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação direta ou indireta (art. 26º, nº 1, *in fine*). Discriminação direta quando «assente sobretudo em quaisquer dos elementos discriminatórios referenciados no art. 13º-2 (ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual)»³⁹ e discriminação indireta assente, por sua vez, nas « desigualdades de tratamento que, embora não façam apelo a elementos considerados, de forma expressa, pela Constituição, como discriminatórios, acabam em muitos casos por encontrar fundamento nestes pressupostos. É o caso de alguns regimes jurídicos no âmbito do direito de família e do direito internacional privado [preferência de entrega dos filhos à mulher, (...)] »⁴⁰.

Para que se evitem resultados discriminatórios é necessário uma especial justificação que fundamente a adoção de determinada solução, com base nos princípios do Estado de Direito, nomeadamente o princípio da proporcionalidade (com os seus critérios de adequação, necessidade e razoabilidade), o princípio da igualdade (onde, tendo em conta as especificidades do caso concreto, se trate igual o que é igual e diferente o que é diferente) e a dignidade do novo ser humano. Daqui concluímos que os grupos excluídos da PMA só o podem ser com base numa especial justificação, sob pena de estarmos efetivamente perante uma discriminação injustificada. No mesmo sentido, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida entende que a exclusão do acesso às técnicas de PMA às pessoas que não se encontrem casadas com pessoas de sexo diferente ou em uniões análogas com pessoas de sexo diferente representa uma

³⁸ Cfr. PEREIRA e RAPOSO, *Ob. Cit.*, p. 3.

³⁹ Cfr. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Ob. Cit.*, p. 470.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 470.

seleção discriminatória por parte do Estado no que diz respeito ao acesso aos serviços que presta. E «a proibição e a sanção desse acesso a pessoas que o pretendam fazer através de recursos próprios constituem uma limitação tão séria da autonomia das pessoas que só não merecerá censura ética caso tenha uma justificação igualmente ponderosa»⁴¹.

Tendo em conta o caso em análise, onde residirá essa especial justificação? Será a mesma suficiente para exclusão dos grupos identificados dos benefícios da PMA?

Têm-se alegado que o regime jurídico da PMA resulta da imposição constitucional do Estado regular a PMA para a proteção da família, neste sentido estaria justificado o facto de a referida técnica «ser admissível apenas para tratar uma situação de doença e quando tenha por destinatários membros de um casal heterossexual estavelmente constituído»⁴². Como bem afirma o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida «sendo certo que a Constituição dá ao Estado a incumbência de proteger a família e regular a PMA, já não se vê, em primeiro lugar, em quê essa incumbência determina ou impõe que o Estado esteja obrigado a proteger apenas um tipo particular de família e, sobretudo, mesmo que se considerasse essa discriminação admissível, porque tal importaria, já não apenas a desproteção estatal, mas também a simultânea proibição e sanção do acesso à PMA a famílias ou situações pessoais de outro tipo quando é certo que o Estado as admite e legitima através da própria lei»⁴³.

A nosso ver, a especial justificação residirá na aplicação do conceito do “superior interesse do menor” ao caso concreto, ou seja, a justificação estaria então no “superior interesse do concepturo”, superior interesse este que seria o de nascer e viver com uma família estável que lhe proporcionasse bem-estar e educação cuidada.

Alguns psicólogos consideram que a biparentalidade é essencial para o normal desenvolvimento da criança a nível afetivo e emocional sobretudo em idades precoces. Porém, os casos bem-sucedidos de famílias monoparentais parecem contradizer a tese dos defensores da biparentalidade.

Quanto à exclusão dos casais homossexuais da PMA, talvez a especial justificação esteja na consideração de que a biparentalidade heterossexual típica seja o modelo que defende melhor o superior interesse do concepturo/menor.

⁴¹ Cfr. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Ob. Cit.*, p. 12.

⁴² Cfr. *Idem, ibidem*, p. 6.

⁴³ *Idem, ibidem*.

No entanto, como sabemos, não há consenso a nível da comunidade de psicólogos sobre se a biparentalidade homossexual prejudica ou não o normal desenvolvimento da criança. Há quem diga que a criança pode ficar confusa num modelo parental em que os pais/mães são do mesmo sexo. Outros, dizem que no casal homossexual o papel de pai e mãe é desempenhado separadamente por cada um dos membros do casal, sendo que a criança identifica facilmente o “pai” e a “mãe”, não havendo assim qualquer “confusão”. Outra explicação (que não uma verdadeira justificação) não de ordem jurídica, mas social, será que a nossa sociedade talvez ainda não se encontre preparada para aceitar que os casais homossexuais possam constituir família (de forma medicamente assistida, ou mesmo de forma legal, já que a adoção por casais homossexuais também não é admitida).

A grande justificação, contudo, para afastar estes grupos da PMA é o facto das técnicas de PMA serem um método subsidiário, e não alternativo, de procriação - art.4º, nº1 da Lei nº 32/2006- e a sua utilização só poder verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade (ou, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras) - art. 4º, nº 2 da mesma Lei. Ora, em geral, as mulheres “solteiras” e os membros de casais homossexuais não preenchem o conceito de infertilidade, pois num caso estaremos perante uma pessoa que não quer ter um relacionamento com outra para ter um filho e no segundo estamos perante pessoas que apesar de terem um relacionamento não conseguem ter filhos por ordem da natureza. E, como tal, a técnica da PMA é excluída por ser um método subsidiário (e não alternativo) de procriação. Mas estaremos a ser correctos? Não será a não possibilidade de procriação de um casal homossexual uma infertilidade que se poderia ficcionar juridicamente e como tal ser concedido a este grupo o benefício da PMA? E relativamente à mulher solteira? Não tem ela direito a escolher uma maternidade pensada, apesar de “querer ser sozinha” no seu percurso de mãe? Tenha-se em conta que o acesso a técnicas de PMA em vários outros países europeus é permitido a mulheres que não têm uma relação heterossexual estável (veja-se o exemplo da nossa vizinha Espanha, no art. 6º, nº1 da Lei 14/2006, de 26 de Maio, sobre técnicas de reprodução humana assistida)⁴⁴.

⁴⁴ O artigo 6º, nº 1 da lei espanhola sobre reprodução assistida dispõe o seguinte: “As mulheres maiores de 18 anos e com capacidade de exercício plena poderão ser recetoras ou beneficiárias das técnicas reguladas nesta Lei, desde que tenham dado o seu consentimento por escrito, de forma livre, consciente e expressa.

A exclusão destes grupos dos benefícios da PMA é seguramente um dos aspetos mais controversos na Lei da Procriação Medicamente Assistida, aspeto este que carece de uma reflexão com base no princípio da proporcionalidade, tanto do ponto de vista dos eventuais danos provocados em terceiros, do interesse do novo ser, do interesse da sociedade e das motivações dos interessados.

Portanto, não se pode afirmar que permitir o acesso às técnicas de PMA a mulheres solteiras ou membros de casais homossexuais constitui uma instrumentalização da vida humana do novo ser no interesse das pessoas a quem a revisão da lei permita que recorram à PMA. Como bem sublinha o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, tal argumento é «inconsistente, na medida em que, do ponto de vista da motivação, da intencionalidade e do interesse de quem recorre às técnicas de PMA – e é esse o plano que conta para o diagnóstico de existência de instrumentalização – não há qualquer diferença entre estar num casal ou fora dele, viver acompanhado ou só, ter uma família ou pretender constituir uma família, ter uma ou ter outra orientação sexual. A motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, porque se pensa que isso será bom para o próprio e, sendo o caso, para o projeto parental que se comunga com alguém, acompanhado da convicção – a não ser que se estivesse no domínio de patologia que pode ocorrer em qualquer situação – de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser»⁴⁵.

No caso de homens solteiros ou casais homossexuais do sexo masculino, a questão do acesso às técnicas de PMA no atual regime é complicada. Como sabemos, para estes poderem recorrer às técnicas de PMA, necessitariam de recorrer à gestação de substituição, também designada na LPMA, erroneamente do ponto de vista ético e antropológico⁴⁶, por maternidade de substituição⁴⁷.

A mulher pode ser beneficiária ou receptora das técnicas reguladas nesta Lei independentemente do seu estado civil ou orientação sexual.”

⁴⁵ *Idem, ibidem*. p. 7.

⁴⁶ No mesmo sentido o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida para quem «a expressão «maternidade de substituição», apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indicadora de ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica» optando pela «expressão de gestação de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode

De acordo com a atual legislação, são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos de gestação de substituição (artigo 8º, nº 1, da Lei da PMA). Se o legislador optar por uma regulação que permite tal prestação de forma gratuita em condições excepcionais⁴⁸ não devemos esquecer que a aceitação, mesmo gratuita, da gestação de substituição pode levantar várias questões do ponto de vista ético e jurídico. Questões ligadas a uma «eventual mercantilização de uma área que se pretenderia imune a lógicas de mercado, exploração e instrumentalização das mulheres, comercialização e coisificação de bebés, de degradação ou afetação do valor simbólico da gestação e da maternidade, para além das dificuldades em estabelecer uma regulação adequada das condições que devem enquadrar os respectivos negócios jurídicos em termos que atendam aos vários interesses em presença»⁴⁹. A ponderação de tais interesses pode resultar da procura de resposta a questões como estas: quem decide que tipo de vida a mulher que suporta a gravidez de substituição pode levar durante a gravidez? Quem

decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva». *Idem, ibidem*, p. 8.

⁴⁷ De acordo com o artigo 8º, nº 2 da LPMA a «maternidade de substituição» é «qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.»

⁴⁸ Como as condições enunciadas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida «a gestante de substituição e o casal beneficiário estão cabalmente informados e esclarecidos, entre outros elementos necessários, sobre o significado e consequências da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (por exemplo, epigenética), constando tal esclarecimento detalhado no consentimento informado escrito, assinado atempadamente; o consentimento pode ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto; neste caso a criança deve ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem a deu à luz; o contrato entre o casal beneficiário e a gestante de substituição deve incluir disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doença fetais e de eventual interrupção voluntária da gravidez; a gestante de substituição e o casal beneficiário devem estar informados que a futura criança tem o pleno direito a conhecer as condições em que foi gerada; a gestante de substituição não deve simultaneamente ser dadora de ovócitos na gestão em causa; a gestante de substituição tem que ser saudável; as motivações altruístas da gestante de substituição devem ser previamente avaliadas por equipa de saúde multidisciplinar, não envolvida no processo de PMA; quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestão (a nível fetal ou materno) são decididas exclusivamente pela gestante de substituição com o apoio de equipa multidisciplinar de saúde; cabe ao casal beneficiário, em conjunto com a gestante de substituição, decidir a forma de amamentação (devendo, em caso de conflito, prevalecer a opção do casal beneficiário); o contrato sobre a gestação de substituição (celebrado antes da gestação) não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição (tais como condicionamentos na alimentação, vestuário, profissão e vida sexual); o embrião transferido para a gestante de substituição tem como progenitores gaméticos, pelo menos, um dos elementos do eventual casal beneficiário; a lei sobre esta matéria e sua regulação complementar serão obrigatoriamente reavaliadas três anos após a respectiva entrada em vigor.» *Idem, ibidem*, pp. 9-10.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 8.

decide se a mulher que suporta a gravidez de substituição pode amamentar? Poderá ela decidir interromper voluntariamente a gravidez de acordo com lei quando aqueles que recorreram à gestação de substituição pretendem que aquela não a interrompa? Mesmo aceitando – se somente, neste contexto, os negócios jurídicos gratuitos baseados no altruísmo da mulher que suporta a gravidez de substituição, e não na comercialização do seu corpo, bem como tendo em conta que tal altruísmo numa sociedade, infelizmente, cada vez mais materialista, vão partir apenas de pessoas com uma ligação afetiva muito forte com aqueles que recorreram à gestação de substituição (família muito próxima ou verdadeiros amigos), será que estas mães biológicas, capazes de atos de altruísmo que são verdadeiros atos de afeto para com pessoas que não podem ter filhos, não terão vontade de manter uma ligação afetiva com a criança ao longo do seu desenvolvimento como se fossem elas as suas mães, (que na realidade o são)? E se essas mulheres recusarem entregar a criança? Poderá esta conhecer a pessoa que a gerou?

Outra questão na lei da PMA geradora de possíveis problemas constitucionais é a consagração do princípio do anonimato do dador de gâmetas (art. 15º, nº 2 da LPMA), apenas com as exceções dos nºs 3 (consentimento aquando do pedido de informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento) e 4 (quando existirem razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial para revelar a identidade do dador) do artigo 15º LPMA. *“O problema do anonimato do dador relaciona-se com o do conteúdo a reconhecer ao direito à identidade pessoal: abrange este o direito do indivíduo a conhecer os seus ascendentes em termos de constituição genética apenas? Ou também o de aceder ao seu nome, e outros dados pessoais, configurando um direito à historicidade pessoal?”*⁵⁰

Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *“O direito à historicidade pessoal designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores (cfr. AcTC nº 157/05), podendo fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, mesmo em alguns casos em que, prima facie, a lei parece estabelecer a preclusão de acionar nas ações de investigação de paternidade (cfr. AcTC nºs 456/03, 525/03 e 486/04). Problemático é saber se isso implica necessariamente um direito ao conhecimento da progenitura, o que levanta dificuldades no caso do regime tradicional da adoção e, também, mais recentemente, nos casos da*

⁵⁰ CFR. NUNES, RUI e MELO, HELENA, *Relatório/Parecer nº P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida* (no âmbito da Associação Portuguesa de Bioética), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1136379873procriacao_assistida.pdf, p. 35

*inseminação artificial heteróloga e das “mães de aluguer”*⁵¹. Neste sentido, o direito à identidade pessoal postularia mesmo o direito à identidade genética como seu substituto.”⁵²

DIOGO LEITE DE CAMPOS, na sua abordagem ao problema, considera que “o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse da pessoa que haja que proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, e que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem o direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano. Utilizando aqui uma expressão retirada de outro texto, diria que a criança é (também) o passado que avança, e este passado são os seus progenitores, em larga medida”⁵³. Segundo este autor, o sigilo sobre o dador viola o disposto nos artigos 2º, 12º, nº 1, 13º, 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa. E violaria quiçá também o direito à identidade pessoal (art. 26º, nº 1 da CRP), na sua dimensão relativa ou relacional, o chamado direito à historicidade pessoal.

Já RUI NUNES e HELENA MELO consideram que “Quanto à questão de saber se aquela criança poderá aceder a dados nominativos pessoais do dador parece-nos que a resposta terá de ser negativa, em nome da paz social e, sobretudo, dos próprios intervenientes no processo. O dador não tem qualquer intenção de assumir responsabilidades parentais relativamente à criança a nascer, nem qualquer relação do ponto de vista afetivo com a mãe desta. O conhecimento da sua identidade apenas traria problemas acrescidos à criança, à sua família social e ao próprio dador.”⁵⁴ Os mesmos autores apontaram também para as exceções a este princípio consideradas na lei: o conhecimento das características genéticas do dador no caso de necessidade para a sua saúde ou para fins de aconselhamento genético e a verificação de impedimento a casamento por consanguinidade, nos termos do art. 1602º do Código Civil.

Neste contexto, no caso de utilização das técnicas de PMA heteróloga⁵⁵, o direito à identidade pessoal, na vertente de direito à historicidade pessoal, deve ser

⁵¹ CFR. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Ob. Cit.*, p. 462.

⁵² *Idem*, *ibidem*, p. 472.

⁵³ CFR. LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Dezembro de 2006, p. 1028.

⁵⁴ CFR. NUNES e MELO, *Ob. Cit.*, p. 36.

⁵⁵ Técnicas de PMA heteróloga são técnicas de reprodução assistida que envolvem a doação de gâmetas de terceiro anónimo estranho ao casal.

substituído pelo direito à identidade genética (seguindo a hipótese considerada por GOMES CANOTILHO). A restrição ao direito à identidade pessoal, na vertente de direito à historicidade pessoal, nos casos de PMA heteróloga seria justificada por força de outros interesses em presença: a garantia da paz social e a proteção dos interesses da criança, da família social e do próprio dador.

No caso da gestação de substituição a LPMA é clara ao referir, no artigo 8, n.º 3, que a mulher que, em contravenção desta lei, «suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer». De acordo com o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, «uma solução deste tipo, na sua rigidez e não atendibilidade das circunstâncias concretas e não complementada com outras garantias (como poderia ser a dependência da avaliação judicial das circunstâncias do caso), só pode ser justificada como meio de sanção e tentativa de dissuasão de comportamentos e práticas ilegais. No entanto, pela sua inflexibilidade pode significar, em termos práticos, que contra o interesse da criança, se esteja a impor a sua vinculação filial a quem a rejeita e nunca a assumiu em projeto parental próprio ou se esteja, em alternativa, a determinar a eventual institucionalização da criança (por exemplo numa situação em que a mãe fosse condenada a pena de prisão pela prática ilegal da gestação de substituição) e sempre com simultânea privação do vínculo com as pessoas envolvidas no respetivo projeto parental e que até podem ser os seus progenitores biológicos»⁵⁶, pelo que se entende que seja «deixado ao juiz a busca da solução mais adequada atendendo às circunstâncias do caso, pelo menos para efeitos de tutela e guarda»⁵⁷.

8. Conclusões

Com todos estes considerandos pensamos que conseguimos demonstrar a europeização do direito constitucional português no caso do direito à identidade genética, consagrado na Constituição formal na revisão constitucional de 1997 por influência da atividade do Conselho da Europa no âmbito dos direitos biomédicos. A Convenção de Direitos do Homem e da Biomedicina influenciou outros documentos

⁵⁶ CFR. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Ob. Cit.*, p. 11.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 12.

relevantes, tanto a nível regional (cfr. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em particular o art. 3º), como a nível mundial (Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos). Os princípios básicos enunciados nesta Convenção, confirmados pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia enquanto mínimo denominador comum, chegam hoje à Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, sobre procriação medicamente assistida. Esta lei, apesar de ser uma lei garantística do direito à identidade genética, trata, contudo, estas questões de forma lateral, uma vez que se destina primordialmente a regular as práticas de reprodução artificial, que haviam estado “esquecidas” e sem regulação efetiva por mais de vinte anos. Este diploma, como vimos, é ainda susceptível de levantar problemas de constitucionalidade, alguns por nós analisados.

De todo o estudo e análise efectuados, verificamos que as questões ligadas à biomedicina e à engenharia genética, entre as quais se encontra o direito à identidade genética e a sua proteção, não mais podem ser dissociadas das grandes directrizes (as atuais e as futuras) mundiais e sobretudo europeias nestes âmbitos, pois só assim poderá ser protegida a identidade genética individual e a identidade genética do ser humano enquanto espécie.

Todas estas questões, sobretudo as ligadas às intervenções com carácter terapêutico em células germinais, implicam uma mudança de paradigma nestas matérias. Com efeito, por oposição ao direito a um património genético não manipulado afirmado no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, já alguns autores defendem o surgimento de um novo direito, o direito a não herdar defeitos genéticos detetados e elimináveis cientificamente. O chamado princípio da cautela ou princípio da prudência sempre se impôs nestas matérias, mas com o avanço científico e os resultados alcançados não mais podemos negar os benefícios de determinadas intervenções terapêuticas a nível germinal. Estas não devem ser recusadas liminarmente, pois “outros valores mais altos se levantam”.