

UNIVERSIDADE DO PORTO
FACULDADE DE DIREITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS
TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE
ASSISTIDA**

Maria Regina Moreira Gonçalves

Orientação pela Professora Doutora Rute Teixeira Pedro

Dissertação de Mestrado apresentada para
efeitos de obtenção do grau de Mestre em
Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade
de Direito da Universidade do Porto.

Porto, outubro de 2020

Resumo \ abstract

O presente trabalho aborda as problemáticas decorrentes da aplicação das técnicas de PMA, na perspectiva do funcionamento do instituto jurídico da Responsabilidade Civil em relação à clínica de PMA.

Para este efeito, analisaremos brevemente as técnicas existentes, os avanços legislativos nesta matéria, analisando criticamente o regime atualmente em vigor. Posteriormente, procederemos ao enquadramento contratual desta realidade, percorreremos o *iter* necessário até à celebração do contrato de PMA e estudaremos a posição de cada um dos sujeitos com intervenção neste processo. De seguida, refletiremos sobre a natureza da obrigação de recai sobre a clínica de PMA, como uma obrigação de meios ou de resultado.

Por último, centraremos a nossa atenção no estudo da Responsabilidade Civil referente às clínicas que, no foro privado, aplicam as técnicas de PMA. Aqui equacionaremos situações potencialmente geradoras de responsabilidade, analisaremos qual a modalidade de Responsabilidade Civil aplicável e estudaremos o funcionamento dos requisitos deste instituto nestas hipóteses. Finalmente, centraremos a nossa análise na posição dos sujeitos que mais frequentemente são atingidos na sua esfera jurídica durante os processos de PMA: os beneficiários e as crianças nascidas com recurso à mesma.

This study approaches the problems derived from the application of medical assisted procreation under the perspective of the juridical functioning of the civil liability institute in relation to the practice of medical assisted procreation.

For this purpose, we will shortly analyze the existing techniques, the legislation progresses in this matter and critically analyze the regime presently in force. Later we will proceed with the contractual framing of this issue, pursue the necessary path until the celebration of the medical assistance procreation contract and study the position of each of the subjects intervening in this process. Following, we will reflect upon the nature of the obligation that befalls upon the assisted procreation practice as an obligation of means or results.

Lastly, we will center our attention in the study of the civil liability concerning the clinics that privately, apply the techniques of medical assisted procreation. At this point, we will reflect upon situations that may potentially generate accountability, we will analyze which of the models of civil liability would be applicable and we will study the functioning of this institute's requirements under these hypotheses. Finally, we will focus our analysis on the position of the subjects that are most frequently reached in their juridical sphere during the processes of assisted procreation: the beneficiaries and the children born as a result of those methods.

Sumário

Lista de abreviaturas	5
Introdução.....	6
I. Das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.....	7
1. Do conceito de Infertilidade	7
2. Das técnicas de PMA propriamente ditas.....	9
II. Resenha histórica e evolutiva da Lei n.º 32/2006	13
1. Abordagem histórica	13
2. Lei 32/2006 – versão originária	15
3. Das sucessivas alterações à Lei 32/2006	21
a. Lei n.º 17/2016 – Alargamento do âmbito subjetivo da lei	21
b. Lei n.º 25/2016 – Admissibilidade da Maternidade de Substituição.....	23
c. Lei n.º 48/2019 – Confidencialidade dos dadores	28
4. Críticas à Lei da Procriação Medicamente Assistida.....	30
III. Do contrato de Procriação Medicamente Assistida	34
1. Do complexo contratual associado à PMA	34
a. Do contrato de doação de gâmetas prévio à PMA heteróloga.....	34
b. Do Contrato de PMA propriamente dito	36
2. Do <i>iter</i> formativo do contrato de PMA.....	40
3. Dos sujeitos com intervenção na PMA.....	41
a. Dadores de material genético	41
b. Do banco de gâmetas.....	43
c. Da clínica de PMA	46
d. Dos beneficiários	48
4. Obrigação da clínica de PMA: obrigação de meios <i>versus</i> obrigação de resultado	50
IV. Da Responsabilidade Civil das clínicas de PMA	55
1. Dos hipotéticos cenários de Responsabilidade Civil das clínicas de PMA	55
2. Da modalidade de Responsabilidade Civil que recai sobre as clínicas de PMA	58
3. Do sujeito passivo da obrigação de indemnizar	63
4. Dos requisitos da Responsabilidade Civil	65
a. Do facto voluntário.....	66
b. Da ilicitude	67
c. Da culpa.....	69
d. Dos danos	73
e. Do nexo de causalidade	74
5. Dos credores da tutela indemnizatória	77
a. Dos beneficiários	77
b. Das crianças nascidas com recurso à PMA	81
V. Conclusão	93
VI. Bibliografia Citada	94

Aos meus Pais, a quem devo tudo.
Que sempre falem as palavras para vos
agradecer.

À minha irmã Beatriz, pela amizade,
companheirismo e alegria nos dias mais duros.

Ao Rui, por caminhar do meu lado, pela
compreensão e pela força.

Um agradecimento especial à Professora
Doutora Rute Teixeira Pedro por toda a ajuda,
orientação, preocupação e disponibilidade.

Lista de abreviaturas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Act. – Atualizada

Al/Als – Alínea/ Alíneas

Art. – Artigo

CC – Código Civil Português

CDM – Código Deontológico dos Médicos

Cfr. – Confrontar

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGPI – Preimplantation Genetic Diagnosis

Et al. – E outros

FIV – Fertilização in vitro

FIVETE – In Vitro Fertilization and Embryo Transfer

GIFT – Gamete Intrafallopian Transfer

I. e. – Isto é

ICSI – Intracytoplasmic Sperm Injection

IUI – Intrauterine Insemination

LBS – Lei de Bases da Saúde

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida

N.º – Número

OMS – Organização Mundial da Saúde

P./ PP – página/ páginas

PMA – Procriação Medicamente Assistida

PZD – Partial Zona Dissection

Reimp. – Reimpressão

Rev. – Revista

Ss - Seguintes

SUZI – Subzonal Insemination

TC – Tribunal Constitucional

V.g – Verbi gratia

Vol. – Volume

ZIFT – Zygote Intrafallopian Transfer

Introdução

À emergência das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), recurso cada vez mais utilizado por inúmeros casais com dificuldades em prosseguir o seu desejado projeto parental, surgem acopladas múltiplas questões às quais o Direito é chamado a dar resposta.

A minuciosidade técnica e o concurso de múltiplos fatores para o sucesso da intervenção, muitos deles em que se encontram presentes componentes não controláveis pelo ser humano, fazem com que, amiudadas vezes, o curso destas intervenções conheça perturbações, causando com isso danos, não apenas para aqueles que decidem recorrer à PMA, mas também para os que nascem com recurso às mesmas.

Na verdade, esta área de intervenção médica na esfera da reprodução humana que, apesar de não ser nova, conhece hoje um novo impulso, coloca desafios de monta ao funcionamento do instituto convocado para liquidar o dano produzido na esfera jurídica de alguém: a Responsabilidade Civil.

Todavia, o Direito, pela figura do legislador, parece escudar-se na volatilidade e constante mutação deste campo da ciência médica, para aí encontrar uma justificação para a ausência de tratamento específico desta questão, lacuna preenchida com o esforço da doutrina e jurisprudência que vão teorizando e decidindo casuisticamente qual a solução a dar a cada caso.

Neste trabalho, começamos por fazer uma breve resenha das técnicas de PMA, para melhor compreensão de pendor prático do tipo de procedimentos em causa. De seguida, passamos para a enunciação do percurso legislativo até agora desenvolvido e para a enunciação sumária dos controversos e inflamados celeumas que esta área convoca. Posteriormente, concentraremos a nossa atenção na análise de vários aspetos muito relevantes do ponto de vista civilista. Vamos, assim, atentar na espécie contratual que é, em regra, celebrada, bem como nas obrigações decorrentes do contrato em apreço. A consideração do funcionamento da Responsabilidade Civil demanda que, de seguida, atentemos na modalidade ou modalidades de Responsabilidade Civil que podem ser convocadas nas situações fácticas da espécie que é objeto de estudo. Este percurso servirá para refletir criticamente sobre o modo por que o instituto da Responsabilidade Civil, tal qual o conhecemos, poderá aqui operar.

I. Das técnicas de Procriação Medicamente Assistida

Para a reflexão que nos propomos fazer, reveste de grande utilidade analisar, ainda que sumariamente, as diversas técnicas de PMA e abordar algumas questões atinentes ao problema crescente da infertilidade, entendida como a principal causa para o recurso à reprodução assistida. Estabeleceremos, assim, um enquadramento prévio, imprescindível para a compreensão das matérias técnico-jurídicas que irão ser tratadas adiante.

1. Do conceito de Infertilidade

A infertilidade é apontada como principal motivação, apesar de não ser hoje a única¹, para o recurso às técnicas de PMA. Por esse motivo, justifica-se uma breve reflexão quanto a este fenómeno crescente.

Neste reporte, a ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE INFERTILIDADE concebe a infertilidade como “*o resultado de uma falência orgânica devida à disfunção dos órgãos reprodutores, dos gametas ou do conceto*”, concluindo que “*um casal é infértil quando não alcança a gravidez desejada ao fim de um ano de vida sexual contínua sem métodos contraceptivos*”². Já de acordo com OMS esta é apontada como uma “*doença do sistema reprodutivo, definida como incapacidade de alcançar gravidez clínica após 12 meses de relações sexuais desprotegidas*”.

A infertilidade é usualmente qualificada como primária ou secundária, verificando-se a primeira quando nunca foi obtida gravidez sem intervenção, e a segunda quando a mulher conseguiu já anterior gravidez, sem recurso a quaisquer métodos de PMA, tendo, todavia, decorrido mais de 12 meses sem que consiga alcançar nova gravidez³.

¹ Atualmente a possibilidade de recurso às técnicas de PMA não é exclusiva de quem padece de problemas de infertilidade, mas representa igualmente uma via para que mulheres, solteiras ou casais homossexuais, alcancem uma gravidez, bem como os casais em que um ou dois dos membros sofra de doenças e pretendam recorrer a estas técnicas como modo de evitar que os seus descendentes venham a padecer da mesma.

² Associação Portuguesa de Fertilidade. [Em linha]. [Consult. 24 Dez. 2019]. Disponível em <http://www.apfertilidade.org/infertilidade.php>.

³ Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción. [Em linha]. Madrid, Adalia, 2007. [Consult.

Relativamente à incidência da infertilidade, pese embora a dificuldade em apontar números exatos, é possível identificar uma clara tendência para o aumento do número de casos, como deu conta JOÃO ÁLVARO DIAS logo em 1996⁴. De acordo com dados da OMS, a infertilidade afeta, a nível mundial, aproximadamente 10% a 15% da população, representando 50 a 80 milhões de pessoas⁵. Já a nível nacional, de acordo com o estudo AFRODITE⁶, a infertilidade afeta entre 9% a 10% da população portuguesa⁷⁸.

Face ao mencionado crescimento das situações de infertilidade, a perceção social de tal problema tem vindo, a par e passo, a ajustar-se à situação vivida por inúmeros casais, abandonando-se a perspetiva do fado desenhado e imputado à mulher, para passar a ser apreendido pela comunidade como um verdadeiro problema clínico, cuja resolução pode estar ao alcance dos interessados em realizar o seu projeto parental com recurso às técnicas de PMA⁹.

24 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/completo.pdf>. ISBN 978-84-93-5464-1-0, p. 6.

⁴ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida e a Responsabilidade Médica*. Coimbra, Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0734-6, p. 32.

⁵ GALHARDO, Ana; GOUVEIA, José Pinto; CUNHA, Marina - *Escala de Preocupações durante a Procriação Medicamente Assistida: Estudo exploratório das características psicométricas da versão portuguesa*. [Em linha]. [S.l.], Laboratório de Psicologia, 2012. [Consult. 22 Dez. 2019]. Disponível em <http://publicacoes.ispa.pt/publicacoes/index.php/lp/article/view/621>. ISBN 1646-6004.

⁶ CARVALHO, João Luís Silva; SANTOS, Ana - *Estudo AFRODITE – Caracterização da Infertilidade em Portugal* [Em linha]. Porto, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2009 [Consult. 24 Dez. 2019]. Disponível em static.publico.pt/docs/sociedade/AfroditeInfertilidade.pdf.

⁷ BARROS, Alberto - *Procriação Medicamente Assistida: Novos Direitos, Novos Desafios*. In *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, p. 7. Refletindo sobre este fenómeno, não podemos deixar de realçar o próprio modo de funcionamento do sistema reprodutor pois, como explica Alberto Barros “a complexidade dos mecanismos reprodutivos é tal que, mesmo nos casais em que “tudo” está aparentemente bem, a probabilidade mensal de alcançar uma gravidez de forma natural ronda os 25%, em mulheres até aos 30 anos, mas já será de 5-10% aos 40 anos e inferior a 1% a partir dos 45”.

⁸ Este fenómeno tem vindo a aumentar, veja-se que 2,1 é o número de crianças necessárias à renovação de gerações, sendo que em 2019 registou-se uma média de 1,49 nascimentos por indivíduo, segundo Indicadores de Fecundidade publicados no site da Pordata, [Consult. 23 Ago. 2020]. Disponível em <https://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+fecundidade+%C3%8Dndice+sint%C3%A9tico+de+fecundidade+e+taxa+bruta+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o-416>

⁹A este propósito, são múltiplos os exemplos ao longo a história de tentativas de contornar situações de infertilidade, como é o caso de D. Henrique IV, Rei de Castela, e D. Joana de Portugal que, já no século XV, em face do problema de fertilidade de D. Henrique IV, que o impedia de consumir a cópula, recorreram à inseminação sem cópula, o que, de acordo com o relatado, resultou na gravidez e posterior nascimento de uma criança. Já o primeiro registo científico de recurso a técnicas de PMA deveu-se a Thouret, que inseminou artificialmente a sua mulher com o seu próprio material reprodutor.

2. Das técnicas de PMA propriamente ditas

No que se refere às técnicas de PMA propriamente ditas, estas podem ser definidas como os procedimentos, que incluem a manipulação de gâmetas ou embriões, com vista à obtenção de uma gravidez¹⁰. Em termos simplistas, trata-se de um conjunto de procedimentos médicos e laboratoriais, destinados a alcançar uma gravidez, através da manipulação de material reprodutor, dispensando para tal a prática de relações sexuais. Tais técnicas assumem, cada vez mais, um papel de destaque face ao aumento crescente dos casos de infertilidade.

O recurso às técnicas de PMA conheceu o seu grande desenvolvimento durante o século XX, tendo sido em 25 de Julho de 1978, em Inglaterra, que nasce o primeiro bebé gerado com recurso à FIV, isto é, em que o processo de fertilização ocorreu não *in vivo*, no aparelho reprodutor feminino, mas em ambiente laboratorial, ficando Louise Joy Brown conhecida como o primeiro “*bebé-proveta*”. Desde então, nasceram cerca de quatro milhões de crianças com recurso a estas técnicas¹¹. Ao seu ritmo, Portugal foi acompanhando os avanços da ciência médica, tendo introduzido em 1985 a IUI. Entretanto, em 25 de fevereiro de 1986, ocorre o nascimento do primeiro bebé concebido *in vitro* no nosso país, com recurso à FIV, pela mão do médico António Pereira Coelho¹². Pouco tempo depois, em 1994, foi pela primeira vez aplicada a ICSI no nosso país.

Quanto à PMA propriamente dita, é possível assinalar uma multiplicidade de técnicas, a que faremos uma referência muito breve, atenta a economia do presente trabalho. Assim, sem esgotar o reportório, podemos apontar as seguintes: Inseminação Intrauterina (IUI), Transferência Intratubária de Gâmetas (GIFT), Fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE), Transferência Intratubária de Zigotos (ZIFT), Dissecação Parcial da Zona Pelúcida Ovocitária (PZD), Inseminação Subzonal (SUZI) e, ainda, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI)¹³. De modo breve, e sem o rigor técnico que

¹⁰ ZEGGER-HOCHSILD, Fernando [et. al] - The ICMART Glossary on Art Terminology. In *Human Reproduction* [Em linha] Vol.21, nº.8, 2006, p. 1968–1970. [Consult. 05 Jan. 2020]. Disponível em <https://academic.oup.com/humrep/article/21/8/1968/2938650>.

¹¹ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A lei da procriação medicamente assistida anotada*. 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, ISBN 978-972-32-1905-0, p. 5.

¹² Segundo informação do Jornal Médico. [Em linha]. [Consult. 20 Ago. 2020]. Disponível em <https://www.jornalmedico.pt/mundo/31992-primeira-crianca-concebida-por-fiv-nasceu-ha-30-anos.html>.

¹³ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade: o exercício de direito reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra, Almedina, 2014. Tese de doutoramento

uma abordagem científica exigiria, tentaremos clarificar em que consistem cada uma das referidas técnicas.

A IUI processa-se através da estimulação da ovulação da mulher, após a qual o sémen, previamente tratado, é introduzido diretamente no aparelho genital feminino, sendo esta técnica apontada como a menos invasiva e dispendiosa¹⁴. Por seu turno, a GIFT é a técnica através da qual, após a já referida estimulação ovárica e recolha de ovócitos da mulher, se procede à transferência do material reprodutor (óvulos e espermatozoides), previamente tratados em laboratório, para as trompas uterinas da beneficiária, de modo a que a fecundação ocorre no aparelho reprodutor feminino. Destarte, a IUI e a GIFT distinguem-se das demais técnicas pela característica da fecundação ocorrer *in vivo*, i. e. no aparelho reprodutor feminino.

Já na fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões¹⁵, após estimulação ovárica, procede-se à recolha dos gâmetas femininos e masculinos, que são devidamente tratados, tendo então lugar a inseminação laboratorial dos ovócitos onde, de modo espontâneo, o espermatozoide penetra o ovócito ocorrendo, assim, a fertilização. Posteriormente, procede-se à transferência dos embriões para o útero da beneficiária¹⁶.

A ZIFT, seguindo o mesmo processo da FIV, apresenta todavia um desvio quanto ao momento da transferência pois, ao passo que na FIV se procede à transferência do embrião, já na ZIFT a transferência ocorre logo após a fecundação, momento em que o produto da fertilização se encontra ainda na fase de zigoto¹⁷, sendo este transferido para a trompa de Falópio e não para o útero. Por seu turno, a técnica PZD consiste na dissecação parcial da zona pelúcida do ovócito, com recurso a agentes físicos ou químicos, de modo a facilitar a penetração

em Ciências Jurídico-Políticas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011. ISBN 978-972-40-5194-9, p. 382-383.

¹⁴ GOUVEIA, Fátima Dalina Gomes - Implicações bioéticas sobre procriação medicamente assistida. In *Revista de Enfermagem* [Em linha]. Vol. 2, nº. 12 (2010) p. 108. [Consult. 24 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=388239959005>. ISSN: 0874-0283.

¹⁵ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida - *Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de PMA* [Em linha]. [S.l.], Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, 2008, actual. Julho 2013. [consult. 23 Ago. 2020], Disponível em <https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/ficheiros-de-upload-diversos/requisitos-e-parametros-de-funcionamento-dos-centros-de-pma-pdf.aspx>. De acordo a referida orientação “o número de embriões a transferir para o útero deve ser de um ou dois, devendo o número máximo de três embriões ser considerado apenas em situações de carácter excecional”.

¹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 390 – 392. De realçar que, atento os avanços da ciência e da possibilidade de criopreservação, o momento que dista a fertilização e o momento da transferência do embrião para o útero materno pode ser alargado, até ao prazo máximo de 3 anos, com possibilidade de prorrogação por igual período de tempo, cfr. art. 25.º, n.º 1 e 2 da LPMA, sendo esta possibilidade especialmente útil em caso de falha dos ciclos anteriores ou caso os beneficiários pretendam nova gravidez posteriormente.

¹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 383.

dos espermatozoides através da redução da membrana externa do ovócito¹⁸. Diferentemente, a SUZI ocorre através da injeção de alguns espermatozoides na área entre a zona pelúcida e a membrana externa no ovócito e, portanto, não diretamente no seu núcleo¹⁹.

Na ICSI todo o processo de estimulação ovárica e recolha dos gâmetas (óvulos e espermatozoides) ocorre do modo *supra* referido, com a diferença de a fertilização ocorrer através da introdução de um único espermatozoide no interior do ovócito, isto é, no citoplasma ovocitário²⁰. Esta técnica é especialmente útil em casos mais graves de infertilidade masculina, permitindo evitar o recurso a material de dadores²¹²².

Por último, os avanços da PMA permitem, hoje em dia, evitar a transmissão de doenças genéticas dos progenitores para o embrião, mediante recurso ao DGPI ao possibilitar a identificação de embriões não portadores de anomalias ou malformações congénitas graves, seleccionando para transferência apenas os embriões saudáveis²³. A somar, esta técnica permite ainda que seja identificado o sexo do embrião, relevante para as hipóteses em que exista risco de este ser portador de doença grave ligada ao cromossoma X ou garantir tratamento a um irmão doente que não tenha dador compatível, comumente designados por “bebés medicamento”²⁴.

¹⁸ SANTOS, Agostinho de Almeida; RENAUD, Michel; CABRAL, Rita Amaral - *Relatório Procriação Medicamente Assistida*. [Em linha]. [S.l.], Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2004. [Consult. 22 Dez. 2019]. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf.

¹⁹ SANTOS; RENAUD; CABRAL - *Relatório Procriação...* p. 9.

²⁰ DEVROEY, P. [et al.] - Pregnancies after testicular sperm extraction and intracytoplasmic sperm injection in non-obstructive azoospermia. *In Human Reproduction*. [s.l.], Oxford University Press. Vol.10, nº.6, 1995, p. 1457 - 1460.

²¹ STEIRTEGHEM, A. C. Van [et al.] - High fertilization and implantation rates after intracytoplasmic sperm injection. *In Human Reproduction*. [s.l.], Oxford University Press, Vol.8, nº 7, 1993, p. 1061 – 1066.

²² Para efeitos do presente trabalho iremos adotar a expressão “dador” porquanto corresponde à expressão utilizada na LPMA (v.g. art.10.º, n.º 2 e 19.º). No entanto, como iremos explicitar adiante, o ato em que se traduz esta entrega de material reprodutor por terceiro é qualificada como um contrato de doação *sui generis*. Assim, apesar de usarmos a palavra “dador”, para este efeito “dador” e “doador” correspondem a palavras sinónimas.

²³ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p. 135.

²⁴ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p. 136-137. CRORIE, Benedita Mac - O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. *In Debatoando a Procriação Medicamente Assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, p. 59. A referida Autora salienta o juízo de constitucionalidade a que foi submetida a possibilidade de aplicação das técnicas de DGPI destinado a salvar a vida de irmão. Apesar da instrumentalização da vida que viria a nascer, o Tribunal Constitucional decidiu pela constitucionalidade desta técnica pois, apesar de gerado “precisamente com o intuito de salvar um terceiro, é inegável que está a ser utilizado como um meio”, não existindo, contudo, qualquer violação da dignidade do ser que vem a nascer atendendo ao “significado social da acção”, fazendo uma ponderação entre os diferentes direitos em jogo e considerando o fim visado, isto é, a protecção da saúde de um terceiro em perigo de vida”.

De referir que, das diversas técnicas expostas, atualmente, a GIFT, ZIFT²⁵, PZD e a SUZI²⁶ não são usualmente utilizadas, recorrendo-se mais frequentemente à IUI, FIV e ICSI.

Por último, importa fazer uma distinção respeitante à origem do material utilizado nas técnicas de PMA, e que opõe a reprodução homóloga à heteróloga. Neste conspecto, na reprodução homóloga os gametas utilizados pertencem ao próprio casal beneficiário, enquanto na reprodução heteróloga se recorre a material de terceiros dadores. Quanto à reprodução heteróloga, é ainda possível dentro desta operar a uma subdivisão, entre reprodução totalmente ou parcialmente heteróloga, consoante os gametas não provenham de nenhum dos beneficiários no primeiro caso, ou provenha de um deles no segundo²⁷.

Claro está que a reprodução heteróloga assume um carácter subsidiário em relação à reprodução homóloga, que se afigura como preferencial, desde logo pela sua maior segurança, mas também por permitir uma correspondência entre a verdade genética e a verdade dos afetos. Por isso, a reprodução homóloga é apenas afastada nos casos em que seja necessário o recurso a material de dadores com vista a alcançar uma gravidez ou obviar à transmissão de uma doença genética grave ao novo ser (arts. 10.º, n.º 1, 19.º, n.º 1 e 27.º, n.º1 LPMA).

No que concerne à tramitação dos procedimentos na PMA, procede-se inicialmente a uma avaliação da infertilidade²⁸, através da realização de exames para estudo das causas de infertilidade dos beneficiários, cujos resultados habilita o profissional a definir qual a concreta técnica que, de acordo com a situação clínica, se revela mais adequada com vista à obtenção de uma gravidez. Por último, na escolha da concreta técnica de PMA, é aplicada uma ideia de escalonamento, devendo o médico escolher primeiramente a técnica menos invasiva, que normalmente será a IUI, reservando as restantes, por serem mais intrusivas e complexas, para as hipóteses em que as técnicas mais simples não tenham sido eficazes ou se revelem *ab initio* inúteis.

²⁵ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 383. Segundo a referida Autora, a ZIFT “são raramente utilizados, pois em regra a transferência de embriões processa-se para o útero de forma a aumentar as possibilidades de nidação. Além disso, estes eram processos invasivos, pois revela-se necessária a realização de laparoscopia para se conseguir a colocação dos embriões a trompa”.

²⁶ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 384. A mesma Autora identifica a propósito da SUZI a existência de “vários riscos e inconvenientes destas técnicas, tais como óvulos não fertilizados ou fertilizados por múltiplos espermatozoides e perturbações o crescimento embrionário”.

²⁷ FALCÃO, Marta Filipa Geraldês - *Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*. Salamanca, Universidade de Salamanca, 2013. Tese de doutoramento apresentada na Universidade de Salamanca, p.52.

²⁸ BARROS, Alberto - Procriação Medicamente Assistida. In *Direito da saúde: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. IV. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, p. 110-111.

II. Resenha histórica e evolutiva da Lei n.º 32/2006

Como referido *supra*, as técnicas de PMA são utilizadas em Portugal desde a década de 80, todavia, só em 2006 é que finalmente foi aprovada legislação unificada destinada a regulamentar tais práticas. Neste sentido, revela-se útil ao presente estudo e para melhor compreensão do caminho gizado até ao regime atual, analisar, ainda que sumariamente, os antecedentes da atual LPMA e os sucessivos avanços e recuos legislativos. Finalmente importa dar conta das traves mestras do regime atualmente em vigor.

1. Abordagem histórica

De entre os países da União Europeia, Portugal foi daqueles em que mais tarde foi aprovado um diploma legislativo de regulamentação das técnicas de PMA. De notar que, já a partir da década de 80 do século passado, vários foram os Estados Europeus que avançaram com a elaboração de diplomas legais destinados a regulamentar esta matéria.

Na vanguarda de tal feito, destaca-se a lei sueca que em 1985 publica o seu *Act on Insemination*, pisadas seguidas pelo Ordenamento Jurídico Espanhol com a *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* de 1988 e, mais tarde, reproduzido por França com as leis bioéticas francesas de 1994²⁹. Em Portugal, este processo conheceu alguns percalços até que fosse vertido em letra de lei um diploma regulamentador das referidas técnicas, o que apenas veio a ocorrer em 2006.

Antes disso, já em 1986 havia sido constituída em Portugal uma comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, responsável também pela elaboração de um anteprojeto de lei que regulamentasse a PMA. A este propósito, surgiu o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, diploma que teria um carácter meramente transitório³⁰. Entretanto, em 1997 a Lei Constitucional n.º 1/97³¹ aditou a al. e) ao art. 67.º, n.º 2 CRP, determinando que incumbia

²⁹ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p. 10-11.

³⁰ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...*p. 11-12. Como as referidas Autoras denotam, o regime deste Decreto-Lei era bastante restritivo, admitindo apenas a prática de inseminação artificial homóloga, fertilização *in vitro* e fertilização intratubária, já a inseminação heteróloga ou qualquer técnica com recurso a material congelado necessitaria de autorização prévia.

³¹ Lei Constitucional n.º 1/97 - Diário da República n.º 218/1997, Série I-A de 1997-09-20.

ao Estado “*regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”. Assim, tornou-se imperativa a aprovação de um diploma legislativo que desse cumprimento ao estatuído pela própria Constituição.

É inegável o contributo que tal alteração constitucional comportou para PMA, fazendo dissipar dúvidas prementes. Por um lado, demonstrou a concordância do legislador constitucional quanto à aceitação destas técnicas. Por outro lado, e acima de tudo, tornou patente a necessidade de as regular, de molde a que o recurso às mesmas não pudesse configurar meio de atropelo à dignidade da pessoa humana³².

Nesta sequência, em 1999, foi apresentada pelo Governo e aprovada pela Assembleia da República uma proposta de lei que regulava as técnicas de PMA. Deu-se, todavia, o veto por parte do Presidente da República, com fundamento na ausência de suficiente debate, o que conduziu à manutenção da vigência do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, pese embora o seu pretense carácter transitório. Estas matérias eram igualmente reguladas, em aspetos pontuais, por algumas normas contidas em legislação ordinária. Exemplo disso era a da previsão normativa contida no art. 1839.º, n.º 3 CC, de onde resultava e continua a resultar o afastamento da impugnação da paternidade por parte do cônjuge que haja consentido na PMA. Outro exemplo é o da legislação penal que criminaliza, no art. 168.º do Código Penal Português, a prática de procriação artificial não consentida³³.

Assim, apenas em 2006, surgiu a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, conjunto normativo que não nasceu sem a natural fragmentação inerente ao tratamento das matérias desta natureza. Na verdade, se por um lado uma facção se mostrava apoiante da necessidade de regulamentação, vozes havia que defendiam a manutenção da ausência de enquadramento normativo legal. Este último entendimento era sustentado na perceção da insuficiência de qualquer regulamentação numa área de constantes mutações e avanços científicos, o que faria cair o diploma na sua rápida

³² DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Coimbra, Almedina, 2003. ISBN 972-40-1893-8, p. 49. SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p.18. NUNES, Rui; MELO, Helena - *Relatório/ Parecer N.º P/03/APB/05 sobre a Procriação Medicamente Assistida*. [S.l.] Associação Portuguesa de Bioética, 2005, p. 2 -3. Para este fim contribui, ainda, o próprio CNECV que, nos seus pareceres e relatórios advertia para o vazio legislativo existente e, ainda, os compromissos de ordem internacional assumidos por Portugal como a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina e a própria participação na elaboração de relatórios internacionais reguladores da PMA.

³³ NUNES, Rui; MELO, Helena - *Relatório/ Parecer ...* p. 3. PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família Contemporâneo*. 7.ª ed.. Coimbra, Gestlegal, 2020. ISBN 978-989-8951-44-1, p. 200.

desatualização, além da incapacidade de alcançar um consenso quanto às matérias a disciplinar³⁴.

2. Lei 32/2006 – versão originária

A Lei n.º 32/2006 veio, assim, dar resposta à necessidade de previsão na nossa Ordem Jurídica de um instrumento que regulasse o fenómeno da PMA. Todavia, este diploma não ficou incólume a críticas e foi objeto, como veremos, de sucessivos remendos, o que, em certa parte se compreende, atenta a adaptação progressiva da legislação à evolução social e conceções éticas comunitárias.

De realçar que a regulamentação legal da PMA permitiu minimizar o fenómeno designado de turismo reprodutivo, no qual os casais, almejando realizar o seu projeto parental, se deslocavam a países terceiros para aí obterem a necessária reprodução assistida, bem como o tráfico clandestino de material biológico e a realização ilegal destas técnicas, desprovidas dos cuidados médicos necessários³⁵. Assim, e na esteira do que vinha sendo realizado noutros países, o legislador português passou a prever e regulamentar a PMA.

Neste conspecto, importa analisar superficialmente os pontos nevrálgicos da primeira versão da LPMA, aferindo qual foi o posicionamento inicial do nosso legislador. Depois atentaremos nas alterações que foram sendo introduzidas e que, no fundo, acompanharam a mudança de pensamento comunitário nestas matérias.

A versão originária da LPMA previu expressamente no seu art. 2.º as técnicas de PMA admissíveis, designadamente a IUI, FIV, ICSI, GIFT, ZIFT e DGPI, pese embora não fosse taxativa na sua enunciação pela consciência da volatilidade inerente a esta área científica, admitindo, portanto, na sua al. f) “*outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias*”, de modo a permitir a adaptação da legislação às constantes mudanças da ciência médica³⁶, à semelhança da maioria da legislação europeia.

³⁴ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p.9.

³⁵ NUNES, Rui; MELO, Helena - *Relatório/ Parecer ...* p. 2.

³⁶ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...*p. 15.

Ademais, assumia-se como basilar, nesta primeira versão, o Princípio da Subsidiariedade, tal qual previsto no art. 4.º LPMA. De acordo com este preceito, as técnicas de PMA eram consideradas como métodos subsidiários e não alternativos, aplicáveis apenas em casos de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras³⁷. Destarte, encontrava-se bem definido o papel desempenhado pela PMA, como um conjunto de técnicas desenvolvidas e utilizadas com vista a auxiliar na prossecução do projeto parental daqueles que, em virtude de infertilidade ou perante o risco de transmissão de doença, necessitavam de recorrer às mesmas, não se assumindo como mera alternativa à procriação natural.

Assim, e parafraseando as palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO o sistema instituído nessa altura impunha a uma lógica de subsidiariedade da PMA, negando-se qualquer direito a “*escolher livremente entre a procriação mediante acto sexual e a procriação assistida*”³⁸. Tal visão acabou, como veremos, por ser ultrapassada com as sucessivas alterações à LPMA.

De facto, recuando a 2006, era tendência europeia que as técnicas de PMA revestissem este carácter subsidiário³⁹, sendo que, também no plano supranacional se enveredava pela mesma orientação. Nesse sentido, veja-se o relatório “*Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética e da fecundação artificial humana*”, da Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos, onde se consignou que “*a fecundação artificial in vivo e in vitro deverá visar uma finalidade terapêutica (superar a questão da esterilidade) e só deverá ser autorizada mediante indicação médica*”⁴⁰.

No que respeita aos beneficiários, circunscrevia o art.6.º, n.º1 LPMA a possibilidade de utilização destas técnicas apenas a pessoas casadas, que não se encontrassem separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, bem como quem, sendo de sexo diferente, se encontrasse em união de facto há pelo menos 2 anos. Como veremos, em 2016, em virtude de

³⁷ Segundo o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009 “*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*”, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>.

³⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte - Procriação Medicamente Assistida. In *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Vol. I. Coimbra, Almedina, 2005. ISBN 9789724026107. p. 769-770.

³⁹ Esta opção era motivada precisamente por questões éticas, morais e todas as demais contingências que o recurso a estas técnicas importam e que tornavam desejável que apenas fossem utilizadas quando efetivamente necessárias.

⁴⁰ Parlamento Europeu, Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos - *Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética e da fecundação artificial humana*. Luxemburgo, Serviços das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990. ISBN 92-823-0210-5, p.22.

uma alteração legislativa, modificou-se radicalmente o paradigma até então estabelecido neste ponto.

Cumulativamente, fez o legislador corresponder a possibilidade de recurso à PMA com a capacidade de exercício de direitos, prevendo que podiam ser beneficiários das técnicas os maiores de 18 anos, desde que não interditos ou inabilitados por anomalia psíquica⁴¹. Esta determinação legal foi objeto de diversas críticas de que nos ocuparemos adiante.

Outro elemento marcante que não podemos deixar de referir é o da proibição dos contratos de maternidade de substituição, nos termos da versão originária do art. 8.º LPMA. Assim, em 2006 e, como veremos, até 2016, a LPMA proibia de modo absoluto a celebração de quaisquer contratos de maternidade de substituição, independentemente do fundamento que pudesse presidir ao mesmo (e por muito altruísta que o mesmo fosse), quer estes se afigurassem gratuitos ou onerosos. A lei cominava com nulidade qualquer negócio desta espécie, uma vez que era perspectivado como atentatório da Ordem Pública, não passando o crivo do art. 280.º CC.

Todavia, mais do que a mera previsão de nulidade, o legislador estabeleceu expressamente a determinação do vínculo de maternidade a favor da gestante (e não da beneficiária), o que cremos que terá tido um fito dissuasor destas práticas. Tal solução mereceu, logo em 2007, a reprovação de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que, sensível às questões éticas e morais que um contrato desta natureza levanta, repudiou tal cominação, criticando o facto de a maternidade ser aqui atribuída a título sancionatório, sem se atender ao interesse do ser que vem a nascer⁴². No mesmo sentido pronunciou-se o CNECV, no parecer n.º 63/CNECV/2012⁴³, concluindo que tal solução se afigurava contrária aos interesses da criança, antes propondo que uma tal decisão fosse deixada à apreciação casuística de um juiz.

⁴¹ Esta redação sofreu uma alteração em 2018, com a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, com a introdução do regime do maior acompanhado, passando-se a prever que as técnicas de PMA só possam ser utilizadas “*desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas*”.

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira - A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. In *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha]. Ano 67, Vol. III, Dez 2007. [Consult. 18 Jul. 2020]. Disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>

⁴³ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - *Parecer do CNECV Sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestão de Substituição*. [S.l.], Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida, 2012. O CNECV neste parecer considerou que tal regime “*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 (...) e sempre com simultânea privação do vínculo com as pessoas envolvidas no respetivo projeto parental e que até podem ser seus progenitores biológicos*”.

A somar, outro dos pontos de destaque neste diploma e que foi, e ainda é, alvo de discussão nos diversos Ordenamentos Jurídicos prende-se com a confidencialidade destas técnicas e da própria identidade dos dadores.

Como explica CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA, no que concerne à temática do anonimato do dador, emergem três modelos: um situado num polo, em que é proclamado o “*anonimato absoluto*” e onde não é revelada a identidade dos dadores; outro no polo oposto, em que se prevê a possibilidade de “*conhecimento absoluto*”, em que a identidade do dador pode ser revelada por mero requerimento; finalmente, entre estes dois polos, um modelo intermédio em que em determinadas situações, mediante autorização administrativa ou judicial, se admite o conhecimento da identidade do dador⁴⁴. Foi este último modelo que recebeu consagração entre nós e que se manteve intocado até 2019⁴⁵. Ora, na versão originária da LPMA encontrava-se previsto no art.15.º uma dualidade entre “*o dever de confidencialidade geral*” isto é, o dever de confidencialidade referente à utilização das técnicas de PMA e o próprio dever de confidencialidade que se coloca quanto à identidade do dador⁴⁶. Assim, nestas duas esferas a regra geral era a do anonimato, prevendo-se, todavia, quanto ao anonimato do dador, algumas situações em que era possível obter informação referente ao mesmo. Neste sentido, admitia-se que os próprios nascidos em consequências das técnicas de PMA pudessem obter informação de natureza genética, junto dos serviços de saúde, ficando, todavia, excluído o conhecimento da identidade do dador. Previa-se a obtenção de informação sobre eventual existência de impedimento legal à celebração de casamento, no âmbito do processo preliminar de casamento. Finalmente, admitia-se, ainda, uma válvula de escape na qual era reconhecido o poder aos próprios Tribunais para determinarem a divulgação de informação sobre a identidade do dador, mediante verificação de razões ponderosas, cláusula geral a ser preenchida casuisticamente.

De referir ainda que, desde 2006 e até aos dias de hoje, é estabelecida a proibição de compra ou venda de óvulos, sémen ou qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA (art.18.º LPMA). Desta feita, à doação de gâmetas não poderá corresponder qualquer retribuição, como forma de evitar a sua exploração e comercialização, garantindo-se,

⁴⁴ OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira - *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723218749, p. 85.

⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira - A Lei N.º 32/06... A este propósito, como bem salienta José de Oliveira Ascensão, o entendimento que mereceu maior aceitação foi inicialmente o anonimato do dador pois, como bem identifica o aludido Autor “*A preocupação principal era a de colocar a família de destino ao abrigo da intromissão incómoda do dador e também a de liberar o dador de quaisquer responsabilidades*”, avultando mais tarde a orientação inversa, sob a insígnia do direito à identidade pessoal e ao conhecimento das origens genéticas.

⁴⁶ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação*...p. 89.

assim, o carácter altruísta e solidário de tais atos. Em todo o caso, admite-se que os transtornos e despesas incorridas pelos dadores possam ser compensadas, nos termos que atualmente se encontram previstos no Despacho n.º 3192/2017. Deste modo, as clínicas de PMA podem estabelecer uma contrapartida pecuniária pela prestação dos seus serviços, não podendo, todavia, na determinação do preço, atribuir qualquer valor aos gâmetas ou embriões doados (art.17.º LPMA)⁴⁷.

Quanto à PMA heteróloga, foi a mesma, logo em 2006, admitida pelo nosso legislador no art. 19.º da LPMA, pese embora se previsse o carácter subsidiário desta técnica. Era, assim, dada primazia à PMA homóloga e apenas quando, face aos conhecimentos médico-científicos disponíveis, não fosse possível obter gravidez com o material genético dos beneficiários é que era admitido o recurso à PMA heteróloga. Nestes casos, o nascido é havido como filho do marido ou do unido de facto da mulher inseminada, desde que tenha consentido na mesma, como decorre do art. 20.º, n.º 1 LPMA. Esclarece, ainda, o art. 21.º LPMA que o dador não pode ser havido como pai da criança que nascer, não lhe sendo reconhecidos os poderes-deveres associados às responsabilidades parentais.

Com respeito à possibilidade de inseminação *post mortem*, como tudo o que circunda estas matérias, pelas questões éticas e morais que levanta, conhece também diversas soluções nas diferentes latitudes⁴⁸. Assim, países há que proíbem a inseminação *post mortem*, determinando que a pessoa que vier a nascer não é havida como filha do *de cujus*; outros há que, proibindo esta prática, em caso de violação, admitem que o nascido seja considerado filho do falecido; finalmente, outros ainda que admitem a possibilidade de inseminação *post mortem*, desde que preenchidos determinados requisitos⁴⁹.

⁴⁷ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p. 105. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva - Controle do material genético doado e destino dos embriões excedentários na reprodução assistida: Reflexos no direito de família e das sucessões. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, p. 14. A referida Autora dá conta de uma prática existente no Brasil denominada de “doação compartilhada de óvulos” na qual “mulheres que não podem custear seus tratamentos cedem para outras seu material e estas, por sua vez possuidoras de recursos financeiros, mas sem óvulos, custeiam as despesas para as doadoras do material genético”, pratica aceite e regulada naquele Ordenamento Jurídico.

⁴⁸ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p. 116-117. Tome-se como exemplo a posição tomada pela lei francesa e italiana que proibiram a inseminação *post mortem*, ao passo que o legislador espanhol, logo em 2006, permitiu a mesma, desde que realizada nos doze meses seguintes à morte e mediante, consentimento prévio.

⁴⁹ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...*, p. 115-116. Um dos primeiros casos que sensibilizou a comunidade para esta situação ocorreu em França, em 1984, e que ficou conhecido como “*Affair Parpaleix*”, no qual o homem de um casal foi diagnosticado com cancro nos testículos, o que iria importar a sua impossibilidade de ter filhos. Assim, para conseguir realizar o seu desejo de ser pai, decidiu criopreservar o seu material genético, tendo, porém, falecido antes mesmo de o poder utilizar para esse fim. Sucede que, após a morte

Na Ordem Jurídica Portuguesa rejeita-se, como princípio, a inseminação após a morte do beneficiário, invocando-se os mais diversos fundamentos. Assim, convoca-se a ideia de que a conceção de uma vida humana deve ser “*um acto de liberdade e de vontade de ambos os progenitores*”⁵⁰ ou o argumento de que a um tal procedimento estão subjacentes razões controversas como a procura “*da sua “imortalidade”, da resolução de eventuais problemas sucessórios, ou do preenchimento da solidão*”⁵¹. Não deixa de se pôr em destaque o entendimento de que as responsabilidades parentais devem ser exercidas por parte dos dois progenitores, vendo-se, desta forma, a criança “*privada da convivência com um dos progenitores*”⁵². Considera-se, pois, que este tipo de procriação pode mesmo conduzir à instrumentalização da “*existência de um novo ser humano ao capricho da vontade de um morto*”⁵³.

Foi assim que, no art. 22.º da LPMA se estabeleceu como princípio geral que, após a morte do marido ou unido de facto, não pode a mulher ser inseminada com o material genético daquele. Em todo o caso, a lei portuguesa não seguiu a orientação de outros países de rejeição do reconhecimento da paternidade do *de cujus*, antes prevendo que, caso a mulher seja inseminada em contravenção com a norma referida, a criança é havida como filha do falecido (art.23.º, n.º 1 LPMA). Excetua-se a situação de, à data da inseminação, a mulher ter contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que dê o consentimento para tal ato, caso em que será este tido como progenitor (art.23.º, n.º2 LPMA), solução adotada por ser aquela que melhor se coaduna com a proteção dos interesses do nascido.

Em todo o caso, se no momento em que ocorre o falecimento do beneficiário, tiver já ocorrido a fusão das células reprodutoras femininas e masculinas, tendo-se já formado o embrião, a lei admite a transferência *post mortem*, desde que exista um projeto parental

do seu marido, a mulher solicitou ao banco de sémen a entrega do material para que pudesse realizar a inseminação artificial, tendo o banco rejeitado a sua entrega. Seguiu-se então uma batalha judicial com vista a que lhe fosse entregue o sémen do seu marido, pretensão que veio a obter guarida do entendimento do Tribunal, que qualificando o material genético como “*coisa*” que havia sido depositada no banco de sémen, considerou existir um contrato de depósito que, com o falecimento do titular, permitiria a sua entrega aos herdeiros.

⁵⁰ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação*... p. 118.

⁵¹ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação*... p. 118.

⁵² SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação*... p. 118.

⁵³ OTERO, Paulo - *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um Perfil constitucional da bioética*. Coimbra, Almedina, 1999. ISBN 972-40-1244-1 p. 77 – 78.

claramente estabelecido por escrito antes do falecimento e desde que decorrido o prazo considerado adequado à ponderação da decisão⁵⁴.

3. Das sucessivas alterações à Lei 32/2006

Depois de deixarmos enunciados os pontos mais relevantes do regime inicialmente previsto para a PMA, importa agora fazer uma breve referência às alterações estruturantes que esta lei foi conhecendo e que permitem inferir a alteração do próprio pensamento comunitário no que a esta matéria respeita.

a. Lei n.º 17/2016 – Alargamento do âmbito subjetivo da lei

Decorridos 10 anos sobre a entrada em vigor da LPMA, esta conheceu a sua primeira alteração morfológica (sendo certo que já em 2007 tinha sofrido uma alteração pontual⁵⁵) que veio transformar a perspetiva das técnicas de PMA no campo da reprodução.

Dissemos já que, tradicionalmente, o recurso à PMA assumia um papel subsidiário em relação à reprodução natural, conforme decorre, aliás, do Parecer n.º 44 do CNECV⁵⁶ e art.4.º, n.º 1 LPMA.

Ora, esta Lei n.º 17/2016 veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA ao prever no seu art. 4.º, n.º 3 que as técnicas, para além de poderem ser utilizadas em casos de infertilidade e para tratamento de doença grave ou evitar risco de transmissão de doenças,

⁵⁴ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A Lei da Procriação...* p. 119-120. Para as referidas Autoras esta possibilidade concedida pela lei “*evidencia o estatuto concedido pelo legislador português ao embrião, o qual, não sendo ainda reconhecido como pessoa, é já centro de direitos, nomeadamente do direito a ser implantado e à sua gestação*”. Neste ponto não cremos que se possa afirmar que o embrião tenha já um direito reconhecido a ser implantado, mas concordamos de que é precisamente pelo facto de já ter ocorrido a fecundação e existir já um embrião, e não apenas um conjunto de células reprodutoras femininas e masculinas, que se admite a procriação *post mortem* nestes casos.

⁵⁵ Alteração pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, que veio aditar o artigo 43.º-A à Lei n.º 32/2006, prevendo que pelos crimes aí previstos eram também responsáveis as pessoas coletivas e entidades equiparadas.

⁵⁶ Parecer n.º 44/CNECV/04. De acordo com este Parecer “*as técnicas de PMA, e ao abrigo do princípio da beneficência, estas devem ser utilizadas por razões médicas, em situações de infertilidade e/ou esterilidade*”, concluindo que “*As técnicas de PMA não constituem, assim, procedimentos alternativos à reprodução natural, mas antes, de acordo com o princípio da subsidiariedade, métodos terapêuticos subsidiários*”.

podem também ser utilizadas “*por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”. Igualmente, veio o legislador reconhecer a possibilidade de casais de mulheres homossexuais, casadas ou unidas de facto, bem como mulheres individualmente (independentemente do seu estado civil e orientação sexual) poderem aceder a estas técnicas, quer apresentem ou não problemas de fertilidade, alterando, em consequência, a redação do art. 6.º, n.º 1 LPMA.

Por conseguinte, resulta cristalino que não mais se poderá falar de uma efetiva subsidiariedade, como ainda faz o legislador no art.4.º, n.º 1 LPMA, quando no n.º 3 ora aditado, abre portas a que todas as mulheres, ainda que perfeitamente férteis e capazes de conceber, possam recorrer às mesmas. De igual modo, perde sentido o teor do art. 4.º, n.º 2 LPMA⁵⁷. Para as mulheres parece existir uma alternativa: ou concebem naturalmente ou concebem com recurso à PMA. Esta alternativa apresenta-se-lhes mesmo que possam procriar naturalmente. Não há, pois, subsidiariedade. O desaparecimento da subsidiariedade significa que se dá espaço à vontade da mulher de optar por uma ou outra forma de procriação, pois deixa de se vedar o recurso à PMA em função de uma qualquer razão médica.

Tal decadência do carácter subsidiário foi imediatamente denotada pelos mais diversos doutrinadores. Como dá conta RUTE TEIXEIRA PEDRO “*o único objetivo que antes da reforma operada(...) devia guiar o recurso às técnicas de PMA era a concretização de um projeto parental que a natureza, por si só, não possibilitasse*”, todavia com o alargamento ocorrido em 2016 prevalece uma “*ideia de alternatividade dos métodos de concepção*”, onde caberá à mulher livremente optar pela procriação natural ou assistida⁵⁸, concluindo ter sido absoluta e definitivamente postergado o Princípio da Subsidiariedade, pelo menos em relação às mulheres⁵⁹. No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, querendo alcançar o busílis da questão, refere que tal princípio releva agora apenas no caso do homem⁶⁰.

⁵⁷ Como é fácil de ver, perde sentido o art.4.º, n.º 2 LPMA pois, apesar de aí estar prevista a necessidade de um casal se encontrar em situação de infertilidade ou risco de doença ou transmissão de doença grave, a verdade é que tudo isto é letra morta se admitirmos que a mulher, membro integrante do casal, poderá por si só e sem quaisquer restrições recorrer às técnicas de PMA.

⁵⁸ PEDRO, Rute Teixeira - Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. *In Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, p. 159.

⁵⁹ PEDRO, Rute Teixeira - Um “admirável mundo novo” em Portugal? Reflexão sobre a reforma de 2016 ao regime jurídico da procriação medicamente assistida. *In II Congresso Internacional de Biodireito & Desenvolvimento tecnológico: A Interface Entre o Direito e a Medicina*. [S.l], Editora Café com Leite, 2017. ISBN 978-85-69415-07-7, p.89.

⁶⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família...* p. 205.

Neste ponto e quanto a nós, pese embora se reconheça ter sido ultrapassado o dogma do Princípio da Subsidiariedade, cremos que o caminho não deveria passar pela livre e arbitrária escolha entre a procriação natural ou assistida, como se de um ato médico rotineiro se tratasse. Não deveria ser assim quando uma gravidez saudável poderia em abstrato ser desencadeada, desde logo pelas questões éticas que são suscitadas. Pense-se na questão dos embriões excedentários, na relevância do direito ao conhecimento das origens genéticas e o abalo psicológico causado pelo conhecimento de que os beneficiários das técnicas de PMA podem não ser os pais genéticos⁶¹.

b. Lei n.º 25/2016 – Admissibilidade da Maternidade de Substituição

Entretanto, ainda durante o corrido ano de 2016, a LPMA sofre nova alteração, desta feita pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que veio admitir o acesso à gestação de substituição até então absolutamente proibida⁶². De realçar que, a maternidade de substituição, para além da previsão através da Lei n.º 25/2016, que assim passou a integrar a Lei n.º 32/2006 foi, ainda, regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho.

Assim, e recordando que os contratos de gestação de substituição eram considerados como atentatórios da Ordem Pública, subscrevemos a conclusão de RAQUEL GUIMARÃES quando refere que “*o conceito de ordem pública evoluiu abruptamente no sentido de se ajustar à nova redacção da lei*”⁶³. De realçar que esta perspetiva de evolução do conceito de Ordem Pública não se altera com o mero facto de, como iremos ver adiante, o Tribunal Constitucional

⁶¹ PINHEIRO, Jorge Duarte - Procriação Medicamente Assistida... p. 770. Nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro “*uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza a cedência perante interesses económicos da “indústria da procriação” ou indiferença perante o risco de comercialização da concepção. (...) O recurso à procriação assistida só pode ser encarado quando a outra forma de procriação não constitua uma autêntica opção*”, palavras que subscrevemos na íntegra, pese embora o exposto posicionamento do legislador em sentido contrário.

⁶² De salientar que a primeira versão da lei foi vetada pelo Presidente da República por entender que tal versão não cumpria os requisitos enunciados nos pareceres do CNECV, tendo mesmo o CNECV, no seu parecer de 2016, deliberado por unanimidade que tal regime de gestação de substituição era insuficiente para salvaguardar os direitos da criança que viesse a nascer, não sendo, ademais, feito um adequado enquadramento do contrato de gestação. Com o referido veto, o projeto de lei foi alterado e, após aprovação pela Assembleia da República, foi então promulgado pelo Presidente da República, dando assim origem à conhecida Lei n.º 25/2016.

⁶³ GUIMARÃES, Raquel - ‘Subitamente no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. *In Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746, p. 112.

vir a declarar a inconstitucionalidade do art. 8.º LPMA pois tal decisão não se prendeu com quaisquer considerações de pendor substantivo atinentes à sua admissibilidade.

Isto posto, em 2016, passou a ser previsto um novo tipo legal⁶⁴, enquadrado como contrato de prestação de serviços, no qual uma mulher se compromete a suportar uma gravidez por conta de outrem, isto é, os beneficiários, seja uma mulher por si só, um casal heterossexual ou composto por duas mulheres. Neste contrato, como refere RAQUEL GUIMARÃES, são apontados como elementos essenciais, a obrigação de suportar a gravidez, a obrigação de entrega da criança, o carácter gratuito e a atuação da gestante por conta dos beneficiários⁶⁵. No que respeita à constituição desta relação jurídica, impõe-se a celebração de um contrato escrito entre a gestante de substituição e os beneficiários, o que está sujeito a supervisão pelo CNPMA, devendo, obrigatoriamente, conter as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez⁶⁶.

Assim, passou o legislador a permitir que, em determinadas situações, uma mulher possa suportar a gravidez por conta do(s) beneficiário(s) e a entregar o nascido após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade⁶⁷. Para tal é necessário que essa obrigação revista um carácter absolutamente altruísta, porquanto se prevê a natureza obrigatoriamente gratuita de tal contrato, pese embora a gestante possa ser compensada das despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado⁶⁸.

A somar, e como forma de salvaguardar o carácter excecional da aplicação desta técnica, a mesma é apenas admitida nos casos de ausência de útero, de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou situações clínicas que o justifique. Impõe, ainda, a verificação de dois pressupostos: (i) que, pelo menos, um dos

⁶⁴ GUIMARÃES, Raquel - 'Subitamente no Verão... p. 109. Como refere Raquel Guimarães, este contrato reúne na sociedade duas perspectivas distintas, onde por um lado existe quem o assimile como o desenvolvimento do direito a procriar, ao passo que há quem o perspetive como instrumentalização e exploração da mulher.

⁶⁵ GUIMARÃES, Raquel - 'Subitamente no Verão... p. 114.

⁶⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – “A Parte Gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contrato e contratos de gestação”. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, p. 175. Como esclarece Vera Lúcia Raposo, esta exigência coloca-se pois “uma condição médica pode ser suficientemente grave para os pais contratantes optarem por uma interrupção da gravidez à luz da alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal (CP), mas não suficientemente grave para a gestante de substituição o fazer de acordo com a sua consciência”.

⁶⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias - “Filhos de Pai Anónimo no Século XXI!”. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, p. 45.

⁶⁸ GUIMARÃES, Raquel - 'Subitamente no Verão...p. 114.

gâmetas utilizados na procriação pertença a um dos membros do casal beneficiário e que (ii) a gestante de substituição não seja dadora dos óvulos a utilizar na fertilização⁶⁹.

Uma das principais preocupações do nosso legislador prendeu-se com a garantia da liberdade da gestante, motivo pelo qual proibiu que estes contratos fossem celebrados quando entre a gestante e os beneficiários exista uma relação de subordinação económica (art. 8.º, n.º 6 LPMA). De igual modo, como forma de garantir a liberdade de ação da gestante de substituição, foi estabelecido que o contrato celebrado não poderá impor restrições de comportamento, nem normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e garantias⁷⁰. Neste conspecto, surgiu desde logo a questão da delimitação do que é ou não admissível incluir no contrato. Em nossa perspetiva, partilhamos do entendimento de VERA LÚCIA RAPOSO, no sentido de que a proibição do legislador parece ser diametral, todavia, existem restrições necessárias ao saudável desenvolvimento do nascituro, como por exemplo a proibição do consumo de álcool e estupefacientes, limitações estas que deverão ser admitidas⁷¹.

Outrossim, estabelece o n.º 7 do art. 8.º LPMA que a criança que vier a nascer é tida como filha dos beneficiários e não da gestante de substituição. Este preceito não levantará nenhuma questão se o contrato se formar sem quaisquer vícios e se não conhecer quaisquer vicissitudes no seu cumprimento. Diversamente se passarão as coisas se o contrato apresentar invalidades ou se houver incumprimento do mesmo. Nesses casos serão questionáveis quais os efeitos que isso pode comportar para a própria constituição do vínculo de filiação.

Por último, determinou o legislador no n.º 12 do art. 8.º LPMA que a violação de qualquer uma das normas de tal artigo importaria a nulidade do próprio contrato de gestação de substituição. Ora, neste ponto duas importantes críticas se fazem: A primeira delas contende com a própria cominação da nulidade de forma indiferenciada para a violação do estatuído em qualquer dos números do art. 8.º, chamando-se a atenção para a desadequação deste vício para

⁶⁹ Portanto, em consequência desta imposição, vislumbram-se diversos modelos de gestação de substituição: aquele em que o casal beneficiário contribui totalmente com o seu material genético e a hipótese em que apenas um dos membros do casal utiliza o seu material genético, recorrendo a material de dadores por outro lado. Em qualquer um destes casos, e uma vez que a gestante de substituição não pode contribuir com o seu material genético, tal significa que para a aplicação desta técnica será necessário recorrer a uma técnica de fertilização *in vitro* para então gerar o embrião e este, posteriormente, ser transferido para a gestante.

⁷⁰ Vera Lúcia Raposo – “A Parte Gestante está proibida...p. 184. Como refere Vera Lúcia Raposo “*mesmo sem tais cláusulas pode ainda assim a gestante de substituição ser judicialmente responsabilizada caso a criança venha a nascer com danos no corpo e/ou saúde (ou mesmo não venha a nascer de todo) devido a comportamentos que a gestante adoptou, de forma negligente ou dolosa, durante a gravidez*”.

⁷¹ RAPOSO, Vera Lúcia – “A Parte Gestante está proibida...p. 173.

violações que em si mesmo não encerram situações gravosas⁷². Por outro lado, é também questionado qual a relevância da nulidade para o estabelecimento do vínculo de parentalidade, indagando-se se a regra do art. 8.º, n.º 7 LPMA, segundo a qual a criança é havida como filha dos beneficiários, fica prejudicada pela nulidade do contrato ou se, pelo contrário, se aplica independentemente dos vícios que possam inquinar o negócio jurídico⁷³. Quanto a nós, propendemos para o entendimento de que o vínculo de parentalidade não deverá ser definido aprioristicamente, mas antes determinado casuisticamente pelo Tribunal, de acordo com aquele que seja o superior interesse da criança que vier a nascer, crendo-se que, *iure condendo*, seria adequada a inclusão de uma norma com este teor⁷⁴.

Ora, foi igualmente partindo de tais críticas e de outras mais, que os juízes conselheiros do Tribunal Constitucional decidiram, em 2018, pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de diversas disposições do art. 8.º LPMA, o que culminou no Acórdão n.º 225/2018⁷⁵. Na decisão em análise, o Tribunal Constitucional concluiu pela admissibilidade constitucional da gestação de substituição, salientando a bondade desta técnica que, assim, garantia o direito a constituir família e o direito de procriar dos beneficiários.

⁷² RAPOSO, Vera Lúcia - Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In *Revista do Ministério Público*. Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. N.º 149, Ano 38, Janeiro/Março 2017, p. 28-32. O Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 225/2018 aponta alguns exemplos, como sendo o caso de, decorridos alguns anos sobre a entrega da criança aos beneficiários, se descobrir que estes efetuaram pagamentos à gestante que foram além do necessário a cobrir as despesas incorridas por esta, questionando se será adequado pura e simplesmente dissolver o vínculo de paternidade retroativamente. Quanto a nós, parece-nos que não.

⁷³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Filhos de Pai Anónimo...”, p. 45-46. A este propósito, como salientou André Gonçalo Dias Pereira, a redação originária do Decreto-Regulamentar n.º 6/2017 estabelecia o seu art. 3.º, n.º 5 que, mesmo em caso de nulidade dos contratos de maternidade de substituição, as crianças nascidas eram tidas como filhos dos beneficiários. Ora, tal previsão mereceu imediatamente a rejeição do CNECV no seu parecer n.º 92/CNECV/2017 criticando que um “*diploma regulamentar venha atribuir a um contrato nulo efeitos idênticos a um contato válido*”. Posteriormente, acolhendo as críticas tecidas pelo CNECV, o referido artigo não foi vertido na versão final e publicada do diploma.

⁷⁴ Perfilhando idêntico entendimento André Gonçalo Dias Pereira - “Filhos de Pai Anónimo...”, p. 46. PINHEIRO, Jorge Duarte - Mãe Portadora. A problemática da maternidade de substituição. In *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. II. Coimbra, Almedina, 2008. ISBN 9789724031415, p. 338. A este propósito surgem-nos as mesmas questões que Jorge Duarte Pinheiro coloca: “*O que protege mais o menor? A constituição do vínculo de filiação materna relativamente a alguém que desejou a criança e que tem com ela laços de sangue? Ou a constituição do vínculo quanto a alguém que não tem com ela nenhuma ligação biológica e que só quis dar à luz a criança para a entregar a outrem?*”.

⁷⁵ Tal apreciação teve lugar na sequência do requerimento apresentado por um grupo de trinta Deputados, invocando a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do dever do Estado à proteção da infância, do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

⁷⁶ XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias - A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão Bioética. In *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, Asociación Xuristas en Acción. ISSN 2340-860X. N.º 9, 2018, p. 497-503.

Todavia, refere o Tribunal que a nulidade estabelecida no art. 8.º, n.º 12 LPMA afeta a filiação estabelecida no n.º 7 em favor dos beneficiários, o que coloca em causa a certeza e segurança jurídica em matérias tão nucleares e sensíveis da esfera humana pois, podendo a nulidade ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado (art.286.º CC), é colocado em constante risco a possibilidade de o vínculo de parentalidade ser destruído retroativamente. Destarte, tal solução não acautela o superior interesse da criança, ditando, por conseguinte, a inconstitucionalidade de tal preceito. Em idêntico raciocínio, salienta, ainda, aquele Tribunal o problema da “*suficiência e determinabilidade do regime legal estabelecido*”, concluindo que “*o legislador abdicou de intervir no tocante à conformação do conteúdo das cláusulas contratuais*”, criticando o facto de o legislador delegar no CNPMA a competência de delimitar o conteúdo do contrato celebrado entre as partes. Assim, concluiu o Tribunal pela inconstitucionalidade do art. 8.º, n.º 4, 10 e 11 LPMA por violação do princípio da determinabilidade da lei e da reserva de lei parlamentar, o que se estendeu, por consequência, ao disposto no art. 8.º, n.º 2 e 3 LPMA. Antes disso, vários Autores tinham já dirigido críticas nesse sentido, salientando que o legislador ordinário, furtando-se às suas funções, delegou nos particulares o dever de estabelecer elementos essenciais deste tipo de contrato⁷⁷.

De qualquer modo, o Tribunal Constitucional, apesar da declaração de inconstitucionalidade referida no seu acórdão, não põe em causa a admissibilidade de princípio da maternidade de substituição. Antes se põe em crise o modo como o legislador ordinário regulou (ou não regulou) o seu regime, entendendo que o texto legal em vigor era ainda bastante imaturo e insuficiente, necessitando de ponderação e concretização por parte do próprio legislador⁷⁸.

⁷⁷ XAVIER; GIRÃO; BORGES - A Procriação Medicamente Assistida ... PEDRO, Rute Teixeira - “Um “admirável mundo...p.90. RAPOSO, Vera Lúcia – “Tudo aquilo que você...p. 10.

⁷⁸ De notar que a declaração de inconstitucionalidade acautelou os contratos de gestação de substituição em relação aos quais já haviam sido iniciados os processos terapêuticos, todavia, a verdade é que este revés representou um retrocesso para as pessoas que ainda não haviam chegado a esse patamar, mas que tinham já legítimas expectativas de conseguir contornar a sua situação de infertilidade.

c. Lei n.º 48/2019 – Confidencialidade dos dadores

Como antedito, a regra em Portugal até 2019 era a do princípio do anonimato do dador, com abertura a determinadas exceções em que seria admissível o conhecimento da sua identidade, mediante razões ponderosas a reconhecer por sentença judicial.

Em 2009 o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 101/2009, teve a oportunidade de se pronunciar sobre a eventual inconstitucionalidade do disposto no art. 15.º, n.º 1 e 4 LPMA, tendo concluído pela sua não inconstitucionalidade⁷⁹. Não obstante, apesar do decidido, durante o hiato temporal entre 2006 a 2019, não faltaram vozes que repudiavam tal entendimento sob o espectro de um direito à identidade pessoal e genética do nascido, no qual é reconhecido o direito ao conhecimento da sua história e da sua própria identidade, como é de resto o entendimento de DIOGO LEITE DE CAMPOS⁸⁰, PAULO OTERO⁸¹, JORGE DUARTE PINHEIRO⁸² e TIAGO DUARTE⁸³.

Opondo-se a esta posição, utilizavam-se argumentos como o interesse da proteção da intimidade da vida privada e familiar, a ideia de que o anonimato garantia um número maior de doação de material, sendo, por outro lado, uma segurança para os beneficiários de que não seriam importunados pelo dador.

De facto, a questão em apreço nunca foi linear entre os Autores. Veja-se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que, assinalando o direito à identidade pessoal, questionam se o mesmo e, consequentemente, o direito à historicidade pessoal abrange “*um direito ao*

⁷⁹ No âmbito deste processo, o Tribunal Constitucional, por acórdão n.º 101/2009, entendeu que a regra do anonimato do dador não se afigurava inconstitucional por referência a um conjunto de outros valores que justificariam uma restrição ao direito à identidade pessoal da pessoa nascida, como sendo o direito a constituir família e a preservação da paz e da intimidade familiar.

⁸⁰ CAMPOS, Diogo Leite de - A Procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito. In *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha] Ano 66, Vol. III, Dez. 2006. [Consult. 20 Jun. 2020]. Disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>

⁸¹ OTERO, Paulo - *Personalidade e identidade*... p. 71 -75.

⁸² PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família*... p. 213. Jorge Duarte Pinheiro, reconhecendo o argumento por vezes utilizado de que o decaimento do anonimato do dador poderia conduzir a uma redução do número de doações, conclui, todavia, que o direito à identidade pessoal e genética do nascido se afigura “*aparentemente superior a uma “expectativa legítima” do dador*”, inferindo, portanto, que este direito incluía também o direito a conhecer a identidade do próprio dador.

⁸³ DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas?*... p. 38-39. Neste sentido, também o CNECV já se havia pronunciado em momentos anteriores, no seu parecer n.º 23/CNECV/98, bem como no parecer n.º 44/CNECV/2004 na qual era já invocado um direito do nascido a ter acesso aos dados de identificação do dador de material genético.

conhecimento da progeneritura”⁸⁴. Identicamente, LUÍSA NETO, reconhecendo a importância do direito à identidade genética e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, admite que “*não se pode confundir simplisticamente com o direito ao conhecimento do progenitor*”⁸⁵.

Face a este clima de ebulição, foi então suscitada a inconstitucionalidade do art. 15.º LPMA, com fundamento na violação do direito à identidade pessoal, do qual emerge um direito ao conhecimento da ascendência genética (art. 26.º, n.º 1 e 3 CRP). Pugnavam-se, para o efeito, que as alterações ocorridas em 2016 importaram uma mudança de paradigma ao alargarem a possibilidade de inseminação heteróloga a todas as mulheres, o que aumentaria o número de pessoas que pudessem vir a nascer por recurso a material de dadores⁸⁶.

Como corolário da sua análise, o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 225/2018, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 15.º LPMA. No raciocínio seguido, o Tribunal identificou um verdadeiro conflito de direitos, onde de um lado se posicionava o direito do nascido ao conhecimento da sua ascendência genética e, do outro, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar, previstos no art. 36.º, n.º 1 e art. 26.º n.º 1 CRP. Assim, na esteira da posição que foi ganhando peso por toda a Europa, onde foi sendo paulatinamente reconhecido o direito ao conhecimento, não apenas da mera informação genética, mas também da própria identidade dos dadores, o Tribunal Constitucional reconheceu a prevalência do direito dos nascidos ao conhecimento da identidade dos dadores e das gestantes de substituição⁸⁷, declarando inconstitucionais o art.15.º, n.º 1 e 4 LPMA. Concluiu, assim, que

⁸⁴ CANOTILHO, Gomes; VITAL, Moreira - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ª ed. rev. Coimbra, Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8, p. 462.

⁸⁵ NETO, Maria Luísa Alves da Silva – O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, p. 89. A referida Autora adianta mesmo que “*muito da criança que irá nascer resulta definido pelas combinações dos genes masculinos e femininos (...) daí não resulta directamente a obrigatoriedade de conhecimento de quem seja o progenitor*”.

⁸⁶ A questão do conhecimento da identidade dos dadores levanta-se, desde 2016, com maior acuidade pois, tendo sido derogado o Princípio da Subsidiariedade, permitindo-se que as mulheres, independentemente de qualquer diagnóstico de infertilidade, possam recorrer às técnicas de PMA, aumentou consideravelmente os casos de recurso a material de terceiros para efeitos de inseminação.

⁸⁷ Outro dos pontos que era suscitado no pedido de apreciação da constitucionalidade da norma era o facto de, mesmo a exceção então prevista no art. 15.º, n.º 4 LPMA, que permitia que por sentença judicial fosse revelada a identidade do dador, não se aplicar à maternidade de substituição, dado que o preceito se referia expressamente a “*dadores*” verificando-se, por isso, quanto à maternidade de substituição a regra do anonimato absoluto. A este propósito entendeu o Tribunal Constitucional que, apesar da inevitável ausência de ligação genética entre a criança e a gestante de substituição, é inegável a ligação que as une e a importância que a gestante de substituição poderá ter na vida da criança, sendo assim justificada a vontade de conhecer a identidade daquela que carregou o nascido no ventre. Não obstante, pese embora a decisão do Tribunal Constitucional, a verdade é que a redação da lei, conferida pela Lei n.º 48/2019, de 08 de Julho, continuou a não prever qualquer referência à maternidade de substituição, que não se encontra previsto no art.15.º, n.º 2 LPMA na sua actual redação.

a regra deverá ser a de conhecimento da identidade dos dadores, ficando o anonimato reservado a casos excepcionais, quando razões ponderosas e casuisticamente avaliadas o justifiquem.

Ora, com a referida decisão, foi em 2019 aposto um novo remendo à LPMA, através da Lei n.º 48/2019, que alterou o regime da confidencialidade, estabelecendo como regra a identidade dos dadores. Assim, a principal alteração ocorreu na formulação dada ao art.15.º, n.º 2 LPMA que, assim, passou a estabelecer que os nascidos através de técnicas de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, a partir dos 18 anos, obter junto do CNPMA a própria informação respeitante à identificação civil do dador, isto é, o nome completo do dador, como esclarece o n.º 4 do mesmo preceito legal⁸⁸⁸⁹.

4. Críticas à Lei da Procriação Medicamente Assistida

Face às sucessivas alterações que foram sendo feitas à LPMA (e muitas outras que não o foram, quando razões haviam que o justificava), são múltiplas as críticas apontadas ao atual regime, sobretudo, no sentido de que este se apresenta bastante permissivo, quando em causa está um ato tão relevante como trazer uma vida ao mundo.

A este propósito, RUTE TEIXEIRA PEDRO enuncia alguns dos pontos da LPMA que se afiguram incompreensíveis face à importância das matérias que tal diploma regula. Desde logo, surge questionável o facto de ter sido retirada, pela Lei n.º 17/2016, a exigência de que às técnicas de PMA apenas possam recorrer casais não separados de pessoas e bens, nem separados de facto, parecendo agora admitir-se o recurso à PMA por casais que se encontrem numa dessas situações, contrariamente ao que se admite para a adoção (art.1979, n.º 1 CC)⁹⁰.

Por outro lado, a versão originária da LPMA nunca previu qualquer limite mínimo de duração do casamento para que fosse possível o recurso à PMA. A somar, a duração mínima

⁸⁸ A este propósito, importa ter presente que, mesmo que a identidade do dador seja revelada, isso não permitirá que se estabeleçam quaisquer vínculos de filiação com o mesmo, mantendo-se a regra do art. 10.º, n.º 2 LPMA nos termos do qual os dadores não podem ser havidos como progenitores.

⁸⁹ Salvaguardando as expectativas legítimas dos dadores que doaram o seu material crendo no anonimato que então estava previsto, o art. 3.º da Lei n.º 48/2019 estabeleceu um regime transitório, nos termos do qual a regra do anonimato prevalece, exceto se os dadores consentirem expressamente no contrário, relativamente a doações anteriores a 07 de Maio de 2018 e dádivas utilizadas até essa data. Findos os prazos previstos na lei, os gâmetas ou embriões doados são destruídos no caso de o dador não ter autorizado o levantamento do anonimato.

⁹⁰ PEDRO, Rute Teixeira - Uma revolução na concepção... p. 160-161.

de dois anos para união de facto foi retirada com a alteração de 2016, o que parece também apontar para a desnecessidade de verificação de qualquer estabilidade do vínculo entre os beneficiários para recurso à PMA, contrariamente à adoção⁹¹.

Por último, a citada Autora chama ainda a atenção para o facto de a LPMA prever requisitos etários distintos da adoção, o que é incompreensível pois, ao passo que a LPMA se basta com uma idade superior a 18 anos, já para a adoção exige-se uma idade mínima de 25 anos ou 30 anos, consoante se trate de adoção conjunta ou singular (art.1979.º, n.º 1 e 2 CC). Por outro lado, não prevê a LPMA qualquer limite etário máximo para os beneficiários recorrerem à PMA, ao passo que na adoção se prevê o limite máximo de 60 anos (art.1979.º, n.º 3 CC)⁹². Ora, não deixa de ser questionável se alguém, pelo simples facto de perfazer 18 anos, tem a capacidade suficiente para tomar a decisão de recorrer à PMA, ainda que pudesse procriar em termos naturais antes mesmo dessa altura, ou se será adequado o recurso à PMA por pessoas que não se encontrem em idade fértil, uma vez que a diferença de idades poderá privar a criança do acompanhamento necessário e semelhante ao que aconteceria no âmbito da procriação natural⁹³. Ademais, é questionável se alguém cuja capacidade seja diminuída, sem que, contudo, exista qualquer sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas, poderá recorrer sem mais às técnicas de PMA⁹⁴.

Acreditamos que o relaxamento dos requisitos para recurso às técnicas de PMA se relacionam, em parte, com o facto de ser agora possível às mulheres, independentemente do seu estado civil, recorrerem a estas técnicas. De facto, ainda que se colocassem requisitos ao nível da estabilidade do vínculo de casamento ou união de facto, a verdade é que sempre tais

⁹¹ PEDRO, Rute Teixeira - Uma revolução na concepção... p. 160-161.

⁹² PEDRO, Rute Teixeira - Uma revolução na concepção... p. 160-161. Tais críticas são também apontadas por PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família*...206-210. A este propósito, pronunciou-se já o Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 101/2009. Para efeito desta análise, foi invocado que a LPMA não previa qualquer limite etário máximo para recurso às técnicas de PMA o que, atento o interesse em garantir que as relações que vierem a ser estabelecidas sejam o mais semelhantes à procriação natural e em respeito pelo superior interesse da criança, seria violadora dos artigos 25.º, 26.º, 64.º, 67.º, n.º 2, alínea e), 68.º e 69.º CRP. Quanto a este ponto, entendeu o Tribunal que “o pretendido limite de idade está implícito no próprio regime legal decorrente do já analisado artigo 4.º da mesma Lei. As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação e só poderão ser utilizadas quando tenha sido efetuado 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 fator inibitório de natureza clínica que tenha afetado um dos membros do casal”, concluindo que, pese embora a ausência de qualquer idade máxima, ainda assim, o regime tal qual previsto, não se afigura inconstitucional. Em todo o caso, não pode deixar de se questionar se, face à derrogação do Princípio da Subsidiariedade, não se justificaria agora a previsão da idade máxima para recurso a estas técnicas, até para garantia do superior interesse da criança, sob pena de esta nascer numa família cujos pais tem uma diferença de idade que a irá privar do normal acompanhamento pelos mesmos ao longo da sua vida.

⁹³ PEDRO, Rute Teixeira - Uma revolução na ... p. 161.

⁹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira - A Lei N.º 32/06...

requisitos poderiam ser contornados com o recurso individual por parte da mulher. Em todo o caso, propendemos para o entendimento de que os requisitos para recurso à PMA deveriam merecer maior cuidado e disciplina por parte do legislador.

A somar a estes problemas, coloca-se, ainda, a desadequação da atual redação da lei no que respeita à inseminação *post mortem*, que hoje gera alguma controvérsia no seio da própria comunidade. Vimos já que, como princípio, se proíbe a inseminação *post mortem* com sémen do marido ou unido de facto, mesmo que exista consentimento expresso nesse sentido, admitindo-se apenas a implantação de embriões, preenchidos que estejam os requisitos do art. 22.º, n.º 3 LPMA.

Sucede, porém, que com as alterações da LPMA, em que ocorreu uma mudança de paradigma, passando a prever-se a admissibilidade de mulheres sozinhas recorrerem a tais técnicas, decaíram grande parte dos argumentos que impediam a inseminação *post mortem*, designadamente, a ideia de que para o nascimento deverá presidir a vontade de duas pessoas ou de que as responsabilidades parentais devam ser exercidas por duas pessoas. Assim, também no caso das mulheres que individualmente recorram à PMA, existe apenas uma única vontade, a sua, sendo que também nestes casos as responsabilidades parentais são apenas exercidas por si, ficando também aqui a criança privada da convivência de um outro progenitor. Por último, quanto ao apontado egoísmo que presidia à decisão de inseminação *post mortem*, questionamos se o mesmo não está afinal presente em grande parte das decisões de recurso à PMA. Recorde-se que quando alguém recorre a estas técnicas, fá-lo, muitas das vezes, na prossecução do seu desejo de ser mãe ou pai, um desejo próprio, no limite um ato praticado para suprir as suas próprias necessidades, e não apenas para dar amor a um outro alguém, caso contrário a adoção serviria perfeitamente esse propósito. Neste conspecto, não podemos deixar de subscrever na íntegra as palavras de CARLOS COSTA GOMES de acordo com o qual “*o filho antes de ser um fim em si mesmo, é um meio para a concretização do projeto de paternidade dos futuros pais. No limite instrumentaliza-se a vida antes de nascer*”⁹⁵.

⁹⁵ GOMES, Carlos Costa - *Comentário aos Projetos de lei para alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a Procriação Medicamente Assistida*. [Em linha]. Lisboa, 2016. p. 2 [Consult. 07 Jan. 2020]. Disponível <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5a6a4e54526a4d7a41784c57517a4d6d51744e4745334d4330354d4745324c5759325a4749305a5459334d6d55324d7935775a47593d&fich=6c54c301-d32d-4a70-90a6-f6db4e672e63.pdf&Inline=true>

Assim, é lógico questionarmo-nos: Se após a morte do *de cujus*, a mulher sozinha poderia recorrer às técnicas de PMA, utilizando para tanto o sémen de um dador desconhecido, qual o fundamento que justifique que a mesma não possa recorrer a essa técnica utilizando para tanto o material genético deixado pelo *de cujus* que, idealmente, terá deixado o seu consentimento expresso para tal ato⁹⁶?

Estas dúvidas surgem perante as próprias transformações da lei e de todo o câmbio de princípios subjacentes. Não se pode continuar a utilizar como fundamentos de entrave à inseminação *post mortem* conceções já ultrapassadas. Ademais, face a esta nova sensibilização da sociedade para este fenómeno que, claramente, demonstra uma alteração do pensamento comunitário, vislumbra-se como muito provável que também esta matéria venha a conhecer alterações em breve⁹⁷.

⁹⁶ Recentemente, esta matéria conheceu um caso mediático em Portugal: Ângela Ferreira recorreu com o seu cônjuge a técnicas de PMA, com vista à recolha e preservação do sémen deste último, atentos os tratamentos contra o cancro a que o mesmo estava a ser submetido, pretendendo preservar o seu material genético antes da realização dos tratamentos, tendo, inclusive, deixado expressa e documentada a sua vontade em que a sua companheira prosseguisse com a inseminação com o seu material biológico. Entretanto, em 25 de Março de 2019, o marido de Ângela Ferreira morre em consequência da referida doença, pretendendo a mesma ser inseminada com o material genético do seu marido, o que, todavia, lhe foi negado face à atual redação da lei que a isso impossibilita, não permitindo o Centro Hospitalar Universitário São João o levantamento do referido material. Informação disponível em <https://www.dn.pt/pais/mulher-solicita-alteracoes-a-lei-para-poder-engravidar-do-marido-que-morreu-11814725.html> e em <https://www.publico.pt/2020/02/18/sociedade/noticia/proposta-permitir-inseminacao-post-mortem-apresentada-parlamento-1904583> [Consult. 05 Jul.2020].

⁹⁷ De notar que, já em 2012 e 2015, o Partido Socialista apresentou 3 projetos de lei que pretendiam, entre outros propósitos, o alargamento da possibilidade de inseminação *post mortem* sempre que existisse um projeto parental consentido, o que, todavia, acabou por não ser aprovado. Mais recentemente, o Partido Socialista apresentou na Assembleia da República o projeto de lei n.º 223/XIV, de 28 de fevereiro de 2020, que pretende uma alteração ao regime previsto no art. 22.º e 23.º LPMA. De acordo com o regime vertido nesta proposta de lei, seria estabelecido como princípio que, após a morte do marido ou unido de facto, o recurso à inseminação seria admissível se existisse já um projeto parental estabelecido por escrito antes do falecimento (servindo para este efeito o documento onde é prestado o consentimento informado) e o decurso de um prazo adequado, para que a decisão por parte da mulher não seja tomada de forma irrefletida. Nestes casos seria admitida a inseminação com sémen da pessoa falecida ou transferência do embrião, sendo a criança que viesse a nascer havida como filha do falecido. Também neste ano de 2020 surgiu uma petição pública a defender a alteração à lei respeitante a estas matérias, que reuniu noventa e oito mil e quinhentas assinaturas, bem como uma iniciativa legislativa de cidadãos, o designado Projeto de Lei n.º 214/XIV, na qual se pretende alterar os mesmos art. 22.º e 23.º LPMA.

III. Do contrato de Procriação Medicamente Assistida

1. Do complexo contratual associado à PMA

No que respeita à caracterização do complexo contratual associado à PMA, importa distinguir – o que porquanto nos conduzirá a construções jurídicas diferentes - consoante se trate de uma hipótese de reprodução homóloga ou heteróloga. De salvaguardar que, para esta finalidade de estudo não abarcaremos as hipóteses de maternidade de substituição, cuja abordagem, pelas suas especificidades, justificaria um trabalho autónomo.

a. Do contrato de doação de gâmetas prévio à PMA heteróloga

Como ante referido, na PMA heteróloga o material reprodutor utilizado não pertence aos beneficiários, importando, por isso, uma modelagem contratual diferenciada. Destarte, nestes casos, antes do próprio recurso às técnicas de PMA pelos beneficiários, existe uma entrega de material genético (esperma ou óvulos) por dador, importando, assim, em primeira instância, analisar o regime deste contrato, entendido como antecedente necessário à PMA heteróloga⁹⁸.

No que à caracterização deste contrato respeita, vozes existem que assimilam o mesmo a um contrato de doação, pese embora identifiquem algumas diferenças de regime com este último. Neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO refere que não existe previsão legal expressa deste tipo contratual, pelo que entende aplicável o regime do contrato de doação, mantendo, porém, no horizonte as diferenças que marcam estes dois tipos de contrato. Desde logo, importa destacar que, ao contrário da doação em sentido estrito, a doação de gâmetas não tem um puro escopo de liberalidade⁹⁹. Por outro lado, a doação tem por objeto coisas, sendo que, no seu entender, os gâmetas não configurariam “coisas” no seu sentido estrito¹⁰⁰, nem estaria em causa

⁹⁸ SALES, Ana Amélia Ribeiro - O Incumprimento dos Contratos de Doação de Gameta. *In Estudos sobre incumprimento do contrato*. 1.^a ed. Coimbra [etc.], Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1967-8, p. 81.

⁹⁹ Esta inexistência de um puro escopo de liberalidade relaciona-se com a compensação devida pelos transtornos decorrentes da doação que, não refletindo um pagamento do preço, é, contudo, uma compensação pecuniária que não existe nas doações em sentido estrito.

¹⁰⁰ SALES, Ana Amélia Ribeiro - O Incumprimento dos Contratos...p. 86-88. Já Amélia Ribeiro Sales realça que, para efeito do disposto no art. 202.º CC, apenas pode ser objeto de contrato uma “coisa”, sendo que os gâmetas podem ser entendidos como coisas para este efeito. No entanto, salienta que no seu entendimento não deverá operar uma distinção estanque entre “pessoas” e “coisas”, antes devendo existir possibilidade de criação de novas figuras.

a mera transmissão do direito de propriedade sobre as mesmas. Assim, sopesadas todas as diferenças que marcam estes dois negócios, conclui a referida Autora que em causa está sim um contrato *sui generis* com semelhanças ao contrato de doação¹⁰¹. Partindo de idêntico raciocínio, AMÉLIA RIBEIRO SALES considera que estamos aqui perante um contrato misto que, apresentando semelhanças com o contrato de doação, não é assimilável à doação *stricto sensu* atentas as diferenças existentes¹⁰².

Já no que respeita ao modo como este contrato se relaciona com a posterior utilização pelos beneficiários da PMA, VERA LÚCIA RAPOSO adianta que uma das construções possíveis seria considerar que estaríamos perante um contrato de doação entre uma pessoa indeterminada, que seria o dador, a favor de outra pessoa indeterminada, que seriam os beneficiários, na qual interviria como intermediário o banco de gâmetas. Este seria, aliás, mais um dos exemplos em que o contrato de doação de gâmetas divergia do típico contrato de doação pois, ao contrário deste, a doação de gâmetas não era celebrada entre duas pessoas determinadas¹⁰³.

Outra construção possível, e avançada por ANA AMÉLIA RIBEIRO SALES, assenta na configuração de uma sucessão contratual mais extensa onde, entre o dador e o banco de gâmetas é celebrado um contrato de doação (doação entendida com as particularidades referidas), sendo, posteriormente, celebrado entre o banco e os beneficiários novo contrato de doação e, finalmente, entre a clínica de PMA e os beneficiários nasce um contrato de prestação de serviços com vista à aplicação das técnicas de PMA¹⁰⁴.

Todavia, muitas vezes as próprias clínicas de PMA dispõem, inclusive, dos seus próprios bancos de gâmetas, pelo que para estes casos parece ser mais adequada outra das construções, segundo a qual “o doador doa ao banco de esperma e de seguida este contrata com os utentes das técnicas (mas não por meio de doação)”. Portanto, *in casu*, aquilo que existiria seria uma sucessão de negócios jurídicos entre pessoas determinadas, onde primeiramente teríamos uma doação entre o dador e o banco de gâmetas/clínica de PMA e, de seguida, um contrato assimilável a um contrato de prestação de serviços entre este último e os beneficiários¹⁰⁵.

¹⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 754-756.

¹⁰² SALES, Ana Amélia Ribeiro - *O Incumprimento dos Contratos...*p. 82-83.

¹⁰³ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 754-755.

¹⁰⁴ SALES, Ana Amélia Ribeiro - *O Incumprimento dos Contratos...*p. 85.

¹⁰⁵ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 754-755.

No que concerne à própria qualificação do contrato de doação de gâmetas, afirma-se o mesmo como sendo um contrato gratuito (apesar da compensação a que já fizemos alusão), formal e só exceccionalmente revogável¹⁰⁶¹⁰⁷.

b. Do Contrato de PMA propriamente dito

Por seu turno, a relação que se forma entre clínica¹⁰⁸ que aplicará as técnicas de PMA e os beneficiários assume-se, indubitavelmente, como uma relação de natureza contratual¹⁰⁹. A este propósito, cremos que o facto de a prestação da clínica de PMA ter como fim último a obtenção de uma gravidez, não obsta a essa qualificação pois, como explica RIBEIRO DE FARIA, o contrato nada mais é do que um encontro de vontades através do qual se fazem nascer relações, relações essas não apenas de natureza patrimonial mas também extrapatrimonial¹¹⁰.

Não deixamos de notar que, outrora, a qualificação deste tipo de relações era, com muita relutância, qualificada como contratual, por se entender que em causa estava uma atividade liberal, de cariz intelectual, com valor sacramental, contendendo com bens de elevado grau valorativo¹¹¹. cremos, contudo, que tal visão se encontra hoje ultrapassada, sendo admitida a integração desta relação como contratual, mais ainda quando reportada ao domínio privado.

Ora, para efeitos de compreensão do tipo contratual aqui em causa, importa atender que, de forma genérica, os contratos celebrados entre médico e paciente têm por objeto a prestação de atos de natureza médica, comprometendo-se o médico a empenhar os seus melhores esforços e diligência, em observância pelas *leges artis*, no tratamento do paciente ou de modo a promover a sua saúde e auxiliá-lo na obtenção de maior qualidade de vida.

¹⁰⁶ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 753.

¹⁰⁷ De *iure condendo* existe quem defenda a possibilidade de a doação ser revogável nos casos de infertilidade posterior do dador, casos em que este deverá indemnizar o banco de gâmetas pelos custos inerentes à preservação do material, bem como proceder à restituição da compensação auferida por efeito da doação anterior. Neste sentido SALES, Ana Amélia Ribeiro - *O Incumprimento dos Contratos...* p. 99.

¹⁰⁸ De notar que, quando nos referimos a “*clínicas de PMA*” se pretende aludir às entidades que são titulares da mencionada clínica, apenas se utilizando a expressão “clínica de PMA”, por economia de recursos e maior fluidez na exposição.

¹⁰⁹ Atendendo à economia deste trabalho apenas consideraremos a PMA que tem lugar por intervenção de um estabelecimento de PMA de natureza privada. Não vamos considerar, pois, a PMA concretizada com intervenção de entidades de prestação de cuidados de saúde de natureza pública.

¹¹⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das Obrigações - Vol. I. 2.ª ed.* Coimbra, Almedina, 2020. ISBN 9789724086538, p. 195.

¹¹¹ PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado.* Coimbra, Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3, p.56.

Regra geral, o contrato celebrado entre médico e o paciente, pela ausência de previsão de um tipo contratual específico, reconduz-se ao contrato de prestação de serviços, desta feita, com carácter *sui generis*, afigurando-se, aliás, um contrato socialmente típico¹¹². Propugnando esta orientação, ecoam vozes como FERREIRA DE ALMEIDA¹¹³ e ANDRÉ DIAS PEREIRA¹¹⁴.

Não ignoramos, todavia, que o contrato de prestação de serviços, tal qual definido no art. 1154.º CC, se assume como um contrato no qual uma das partes proporciona à outra dado resultado, alcançado em consequência do seu trabalho intelectual ou manual¹¹⁵. Ora, é partindo desta caracterização, que algumas vozes arguem que as características do contrato de prestação de serviços, sobretudo, a prestação do resultado, não se coaduna com a obrigação médica. Cremos, todavia, não ser esse o trilho a seguir, partilhando da opinião de que o conceito de “*resultado*”, com o teor e alcance do art. 1154.º CC, é compaginável com o contrato de prestação de serviços médicos, uma vez que nestes casos “*o resultado do trabalho intelectual é o tratamento e não a cura*”¹¹⁶.

No que respeita ao contrato de PMA, cremos que a sua qualificação contratual não deverá distanciar-se daquela que as demais prestações de cuidados de saúde conhecem e a que fizemos referência *supra*. Assim, assume-se, igualmente, como um contrato de prestação de serviços, o que é admissível face aos fluídos contornos desta figura que, sem definir de modo rígido e aprioristicamente quais as obrigações que recaem sobre as partes, faz com que na sua categoria caíam múltiplos contratos.

Destarte, aplicando o conceito amplo do contrato de prestação de serviços à PMA, é possível afirmar que, no mesmo, a clínica proporciona aos beneficiários o trabalho intelectual através dos seus auxiliares (designadamente, através dos profissionais médicos de que se serve na prossecução da sua atividade), realizando o diagnóstico de infertilidade e escolha e aplicação da técnica indicada à obtenção da gravidez e acompanhamento de todo o procedimento, mediante o pagamento do preço.

¹¹² VASCONCELOS, Pais de - *Contratos atípicos*. Coimbra, Almedina, 1995. ISBN 972-40-0851-7, p. 59-60. O contrato de prestação de serviços médicos reúne os requisitos de um contrato socialmente típico, pois não se verifica uma individualidade do uso desta figura, mas antes uma pluralidade, traduzindo-se numa prática socialmente reconhecida.

¹¹³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Os contratos civis de prestação de serviço médico. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa, AAFDL, 1996, p. 87.

¹¹⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias - O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1247-1, p. 34-35.

¹¹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações- Vol. III*. 13.ª ed. Coimbra, Almedina, 2019. ISBN 9789724080116, p. 429.

¹¹⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Os contratos civis...p. 87.

Do mesmo modo, e à semelhança do que sucede para os contratos de prestação de serviços médicos em geral, também aqui se vão aplicar supletivamente as regras do mandato, como decorre do art. 1156.º CC. Com efeito, a pedra de toque prende-se, precisamente, com a expressão “*com as necessárias adaptações*” ínsita naquele normativo, o que impõe sempre uma apreciação das disposições que se afiguram ou não adequadas a este contrato. Assim, ainda que existam bastantes disposições do contrato de mandato que aqui são aplicáveis (como sucede com o disposto no art. 1158.º, n.º 1 *in fine*, 1161.º, als. b) e d), 1162.º, 1167.º, als. a) e b) CC)¹¹⁷, a verdade é que existem outras que não merecem, nesta sede, aplicação. Exemplo paradigmático contende com o disposto no art. 1161.º, al. a) CC nos termos do qual se prevê a obrigação do mandatário praticar os atos segundo as instruções do mandante, o que não se compadece com a autonomia técnico-científica e independência de que goza o médico. Cabe a este último escolher o meio de diagnóstico e tratamento mais adequado, segundo os seus conhecimentos e experiência (art. 3.º e 32.º CDOM)¹¹⁸. Paralelamente, demonstrando igualmente a adaptação que a regras do mandato exigem, veja-se o art. 1170.º, n.º 1 CC de acordo com o qual o mandato se apresenta livremente revogável por qualquer das partes. Ora, se é certo que o paciente pode livremente e a qualquer momento fazer cessar o contrato (tendo, nesta parte plena aplicação o referido preceito), o mesmo não ocorre quanto ao médico. Sobre este impende o dever de assegurar que a sua desvinculação não comporta prejuízo para o doente, devendo fornecer os esclarecimentos necessários e advertir o doente com antecedência necessária para que seja possível assegurar a sua substituição (art. 41.º, n.º 2 do CDOM)¹¹⁹.

Nesta matéria, vozes há que, para determinados procedimentos médicos, designadamente aqueles de resultado previsível e sem a álea típica da atividade médica, qualificam tais contratos como contrato de empreitada¹²⁰ (art. 1207.º CC). A este propósito, considere-se a perspetiva de RUTE TEIXEIRA PEDRO¹²¹, JOÃO CARLOS GRALHEIRO¹²², MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO

¹¹⁷ GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico é uma empreitada?* [Em linha] [S.l.]. [Consult. 11 Abr. de 2020]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Babf960a0-9079-4ea6-8655-fd8dc58f9e9c%7D.pdf>. p. 855-857.

¹¹⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 587-589. GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico...* p. 856-857.

¹¹⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes...* p. 588. GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico...* p. 857.

¹²⁰ O contrato de empreitada apresenta-se como um contrato sinalagmático, oneroso, consensual e comutativo, posto que cada uma das partes tem um conhecimento prévio das prestações que aproveitará, sendo que o que é contratado é o resultado que se pretende obter com a atividade desenvolvida pelo empreiteiro.

¹²¹ PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil ...* p.72.

¹²² GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico...*p. 801.

MACIEIRINHA¹²³ que propugnam a possibilidade de intervenções como colocação de próteses dentárias, realização de exames ou análises laboratoriais, poderem ser assimiláveis a uma empreitada¹²⁴.

Em todo o caso, não podendo neste trabalho discorrer na sua completude sobre esta questão atenta a complexidade que a mesma reveste, diremos apenas que, no âmbito de PMA, não se mostra adequada a aplicação do regime da empreitada, pois não é possível afirmar que as clínicas de PMA estejam obrigadas à obtenção do resultado configurado na gravidez¹²⁵, nem que a não obtenção de gravidez se reconduz a qualquer incumprimento contratual, como sucederia numa empreitada em caso de não verificação do resultado. Aquilo a que se obriga a clínica de PMA é atuar diligentemente com vista à obtenção da gravidez, sem, contudo, a poder garantir pela imprevisibilidade deste tipo de procedimentos, atentas as inúmeras condicionantes, não controláveis pela vontade, de que depende o seu sucesso.

Assim, propugnamos pela integração do contrato de PMA como um contrato de prestação de serviços *sui generis*, ao qual se aplicam supletivamente as regras do mandato, desde que a sua aplicação não afronte as características dos contratos de prestação de serviços médicos¹²⁶.

Este contrato de PMA é, por último, qualificado como um contrato sinalagmático ou bilateral, posto que do mesmo emergem deveres para ambas as partes ligadas por um nexo de reciprocidade, oneroso, *intuitus personae*¹²⁷ e de carácter continuado¹²⁸.

¹²³ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago - *Direito da saúde: lições*. Lisboa, Universidade Católica, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4, p. 186.

¹²⁴ PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil...*p.100 – 102. Segundo a citada Autora, é necessário distinguir a “*atividade de elaboração da prótese da aplicação da mesma*”, pois aquela primeira implica apenas a construção de uma peça adequada ao paciente, sendo, por isso, uma obrigação de resultado. Já a sua colocação, na medida em que depende da reação do corpo, tem associada uma álea que a qualifica como obrigação de meios.

¹²⁵ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida...*p.255-256.

¹²⁶ Nas hipóteses em que as regras do mandato não se coadunem com as especificidades do contrato de PMA, são chamadas à colação as regras da integração dos negócios jurídicos, cfr. art. 239.º CC, devendo aplicar-se as disposições que melhor se enquadrem na natureza do contrato, i.e. as disposições que regulam os atos médicos, como a CRP, Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina, LPMA, LBS e CDOM.

¹²⁷ O contrato de PMA é, à semelhança dos contratos de prestação de serviços médicos entendidos de forma geral, um contrato de natureza pessoal, isto porque para as partes, designadamente para os pacientes, não é indiferente quem é a pessoa ou clínica que aplica as técnicas de PMA. Na habitualidade dos acontecimentos, os beneficiários, escolhem uma determinada clínica, designadamente pela reputação que a mesma possa conhecer.

¹²⁸ No caso específico da PMA, pelos diversos procedimentos e etapas que conhece e o necessário acompanhamento dos beneficiários, é perceptível o seu carácter continuado.

2. Do *iter* formativo do contrato de PMA

No que se refere à trajetória percorrida até à celebração do contrato de PMA, aplicam-se igualmente os considerandos usualmente tecidos a propósito dos contratos médicos em geral.

Destarte, também neste ponto figura a querela inerente ao seu concreto modo de formação. Distingue-se, a este propósito, por um lado, a posição que defende que a abertura de uma clínica ao público é considerada como um mero convite a contratar (caso em que a entrada dos beneficiários representa uma proposta contratual, sujeita a posterior aceitação por parte da clínica, após o qual se considera celebrado o contrato) e, por outro lado, a posição segundo a qual a abertura da clínica ao público consubstancia já uma proposta contratual (caso em que a entrada dos beneficiários configura a sua aceitação, dando-se o contrato por celebrado logo nesse momento)¹²⁹.

Ora, partindo do conceito adotado por FERREIRA DE ALMEIDA, uma proposta contratual, para que o seja, deverá ser “*completa e precisa, firme e formalmente adequada*”¹³⁰. Assim, a proposta contratual deverá assimilar já as cláusulas sobre as quais as partes tenham julgado necessário acordo (art. 232.º CC), devendo determinar os seus elementos, revelar uma vontade séria e definitiva de contratar por parte do proponente e, por último, respeitar a forma adequada ao tipo de contrato em questão¹³¹. No mesmo sentido MOTA PINTO¹³². Por seu turno, o convite a contratar não reúne as mencionadas características, designadamente a “*completude ou de adequação formal e ainda se o emitente, através de protesto, fizer saber que a sua mensagem não deve ser considerada como proposta*”¹³³, demonstrando apenas a recetividade para iniciar negociações tendentes à contratação.

Ora, posicionando-se quanto a esta questão, JOÃO ÁLVARO DIAS considera que a mera abertura do consultório ao público encerra em si uma proposta contratual, pelo que a simples entrada do paciente configura uma declaração de aceitação¹³⁴.

Quanto a nós, não acolhemos tal orientação no concreto âmbito da PMA pois, aplicando os considerandos talhados acima, tendemos a qualificar a abertura da clínica de PMA ao público

¹²⁹ PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil*...p. 61.

¹³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Contratos I: conceito, fontes, formação*. 6.ª ed. reimp. 2020 Coimbra, Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7029-2, p. 117.

¹³¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Contratos I*...p. 117-121.

¹³² PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª edição, reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723221022, p.419-421.

¹³³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Contratos I*...p. 121-122.

¹³⁴ DIAS, João Álvaro – *Procriação Assistida*... p. 221-222.

como um mero convite a contratar, até porque os elementos inerentes à contratação são, neste caso, de tal modo complexos que nunca se poderá entender como suficientemente completa e precisa a simples abertura da clínica ao público. Ademais, a aplicação das técnicas de PMA está sujeita à prestação de esclarecimento prévio, expresso e por escrito (art.14.º, n.º 1 LPMA), pelo que a simples abertura da clínica ao público nunca respeitaria o requisito da forma¹³⁵.

3. Dos sujeitos com intervenção na PMA

A determinação dos sujeitos com intervenção no âmbito da PMA e a delimitação dos seus direitos e obrigações configura uma questão de magna importância na identificação de potenciais violações e desencadeamento dos remédios jurídicos aplicáveis ao inadimplemento. Como decorre do complexo contratual inerente à PMA e a que fizemos alusão *supra*, pode suceder que alguns dos sujeitos com intervenção no âmbito da PMA não venham, todavia, a encabeçar o referido contrato, o que sucede, desde logo, no âmbito da PMA heteróloga. Desta forma, importa distinguir entre os sujeitos que têm algum tipo de ingerência na PMA, mas que não são parte do contrato de PMA propriamente dito e os sujeitos que encabeçam uma posição jurídica de parte contratual no âmbito do mesmo.

Assim, sumariamente, podemos apontar quatro possíveis sujeitos com intervenção na PMA: Os dadores, o banco de gâmetas, a clínica de PMA e os beneficiários. Os dois primeiros, quando existam, não integram o contrato de PMA *sticto sensu*, já os segundos são, impreterivelmente, parte no aludido negócio jurídico. Analisemos então, *in concreto*, qual o papel de cada um e quais as obrigações que brotam para os mesmos.

a. Dadores de material genético

Como acima cotejado, os dadores fornecem os seus gâmetas (sémen ou ovócitos) de modo gratuito, sem prejuízo da compensação que possam auferir pelos transtornos causados. É certo que estes não são parte do contrato de PMA, mas nem por isso a sua atuação merece menos

¹³⁵ PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil ...* p. 72. Segundo Rute Teixeira Pedro “Entre nós não é, em regra, exigida a observância de forma especial para prestação do consentimento esclarecido. Porém, em algumas situações o legislador prevê exigências formais”. Cremos que seja esse o caso na PMA, pois o consentimento prestado pelos beneficiários não configura uma “precaução destinada a pré-constituir um elemento probatório”, mas uma exigência legal (art.14.º, n.º 1 LPMA).

atenção, desde logo pelas consequências que a sua conduta pode importar para os beneficiários e para a vida que presumivelmente vai nascer.

Assim, dir-se-á que, de modo a garantir a saúde da beneficiária e do próprio ser que se pretende conceber, recai sobre o dador a obrigação de realizar os exames solicitados e prestar informações verdadeiras no que respeita ao seu historial clínico, não devendo ocultar quaisquer elementos relevantes¹³⁶.

Neste conspecto, questão pertinente contende com a possibilidade de ser assacada responsabilidade ao dador quando este sabe que é portador de alguma doença hereditária ou contagiosa e, ainda assim, decide doar o seu material reprodutor, causando com isso danos na esfera da beneficiária que recorreu à PMA ou ao nascido, ou, ainda, no caso em que este decida não doar o seu material genético contrariamente ao que se havia comprometido. Quanto à primeira questão, partilhamos do entendimento de VERA LÚCIA RAPOSO, de acordo com o qual, demonstrando-se que o dador conhecia a doença, ocultando-a dolosamente, tal significa que atuou de forma ilícita, pelo que poderá ser responsabilizado pelos danos causados ao abrigo do instituto da Responsabilidade Civil¹³⁷.

Em todo o caso, estas hipóteses de responsabilização dos próprios dadores levantam dificuldades de índole mais prática, questionando-se se estes deverão ser responsáveis apenas quando têm conhecimento da doença ou independentemente desse conhecimento, bem como a questão de determinar quem é o credor da obrigação de indemnizar (se o banco de gâmetas a quem o dador entregou o material, se os beneficiários ou a pessoa que vier a nascer)¹³⁸. Quanto à primeira das questões, somos a entender que existe fundamento para responsabilizar o dador apenas nos casos em que este tenha conhecimento da doença pois, desconhecendo-a, não cremos que exista um juízo de censura que lhe seja imputável, claudicando o requisito da culpa que é exigido, como regra, para a firmação da Responsabilidade Civil (art. 483.º CC). Já quanto aos credores da obrigação de indemnizar, estes tanto poderão ser o próprio banco de gâmetas, ao abrigo da Responsabilidade Civil Contratual, com fundamento no inadimplemento verificado, como também os próprios beneficiários e/ou o nascido, por referência ao instituto

¹³⁶ SALES, Ana Amélia Ribeiro - O Incumprimento dos Contratos... p. 85-86. DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*...p. 42. Em França, foi previsto um conjunto de direitos e deveres para cada um dos intervenientes das técnicas de PMA, prevendo-se, concretamente quanto ao dador, que este está obrigado a um dever imperativo de verdade, sendo-lhe imposto que não oculte nada e que dê conhecimento de informações relevantes, designadamente o facto de ser portador de doenças hereditárias.

¹³⁷ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade*... p. 772-773.

¹³⁸ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade*... p. 754.

da Responsabilidade Civil Extracontratual¹³⁹, atenta a violação dos seus direitos absolutos (art. 483.º, n.º 1 CC).

Já quanto à hipótese em que o dador decida não doar o seu material genético, VERA LÚCIA RAPOSO rejeita que possa ter lugar a execução coerciva, sendo apenas admitida a devolução da quantia já recebida pelo dador e o pagamento de uma indemnização¹⁴⁰. Em nosso entendimento, aceitamos apenas parcialmente as soluções apontadas pela referida Autora pois, admitindo como adequada a devolução dos valores recebidos destinados a compensar os transtornos causados, rejeitamos que possa estar sujeito ao pagamento de uma qualquer indemnização, atenta a necessidade de se preservar a própria liberdade do dador, garantindo o escopo de liberalidade e puro altruísmo deste ato. O dador não poderá ficar sujeito ao pagamento de qualquer indemnização, sob pena de, perante a cominação de pagamento de uma indemnização (cujo valor pode até nem conseguir pagar) se vir forçado a doar o seu material, contrariamente à sua vontade, o que não poderá, em qualquer circunstância, ser admitido.

b. Do banco de gâmetas

Têm também um papel importante no âmbito da PMA as entidades que consubstanciam bancos de gâmetas¹⁴¹, a quem é fornecido pelos dadores o material reprodutor ou até pelos beneficiários, para que aí seja preservado os seus gâmetas para futura utilização. Para efeitos práticos iremos considerar os casos em que as clínicas de PMA não têm em si integrado já um banco de gâmetas, sendo tal banco de gâmetas um ente autónomo. Em todo o caso, sempre que as clínicas de PMA apresentem o seu próprio banco de gâmetas, recaem igualmente sobre estas as obrigações que iremos expor *infra*.

¹³⁹ Afirmamos esta possibilidade, sem prejuízo de poder existir fundamento para que os beneficiários/nascidos demandem igualmente o banco de gâmetas em caso de incumprimento do dever de assegurar a qualidade o material fornecido, desde logo, nos casos em que não tenha submetido o material genético aos exames necessários ao despiste de doenças.

¹⁴⁰ RAPOSO, Vera Lúcia - Direito à Imortalidade... p. 753- 754.

¹⁴¹ De notar que, sempre que utilizada a expressão “*banco de gâmetas*” referimo-nos às entidades (pessoas singulares ou coletivas) que são titulares do mencionado banco, utilizando apenas a referida expressão por facilidade expositiva.

Portanto, estes bancos de gâmetas, como entes autónomos, não são parte no contrato de PMA propriamente dito, atuando numa fase prévia à própria aplicação das técnicas e também ao seu enquadramento contratual.

Como já foi referido, é possível que diversas doenças sejam transmitidas pelos gâmetas utilizados, pelo que se afigura primordial garantir que o material doado e utilizado na PMA se apresente em perfeitas condições. Para este efeito, impende sobre o banco de gâmetas o dever de realizar os exames necessários a aferir da qualidade do material utilizado, devendo ainda garantir que os dadores se apresentem em boas condições de saúde física e psíquica¹⁴².

Sobre esta matéria existem diversas orientações, como é o caso da Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004¹⁴³ que estabeleceu normas de qualidade e segurança em relação à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana, aplicada pela Diretiva 2006/17/CE da Comissão de 8 de Fevereiro de 2006¹⁴⁴, posteriormente alterada pela Diretiva 2012/39/UE da Comissão de 26 de novembro de 2012¹⁴⁵. Já a nível nacional, contamos com a Lei n.º 12/2009, de 26 de março, que estabeleceu o regime jurídico da qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana, transpondo para a ordem jurídica interna, designadamente, as Diretivas 2004/23/CE e 2006/17/CE.

Neste conspecto, prevê a Lei n.º 12/2009 no seu art. 16.º, n.º 1 que a seleção e aceitação de células são feitas de acordo com requisitos previstos na lei, estabelecendo-se no Anexo VII, ponto 3 que, no caso de recurso a material genético de terceiro, os exames a que devem ser submetidos os dadores são mais rigorosos do que os aplicáveis aos casos de dádivas entre parceiros. Por outro lado, no que contente com a identificação do material reprodutor, estabelece a referida lei, no seu art. 12.º, n.º 10 que ao dador e às células doadas deve ser atribuído um número único de dádiva, que assegure a correta identificação do dador e a rastreabilidade de todo o material. Segundo o art. 11.º, n.º 5 da Lei n.º 12/2009, qualquer tipo

¹⁴² RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 771- 775.

¹⁴³ Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0023&from=pt>

¹⁴⁴ Diretiva 2006/17/CE da Comissão de 8 de Fevereiro de 2006 disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32006L0017>

¹⁴⁵ Diretiva 2012/39/UE da Comissão de 26 de novembro de 2012, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0039&from=IT>

de identificação incorreta ou troca de gâmetas ou embriões é considerado como um incidente adverso grave.

Destarte, feito este breve périplo pelas disposições aplicáveis, é possível inferir que os bancos de gâmetas têm especiais deveres (de cuja violação pode emergir Responsabilidade Civil, se estiverem verificados todos os requisitos de que depende o nascimento de uma obrigação de indenizar) no que respeita a matéria de seleção de dadores e realização de exames para despiste de eventuais doenças, de molde a assegurar a qualidade do material utilizado, devendo garantir uma correta identificação, rotulagem e depósito do material reprodutor. Assim, relativamente aos bancos de gâmetas são equacionáveis várias hipóteses geradoras de responsabilidade, pense-se nos casos em que não existe uma correta seleção de dadores ou despiste de doenças, ou que ocorra a troca do material ou até perda dos gâmetas decorrente da deficiente colheita ou preservação do material¹⁴⁶.

A este propósito, JOÃO ÁLVARO DIAS considera que estas instituições podem ser responsáveis “*pelas anomalias e incompatibilidades que teriam podido despistar, pela má qualidade do material genético fornecido e até mesmo por não terem feito uma criteriosa arrumação do sémen em função da raça e outras características fisiológicas do dador*”¹⁴⁷, acrescentando que “*a não realização de toda uma série de testes a dador poderá vir a motivar situações várias de responsabilidade civil médica*”¹⁴⁸.

Diante destas possibilidades, VERA LÚCIA RAPOSO defende que os bancos de gâmetas poderão responder pelos danos causados, com recurso ao instituto da Responsabilidade Civil, admitindo até uma eventual responsabilidade solidária do dador nos casos em que este é portador de doença e tem conhecimento da possibilidade da sua transmissão¹⁴⁹, tese que subscrevemos integralmente, atenta a regra da solidariedade prevista no art. 497.º, n.º 1 CC para a modalidade Extracontratual da Responsabilidade Civil.

¹⁴⁶ Pense-se num casal que, face à possibilidade de problemas futuros de fertilidade, decide recolher e preservar os seus gâmetas, no entanto, por erro do banco de gâmetas, o material é deficientemente recolhido, preservado ou transportado, inviabilizando-se o uso desse material, impedindo o casal de ter filhos geneticamente seus. Igualmente, considerem-se os casos em que exista troca do material preservado, gerando-se um embrião que, contrariamente ao pretendido e expectável, não foi gerado com o seu material genético.

¹⁴⁷ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*... p. 349-350.

¹⁴⁸ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*... p. 47-48. O referido Autor realça a insuficiência das meras declarações do dador para estes efeitos, defendendo que o dador “*deverá ser examinado quanto a malformações genéticas, doenças hereditárias e infecciosas, incompatibilidades sanguíneas e outras doenças que possam repercutir-se sobre o feto*”.

¹⁴⁹ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade*...p. 172-173.

Por último, cumpre-nos salientar a posição de CALVÃO DA SILVA que, partindo da conceção de que estas entidades centram a sua atividade na obtenção, tratamento e fornecimento do material reprodutor, retirando, com isso, lucros, se justificaria que respondessem pelo risco do desenvolvimento dessa atividade, ao abrigo do regime previsto no Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro¹⁵⁰. Por seu turno, já em 1996, JOÃO ÁLVARO DIAS¹⁵¹ aventava que se afigurava improvável que vingasse neste âmbito uma orientação de responsabilidade objetiva.

Quanto a nós, realçamos que a doação de gâmetas fica de fora do próprio âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva em benefício dos dadores, prevista na Lei n.º 12/93, de 22 de abril, conforme decorre do art.1.º, n.º 2 da referida Lei. Por outro lado, cremos que a esta atividade não está associado um especial risco, nem que seja considerada excecionalmente perigosa, ao ponto de justificar a aplicação desta modalidade de responsabilidade que, aliás, tem em si subjacente uma lógica de excecionalidade (art. 483. n.º 2 CC)¹⁵². Assim, tudo sopesado, propendemos igualmente para o entendimento de que também esta atividade não poderá ser integrada no âmbito da Responsabilidade pelo Risco *de iure constituto* e também numa perspectiva *de iure constituendo*.

c. Da clínica de PMA

Como já ante referido, entre os beneficiários da PMA e a respetiva clínica (*rectius* a entidade detentora da clínica, em regra, uma pessoa coletiva)¹⁵³ constitui-se um vínculo de natureza contratual, do qual emergem feixes de deveres, sejam deveres principais, sejam acessórios de conduta, assentes no dever de boa-fé¹⁵⁴.

¹⁵⁰ SILVA, João Calvão da - *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, Almedina, 1990. ISBN 9789724004778, p. 619.

¹⁵¹ DIAS, João Álvaro – *Procriação assistida* ... p. 267.

¹⁵² GONÇALVES, Carla - *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 47-50 Como explica a referida Autora “*nem todos os riscos e nem todos os perigos inerentes à prática médica poderão derrogar o princípio geral da responsabilidade fundamentada na culpa*”. Para este efeito a referida Autora enuncia determinadas áreas em que se afirma uma responsabilidade objetiva, como sendo as situações de “*ensaios clínicos, doações de órgãos e tecidos em vida, da exposição de pacientes a radiações e, em certas circunstâncias especiais, do exercício coletivo da medicina*”, não obstante, como vimos, a doação de gâmetas não se encontra abrangida, em nossa perspetiva, por nenhuma destas situações.

¹⁵³ De realçar que, também neste ponto quanto nos referimos às “*clínicas de PMA*” nos referimos à entidade, pessoa singular ou coletiva, que são titulares da clínica, posto que esta última não goza de personalidade jurídica.

¹⁵⁴ PEDRO, Rute Teixeira - *Responsabilidade Civil* ... p. 75.

No que respeita às prestações de saúde, a principal obrigação que recai sobre a clínica (que cumpre através da intervenção de profissionais, *maxime* o médico¹⁵⁵) consiste no desencadeamento dos concretos atos técnicos com vista à obtenção do fim visado pelo paciente.

Ora, no âmbito da PMA esta prestação principal consubstancia-se no dever de diagnóstico do(s) beneficiário(s) no que respeita à sua situação de infertilidade e aplicação da técnica de PMA mais adequada à sua concreta situação clínica, com vista à obtenção de uma gravidez bem-sucedida¹⁵⁶. Portanto, para a clínica emerge a obrigação principal de adotar os procedimentos necessários à obtenção de uma gravidez por aplicação das referidas técnicas¹⁵⁷.

A par desta prestação principal, emerge ainda um dever de proteção que impende sobre a clínica de modo a permitir salvaguardar a integridade dos beneficiários, na sua pessoa e no seu património, face aos danos que potencialmente podem advir da intervenção¹⁵⁸. Quanto a este ponto, cremos que este dever de proteção se coloca, não apenas em relação aos beneficiários, partes do contrato, mas também quanto ao próprio ser a conceber, por recurso à figura do contrato com eficácia para proteção de terceiro, como se tratará adiante.

Mas a par deste, outros deveres recaem sobre a clínica de PMA (que cumprirá através da intervenção dos profissionais médicos seus auxiliares), designadamente, o dever de informação, cabendo-lhe informar os beneficiários dos resultados dos exames de infertilidade realizados, quais as técnicas de PMA mais adequadas à sua situação, elucidação dos benefícios e riscos associados às técnicas e as implicações sociais e jurídicas inerentes aos tratamentos propostos, além do dever específico de informar os beneficiários das condições em que lhes seria possível recorrer à adoção (art. 12.º, als. c) e e) e artigo 14.º, n.º 2 LPMA e art. 44.º CDOM).

A estes soma-se, ainda, o dever de recolher o consentimento informado dos beneficiários, (art. 14.º LPMA e art. 45.º CDOM), o dever de sigilo (art. 15.º, n.º 1 LPMA e art. 85.º e ss. CDOM), bem como o dever de documentação da situação clínica do paciente¹⁵⁹.

Ora, quando violada alguma destas obrigações que impende sobre a clínica da PMA poderão gerar-se danos suscetíveis de serem ressarcidos ao abrigo do instituto da

¹⁵⁵ Como é natural a clínica de PMA, na prossecução da sua atividade serve-se de diversos auxiliares, atuando através dos mesmos. Neste sentido, como iremos analisar adiante, a clínica, na qualidade de devedora, poderá ser responsável pelos atos praticados pelos seus auxiliares, designadamente, no âmbito contratual por recurso ao preceituado no art. 800.º CC.

¹⁵⁶ Direção-Geral da Saúde – *Conduta em Infertilidade para os Cuidados de Saúde Primários*. Lisboa, Direção-Geral da Saúde, 2008. ISBN 978-972-675-186-1, p. 10-15.

¹⁵⁷ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*. Coimbra, Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4936-6, p. 39-40.

¹⁵⁸ PEDRO, Rute Teixeira - *Responsabilidade Civil* ... p. 79.

¹⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p. 133.

Responsabilidade Civil. Todavia, e porquanto a análise destas hipóteses constitui o cerne do nosso trabalho, relegaremos essa análise para o capítulo próprio.

d. Dos beneficiários

Como já vimos, o contrato de PMA assume-se como um contrato bilateral ou sinalagmático, brotando do mesmo obrigações para ambas as partes, segundo uma lógica de reciprocidade¹⁶⁰. Destarte, à semelhança dos demais pacientes no domínio dos cuidados de saúde de âmbito privado, impende sobre os beneficiários um dever de pagamento do preço, corolário do caráter oneroso do contrato de PMA.

Outrossim, recai sobre os beneficiários um dever de cooperação, previsto na Base 2, n.º 4, al. b) LBS, do qual deriva um dever de comunicação, de modo a possibilitar ao prestador de cuidados de saúde o cumprimento da obrigação a que está adstrito. Assim, os beneficiários devem prestar as informações solicitadas, fazendo-o com verdade. No âmbito específico da PMA, determina o art. 13.º, al.a) LPMA que impende sobre os beneficiários o dever de “*prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas pela equipa médica ou que entendam ser relevantes para o correto diagnóstico da sua situação clínica e para o êxito da técnica a que vão submeter-se*”¹⁶¹.

Derivado igualmente do dever de cooperação, apresenta-se o dever dos beneficiários observarem todas as prescrições indicadas, quer durante a fase de diagnóstico, quer durante as demais etapas do processo de PMA, de modo a garantir uma maior probabilidade de lograr o fim pretendido (art. 13.º, al.b) LPMA). De salvaguardar que este dever não colide com a liberdade reconhecida aos beneficiários de interromper os procedimentos até ao início dos processos terapêuticos (art. 14.º, n.º 4 LPMA), simplesmente, ao abrigo deste dever de colaboração impõe-se que, decidindo avançar com a intervenção, sejam seguidas tais orientações.

Destarte, esta perspetiva do contrato como comportando igualmente obrigações para os beneficiários, numa perspetiva de *coworking*, demonstra-nos que um resultado desvalioso

¹⁶⁰ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. 10ª ed., reimp. 2020. Coimbra, Almedina, 2017. ISBN 9789724013893, p.395-396.

¹⁶¹ A inobservância do dever de informação ou colaboração pode ter como consequência a diminuição ou mesmo exclusão de qualquer indemnização em sede de Responsabilidade Civil, por apelo ao instituto da Culpa do Lesado, cfr. art. 570.º, n.º 1 CC. Isto é assim porque, ao não cumprir os seus deveres, designadamente o dever de informação ou de colaboração, poderá ser o próprio paciente a causa para a não verificação da finalidade pretendida.

poderá não ter como causa a conduta da clínica de PMA, mas a própria conduta dos beneficiários, o que poderá, inclusive, eximir a clínica de responsabilidade, por aplicação do art.570.º, n.º 1 CC¹⁶².

A este propósito, são cada vez mais sonantes as vozes que apelam a uma responsabilização dos próprios beneficiários. De facto, uma vez que os beneficiários são interessados na aplicação das técnicas de PMA, poder-se-ia pensar que os seus deveres seriam quase irrelevantes para a questão da Responsabilidade Civil emergente da aplicação das referidas técnicas. No entanto, a discussão poderá não ser assim tão despicienda atualmente pois, como salienta VERA LÚCIA RAPOSO, é hoje equacionável que os filhos possam demandar os seus pais pela inobservância de determinados deveres ou adoção de determinadas condutas que se repercutam no seu bem-estar¹⁶³. Exemplos destes casos são, precisamente, as hipóteses em que os beneficiários da PMA não cumpram escrupulosamente as recomendações dos profissionais, causando com isso danos ao nascido. Do mesmo lado da barricada, coloca-se JOÃO ÁLVARO DIAS que, realçando a relutância deste tipo de demandas, entende que a solução não pode passar por ignorar estas situações¹⁶⁴.

Isto posto, podemos então equacionar diversas hipóteses lesivas motivadas pelos próprios beneficiários, como aquela em que estes, sofrendo de doença hereditária grave, não informam a clínica tal facto, servindo-se das técnicas de PMA com recurso ao seu próprio material genético, acabando a criança por nascer portadora de doença ou anomalias. Outro cenário seria aquele em que os beneficiários, não seguindo as orientações clínicas na pendência dos procedimentos de PMA, acabam por causar danos na pessoa que vem a nascer, ou ainda, quando a clínica de PMA informa os beneficiários de que o embrião gerado apresenta anomalias graves, decidindo aqueles, mesmo assim, prosseguir com o procedimento¹⁶⁵. Tais hipóteses poderiam, em abstrato, justificar uma responsabilização dos beneficiários.

Apesar da relevância desta questão, atenta a limitação do presente trabalho, não nos poderemos ocupar com maior acuidade da mesma, versando o nosso estudo sobre o inadimplemento imputável às clínicas de PMA. Em todo o caso, é importante reconhecer que estas hipóteses de responsabilidade não são estanques, podendo mesclar-se numa dada situação

¹⁶² DANTAS, Eduardo - O inadimplemento do contrato de serviços médicos. *In Estudos sobre incumprimento do contrato*. 1.ª ed. Coimbra [etc.], Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1967-8, p.61.

¹⁶³ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 172-173.

¹⁶⁴ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida...* p. 144-145.

¹⁶⁵ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 951. Quanto a este último caso, Vera Lúcia Raposo entende que a decisão dos beneficiários de transferir um embrião com anomalias, ao invés de um embrião em boas condições, carece de qualquer justificação, impondo o Princípio da Beneficência a transferência do embrião são.

concreta, em que para um certo evento danoso tenha concorrido mais do que um interveniente¹⁶⁶. Tal pode ocorrer tendo em conta que a Responsabilidade Civil não pressupõe a exclusividade da condição, podendo qualquer facto que tenha sido relevante para a produção do resultado danoso, à luz da Teoria da Causalidade Adequada, ser relevante em termos de Responsabilidade Civil¹⁶⁷.

4. Obrigação da clínica de PMA: obrigação de meios *versus* obrigação de resultado

Analizadas que estão as obrigações que recaem sobre cada uma das partes, esmiuçaremos a questão de saber se a concreta obrigação que recai sobre a clínica de PMA se qualifica como uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, sendo que, para dissecar corretamente esta questão, atenderemos às diferenciações de cada uma das referidas modalidades.

Consolidando esta divisão, RICARDO LUCAS RIBEIRO avança com a indicação de critérios aptos a distinguir estes dois tipos de obrigações, sumarizando-se que a obrigação será em princípio de meios quando (i) o fim pretendido configure uma álea, pois quando o resultado final é aleatório, o devedor obriga-se apenas a um dever de diligência; (ii) se verifique uma aceitação de riscos pelo credor, consistente na produção de resultado danoso; (iii) e, por último, o obrigado reserve alguma liberdade de conformação da sua prestação, sem se obrigar a uma determinada prestação concreta¹⁶⁸. Também para MENEZES CORDEIRO a distinção opera na prática, procedendo-se a uma interpretação da obrigação a que se vinculou o devedor, sendo que, caso o devedor se tenha apenas comprometido a empreender todos ou os melhores esforços com vista a alcançar determinado resultado estaremos perante uma obrigação de meios, já no

¹⁶⁶ Pense-se, por exemplo, na hipótese de um dador de gâmetas que, sabendo que é portador de doença grave e ocultando tal informação, decide doar o seu material genético e, por seu turno, o banco de gâmetas não realiza os necessários testes de seleção de dadores e exames de despistagem de doenças. Neste caso, indubitavelmente, que concorreu para este resultado mais do que um interveniente.

¹⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 71-73. Segundo a referida Autora a existência desta concausa terá relevo no plano do montante indemnizatório imputável a cada responsável, fixado em proporção da concorrência da concreta conduta do agente para a produção do dano.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Ricardo Lucas - *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010. ISBN 978-972-32-1790-2, p. 53- 59.

caso de o devedor se obrigar a obter determinado resultado estaremos perante uma obrigação de resultado¹⁶⁹.

Isto posto, diremos que uma obrigação se qualifica como sendo de meios ou resultado dependendo do conteúdo da obrigação que recai sobre o devedor, pois quando o fim último pretendido não dependa apenas da vontade humana, mas esteja inerente uma álea, o devedor apenas se pode obrigar a diligenciar com vista a alcançar o resultado pretendido, sem que o possa assegurar. Estará, então, em causa uma obrigação de meios. Diversamente, quando a obtenção do resultado dependa tão-só da prestação do devedor, sem se perspetivem *a priori* outras variantes que possam influir na sua verificação, será qualificada como uma obrigação de resultado¹⁷⁰.

Importa, contudo, dar nota de outras perspetivas avançadas por alguns autores nesta matéria. Desde logo, um primeiro entendimento segundo o qual todas as obrigações buscam, em última instância, um resultado. Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO argumenta que mesmo nas obrigações de meios se visa alcançar o denominado “*resultado imediato*”, correspondente à satisfação do interesse do credor necessário à obtenção do fim último pretendido, o chamado “*resultado mediato*”. Isto é, nas obrigações de meios pretende-se alcançar o resultado imediato consistente no “*aproveitamento das chances de êxito terapêutico*” através do cumprimento da obrigação de prestar que impende sobre o médico¹⁷¹. Assim, e segundo a citada Autora, a não verificação do resultado mediato não constitui incumprimento, no entanto, funciona como prova de primeira aparência do incumprimento da obrigação de meios que impende sobre o médico de aproveitamento das chances de êxito terapêutico¹⁷².

CALVÃO DA SILVA, numa conceção um tanto similar, argui que a distinção entre obrigações de meios e de resultado não é inteiramente dispare, antes existindo pontos de contacto em ambas. Considera, assim, que todas as obrigações são, no fundo, de meios, consistente na obrigação do devedor se servir da diligência necessária à obtenção do resultado final pretendido e, concomitantemente, através do cumprimento da obrigação de meios o credor, via de regra, alcança o resultado final pretendido. Destarte, pela satisfação da obrigação

¹⁶⁹ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito civil VI*. 3.ª ed. Coimbra, Almedina, 2019. ISBN 9789724080796, p. 495-496.

¹⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito...* p. 496-497.

¹⁷¹ PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente lesado: breves reflexões*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 445-446.

¹⁷² PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente...* p. 450-451. GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico...* p. 843.

de meios é obtida a satisfação do resultado final, sendo em parte também uma obrigação de resultado¹⁷³¹⁷⁴.

Por último, Autores existem que criticam uma tal distinção pela inexistência de fundamentos que a justifique, invocando até que tal diferenciação poderá conduzir a problemas de pendor prático. De entre estas vozes, destacam-se MENEZES CORDEIRO¹⁷⁵, MENEZES LEITÃO¹⁷⁶ e FERREIRA DE ALMEIDA¹⁷⁷.

No entanto, não podemos deixar de concordar com quem continua a aludir à vantagem na distinção entre as obrigações de meios e de resultado, como o fez há largo tempo MANUEL DE ANDRADE¹⁷⁸, e então seguido por ANTUNES VARELA¹⁷⁹. A vantagem manifesta-se quanto à possibilidade desresponsabilização do devedor, posto que no âmbito de uma obrigação de meios o devedor não responde quer nos casos de impossibilidade objetiva, quer subjetiva, ao passo que nas obrigações de resultado o devedor apenas não responde naquele primeiro caso. Ademais, a distinção reveste grande relevo em matéria de distribuição do ónus de prova, isto porque nas obrigações de resultado a simples ausência de verificação do resultado final importa, *hit et nunc*, o incumprimento do contrato, cabendo depois ao devedor demonstrar a impossibilidade de cumprimento. Diversamente, na obrigação de meios, existe cumprimento com a adoção da conduta necessária à obtenção do resultado, independentemente do mesmo se verificar ou não¹⁸⁰, impendendo sobre o lesado o ónus de demonstrar a inobservância da diligência normativa naquele caso concreto¹⁸¹.

¹⁷³ SILVA, João Calvão da - *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2.^a ed. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, p.77-78.

¹⁷⁴ PEDRO, Rute Teixeira – *Da tutela do doente...* p. 446. A este propósito e como refere Rute Teixeira Pedro, cumpre ainda fazer referência às posições de acordo com as quais as obrigações não se cingem à mera dicotomia estanque entre obrigação de meios e resultado, admitindo novas tipologias, como sendo as obrigações de meios reforçadas ou obrigações de resultado atenuadas, que combinam características de ambos os tipos de obrigações onde “o conteúdo obrigacional é composto pela vinculação à adopção de um comportamento diligente e competente, mas em que se entende que a verificação de um dano permite presumir a faute”.

¹⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes - *Direito das obrigações*. Vol. I. Lisboa, AAFDL, 1994, p. 358-359. Para este Autor o que efetivamente é procurado pelo credor é a obtenção do resultado final, e não o esforço colocado pelo devedor para o alcançar, pelo que, nesse caso, as obrigações são, nesta perspectiva, todas elas de resultado.

¹⁷⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações – Vol. I*. 15.^a ed., reimp. 2020. Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 9789724073484, p.137-138.

¹⁷⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Os contratos civis...* p. 110-112.

¹⁷⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de - *Teoria Geral das obrigações I*. Coimbra, Almedina, 1958. p.405-411.

¹⁷⁹ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral - Vol. II*. 7.^a ed., reimp. 2020. Coimbra, Almedina, 2017. ISBN 9789724010403, p. 73–74. VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral-Vol.I...*, p. 87, nota de rodapé 2.

¹⁸⁰ PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente...* p. 444-445.

¹⁸¹ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito...* p. 500-502. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações -Vol. I...* p.137.

No âmbito médico, tem sido maioritária a doutrina e jurisprudência que pendem para o entendimento de que a obrigação que recai sobre o médico deve ser qualificada como uma obrigação de meios, uma vez que o médico não poderá garantir resultados ao paciente, apenas se podendo vincular ao compromisso de que atuará com a diligência necessária e exigível, em cumprimento das leis da arte, com vista a obter o resultado pretendido¹⁸².

Sem desvirtuar o antedito, tem sido avançada a possibilidade de determinadas prestações, a definir casuisticamente, serem consideradas como obrigações de resultado atenta a sua reduzida álea, de que são exemplo paradigmáticos as análises laboratoriais, próteses dentárias e cirurgias estéticas¹⁸³¹⁸⁴. Quanto a nós, perfilhamos o entendimento segundo o qual se deve abandonar a perspetiva unitária da prestação médica e considerar o fragmento das concretas prestações que a compõem, podendo as mesmas ser qualificadas como obrigações de meios ou de resultado¹⁸⁵.

No caso da PMA, impende sobre a clínica a obrigação de diligenciar e adotar os procedimentos adequados, segundo os ditames da boa prática clínica, com vista à obtenção de uma gravidez da qual venha a nascer uma criança saudável. No entanto, pelos próprios condicionalismos que escapam ao controlo dos profissionais, esta apenas se pode assumir como uma obrigação de meios. Neste sentido, LUÍSA NETO refere mesmo que no caso da PMA “*pode*

¹⁸² PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil ... p. 96-97. ANDRADE, Manuel A. Domingues de - *Teoria Geral das obrigações I...* p.410 Como refere Manuel de Andrade “*o médico não se obriga à produção de tal resultado [a cura], mas apenas a empregar uma certa diligência para tentar curar o doente ou evitar o mal que ele receia. Somente se vincula – por outras palavras – a prestar-lhe assistência, mediante uma série de cuidados ou tratamentos aptos a curar. Só a isso se obriga, só por isso responde*”.

¹⁸³ PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil* ... p. 99-102. PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes...* p.623. Neste sentido, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-03-2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt: “*De um modo geral, tem-se entendido que o resultado correspondente ao fim visado pelo contrato de prestação de serviço de ato médico não se reconduz a uma obrigação de resultado, no sentido de garantir a cura do paciente, mas a uma obrigação de meios dirigida ao tratamento adequado da patologia em causa mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médicas (leges artis).*”, concluindo, porém que “*casos há em que, tratando-se de ato médico com margem de risco ínfima, a obrigação pode assumir a natureza de obrigação de resultado*”.

¹⁸⁴ A este propósito, cumpre salientar a existência de uma decisão jurisprudencial que defende que sobre o médico especialista recai, não uma obrigação de meios, mas sim uma obrigação de resultado, conforme decidiu o Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 01-10-2010, processo n.º 1364/05.5TBBCL.G, disponível em www.dgsi.pt. Em todo o caso, cremos que tal perspetiva não se afigura adequada pois, ainda que se trate de um profissional especialista, podem estar em causa prestações cujo resultado final esteja dependente de inúmeras circunstâncias alheias à simples conduta do médico, pelo que, não se afigura adequado transmutar esta obrigação para uma obrigação de resultado. Nas hipóteses em que em causa estejam especialistas, cremos que a diferenciação ocorre ao nível da culpa atentos os seus especiais conhecimentos, aumentado o grau da conduta exigível, mas não que seja correto alterar a qualificação da obrigação para uma obrigação de resultado.

¹⁸⁵ PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil* ... p.98-100. Como explica Rute Teixeira Pedro “*quando a componente aleatória se apresenta muito reduzida e a verificação do resultado altamente provável, poderá o mesmo constituir objecto (imediato) da obrigação assumida pelo médico*”.

ser garantida a tentativa mas não o resultado final da concepção”¹⁸⁶. Partilhando idêntico posicionamento, ANA CLÁUDIA SCALQUETTE adianta que “*a assistência médica à reprodução a atividade é de meio, uma vez que os resultados são bastante incertos, por maiores que sejam os esforços empreendidos para obtê-lo*”¹⁸⁷.

Em todo o caso, partindo da concepção *supra* referida, da possível qualificação de certos exames laboratoriais como uma obrigação de resultado, é legítimo questionar se, no que respeita à tarefa de realização de exames por parte da clínica de PMA (agudizada nos casos e que esta integra em si uma banco de gâmetas) estará em causa uma obrigação de resultado. A este propósito, RUTE TEIXEIRA PEDRO salienta que, quando estes exames revistam um elevado grau de certeza, a obrigação será de resultado, o que deverá ser determinado casuisticamente, em função da fiabilidade dos concretos exames que se pretende realizar¹⁸⁸. Todavia, no que respeita aos exames de PMA, a determinação do resultado nem sempre se afigura fácil, sendo por exemplo impossível identificar todos os dadores que revelam algum risco de transmissão de doença¹⁸⁹. No mesmo sentido, confirma JOÃO ÁLVARO DIAS que “*certos testes que permitem diagnosticar desordens genéticas nas partes envolvidas no processo de procriação medicamente assistida não poderão dizer-se imunes a uma margem considerável de erro, pois que exigem uma interpretação científica complexa*”¹⁹⁰. Isto posto, apesar de não se descuidar a necessidade de atender aos concretos exames a realizar, de um modo geral, tendemos para a posição de que estes configuram, igualmente, uma obrigação de meios¹⁹¹.

¹⁸⁶ NETO, Maria Luísa Alves da Silva - A actividade médica e o direito. In *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra, Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1041-X, p.886.

¹⁸⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva - *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo, Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09115-3, p. 336.

¹⁸⁸ PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil ... p. 101-102.

¹⁸⁹ MELO, Helena Pereira de - A Selecção de Dadores de Gâmetas e o Eugénismo. In *Revista do Hospital de Crianças Maria Pia*. [S.l], Hospital de Crianças Maria Pia - Centro Hospitalar do Porto. Ano 2009, vol. XVIII, n.º 2, pp. p. 104 -10.

¹⁹⁰ DIAS, João Álvaro – *Procriação Assistida...*, p. 256.

¹⁹¹ Igualmente, partilhamos do entendimento de João Álvaro Dias - *Procriação Assistida...*, p. 256, no sentido de que, mesmo no que respeita à obtenção de compatibilização, referente à raça, grupo sanguíneo ou semelhança imunológica, entre outros, o que existe é uma obrigação de meios.

IV. Da Responsabilidade Civil das clínicas de PMA

Como já deixámos explicitado, o presente trabalho tem como escopo central abordar as hipóteses de responsabilidade que possam recair, em concreto, sobre as clínicas de PMA no exercício da sua atividade. Centramos a nossa atenção nessas situações fácticas por configurar a maioria das situações de Responsabilidade Civil que na prática se vêm colocando. Neste sentido, como já foi também referido, iremos tratar somente dos casos em que a PMA seja prestada por clínicas privadas, não abarcando, conseqüentemente, a responsabilidade emergente da aplicação destas técnicas em instituições públicas, cujo tratamento, de *per se*, justificaria um trabalho autónomo.

1. Dos hipotéticos cenários de Responsabilidade Civil das clínicas de PMA

Como acima foi feita referência, sobre a clínica de PMA impende o dever de diagnosticar a causa de infertilidade (quando isso se revele possível) e adotar a diligência e cuidados devidos na seleção e aplicação da técnica de PMA mais adequada à situação concreta, em estrito cumprimento pelos ditames da boa prática clínica. Não obstante, na pendência deste complexo e minucioso processo, podem surgir múltiplos desvios e falhas que acabam por resultar na produção de danos para os beneficiários ou até para a própria vida em concepção.

A este propósito, e na sequência do que foi sendo referido, importa não olvidar que as clínicas de PMA não são pessoas físicas. Como tal, as clínicas servem-se de auxiliares para a prossecução da sua atividade. Neste sentido, e no que respeita à aplicação das técnicas de PMA, a responsabilidade da clínica é indissociável das condutas dos profissionais através dos quais presta a sua atividade, *maxime* os médicos, nos termos que iremos expor adiante. Como tal, é com naturalidade que, reportando-nos ao tratamento da responsabilidade das clínicas, mencionaremos alguns pontos respeitantes à conduta dos próprios médicos.

Assim, e no que respeita às falhas que podem surgir na pendência da PMA, é chamada à colação o conceito de efeitos ou eventos adversos, utilizado para exprimir as consequências negativas, que não tenha como causa o estado prévio do paciente, mas que advém da própria intervenção¹⁹². Assim, o efeito adverso é entendido, de modo bastante abrangente, como todo o efeito negativo que sobrevém para o paciente, mas sem que se possa afirmar aprioristicamente que isso seja imputável ao profissional de saúde.

Sucede que os efeitos adversos podem ter como causa, entre outros, uma atuação censurável dos auxiliares da clínica, designadamente o médico, hipótese de relevo para a responsabilização da própria clínica¹⁹³. Tais casos de atuação censurável verificam-se quando o médico viola as *leges artis* e, cumulativamente, o dever de cuidado que sobre si impende¹⁹⁴. Nas palavras de GERMANO DE SOUSA o erro médico consiste numa “*conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente*”, importando salvaguardar que o erro médico pressupõe invariavelmente a “*falta de consciência*” do erro, ainda que o médico o perspetivasse como abstratamente possível¹⁹⁵.

A este propósito, JOÃO CARLOS GRALHEIRO concretiza as “*falhas*” que se podem identificar na atuação do profissional de saúde, aplicáveis também à PMA: (i) erro de diagnóstico ou erro na escolha do método de diagnóstico; (ii) erro na escolha do método de tratamento; (iii) erro na aplicação da terapia¹⁹⁶. Idêntica classificação é seguida por LUÍS MARTINS e JOSÉ FRAGATA¹⁹⁷.

¹⁹² RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p.14. FRAGATA, José; MARTINS, Luís - *O Erro em Medicina (Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade)*. Coimbra, Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5618-0, p. 237.

¹⁹³ Para efeitos do presente trabalho, vamos centrar a nossa reflexão nos casos em que se verifique um erro médico do qual derivem danos para terceiros, por via do qual é a clínica de PMA responsável, quer através da aplicação do art.500.º (neste caso, solidariamente com o seu comissário) quer do art.800.º CC, dependendo da modalidade de responsabilidade invocada. Todavia, não se ignora a existência de outras hipóteses suscetíveis de gerar danos para terceiros, designadamente os beneficiários, pelos quais responde a clínica de PMA e que não se relaciona com qualquer erro médico (v.g. a hipótese em que um funcionário de limpeza parte um frasco onde se encontra depositado material genérico para a futura utilização).

¹⁹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p.15.

¹⁹⁵ SOUSA, Germano de – Negligência e erro médico. In *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 6 apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente. In *DataVenia Revista Jurídica Digital* [Em linha] Ano 1, n.º 1, Julho-Dezembro 2012, pp. 12 [consult.12 mar. 2020]. Disponível em http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf . ISSN 2182-6242.

¹⁹⁶ GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico*...p. 820.

¹⁹⁷ FRAGATA, José; MARTINS, Luís - *O Erro em Medicina*... p. 53-54. Os mencionados Autores adotam uma qualificação semelhante, distinguindo entre os erros de diagnóstico, os erros de tratamento, erros preventivos e outros erros.

A consideração destes erros médicos têm relevo uma vez que as clínicas podem responder pelos atos praticados pelos seus auxiliares, designadamente pelos erros dos médicos que apliquem as técnicas de PMA. Tais erros podem consubstanciar um ato ilícito e culposo fundante da Responsabilidade Civil dos médicos (art.483.º, n.º 2 CC) que importará, se reunidos os requisitos do art. 500.º CC, a responsabilidade solidária (objetiva) da clínica, no plano extracontratual. No plano contratual, por tais erros responderá a clínica como devedora (art. 800.º CC) se reunidos os requisitos do art. 798.º CC. A este ponto voltaremos mais adiante.

No âmbito concreto da PMA, são múltiplas as hipóteses equacionáveis como geradoras de danos. Pense-se, por exemplo, no erro de diagnóstico em que a clínica de PMA, através dos seus auxiliares, procede a um incorreto diagnóstico de infertilidade e, em consequência disso, informa erradamente os beneficiários de que não dispõem de gâmetas ou que os mesmos não são dotados da qualidade necessária à obtenção da gravidez, motivo pela qual tem de recorrer a material de terceiro.

Mas é possível conceber outros cenários, como é o caso de eventual perda ou danificação do material genético no desenvolvimento destas técnicas¹⁹⁸ ou situações em que existe a troca de material dos próprios beneficiários com o de terceiro (acabando o embrião por não ter uma ligação genética com um ou ambos os beneficiários).

Vislumbram-se, ainda, hipóteses em que a clínica de PMA não identifica incompatibilidades quanto ao material genético utilizado ou se serve de material que não reúne condições de qualidade e segurança (v.g. por respeitar a dador portador de doenças genéticas de que venha a padecer o embrião ou contagiosas transmissíveis à beneficiária), ou em que não afere adequadamente do estado dos embriões gerados (acabando por gerar e até, no limite, implantar um embrião com deficiências). Ainda se equacionam os casos em que, no âmbito do DGPI, não tenha informado devidamente os beneficiários de que os embriões gerados padeciam de determinadas doenças ou deficiências graves¹⁹⁹.

Por último, conjecturam-se os casos em que a clínica aplica uma técnica não indicada ao caso concreto (v.g. quando aplique uma outra técnica num caso em que existia indicação clara para realização de DGPI de modo a despistar doença no embrião) ou quando a técnica é aplicada

¹⁹⁸ Situação especialmente gravosa se se tratar de material dos próprios beneficiários criopreservado antevendo uma situação futura de infertilidade, não dispondo estes de mais material genético para o efeito.

¹⁹⁹ DIAS, João Álvaro – Procriação Assistida..., p. 350.

de modo desadequado tendo em atenção os padrões de conhecimento técnico-científico, acabando por provocar lesões na beneficiária²⁰⁰ ou até no embrião.

Portanto, pode suceder que no âmbito dos processos de PMA sejam gerados danos para os seus intervenientes, nomeadamente decorrentes de erro de um profissional médico, podendo ser a clínica de PMA chamada a responder pelos atos dos seus auxiliares, contratualmente por força do art. 800.º CC, ou extracontratualmente, por aplicação do art. 500.º CC, respondendo solidariamente com os seus comissários. Por esse motivo, a responsabilidade da clínica, anda de mãos dadas com a atuação dos profissionais através dos quais atua, sendo natural a sindicância dos atos destes, de modo a aferir da própria Responsabilidade Civil da clínica de PMA.

2. Da modalidade de Responsabilidade Civil que recai sobre as clínicas de PMA

Conforme já antevisto, equacionam-se diversas hipóteses das quais emerge a responsabilidade das clínicas de PMA por lesões causadas na esfera dos lesados, desde logo na esfera dos beneficiários que com ela celebraram um contrato.

Para este efeito, é importante traçar desde já um plano geral da temática que iremos aprofundar de seguida. Assim, diremos que pelos atos decorrentes das técnicas de PMA, aplicadas por uma clínica privada, podem surgir, desde logo, vários responsáveis: (i) o concreto profissional que atuou, que será demandado ao abrigo da Responsabilidade Extracontratual (art.483.º, n.º 1 CC), uma vez que, na situação fáctica que vamos considerar como base do nosso raciocínio, por ser a de verificação mais frequente, não existe qualquer vínculo contratual com o médico que permita o recurso a outra modalidade; (ii) a clínica de PMA.

Quanto à clínica de PMA, poderá funcionar tanto a Responsabilidade Extracontratual (art.483.º, n.º 1 CC), como a Responsabilidade Contratual (art.798.º CC), atento , por um lado, o facto de a atuação da clínica poder atingir bens delitualmente protegidos, e, por outro lado,

²⁰⁰ DIAS, João Álvaro – Procriação Assistida..., p. 270. O referido Autor avança com algumas hipóteses suscetíveis de gerar Responsabilidade Civil, como sendo os casos em que o procedimento de implantação cause lesões ao útero da beneficiária, riscos de contrair infeções e gravidez ectópica.

considerando que entre a clínica e os beneficiários é celebrado um contrato de PMA, como foi antes referido.

Tanto num como noutro caso, a clínica poderá responder pelos atos dos concretos profissionais que utilize no desenvolvimento das técnicas de PMA: ou por recurso ao art.500.º CC, como comitente, na modalidade aquiliana (caso em que a responsabilidade de ambos poderá ser solidária, nos termos do art. 497.º, n.º 1 CC) ou por apelo ao art.800.º, n.º 1 CC, como devedora, na modalidade contratual²⁰¹.

Portanto, coloca-se perante a clínica de PMA a possibilidade de esta ser demandada numa das duas modalidades de Responsabilidade Civil legalmente previstas: Extracontratual ou Contratual. Ademais, em qualquer uma delas, a clínica poderá ser chamada a responder pelos atos daqueles que utilize na prossecução da sua atividade, como é o caso dos médicos.

No âmbito Extracontratual, prevê o art. 500.º, n.º 1 CC a possibilidade de o comitente (aqui a clínica de PMA) ser responsabilizado, independentemente de culpa²⁰², pelos atos dos comissários que causem danos a terceiro. Para este efeito, é necessário a verificação dos seguintes requisitos: (i) existência de comissão²⁰³; (ii) prática de um facto ilícito pelo comissário no exercício da função (art.500.º, n.º 2 CC); (iii) que exista uma responsabilidade do próprio comissário, por ele próprio reunir os requisitos da Responsabilidade Civil Extracontratual (art.500.º, n.º1, *in fine* CC)²⁰⁴. Neste caso a responsabilidade de ambos será solidária.

Já no âmbito da Responsabilidade Contratual, poderá a clínica de PMA responder por atos dos seus auxiliares, por aplicação do art.800.º, n.º 1 CC. De acordo com este normativo, a

²⁰¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p. 31-32. Como nos dá conta o referido Autor, temos vindo, nos últimos anos, a assistir a um crescimento de litígios judiciais na área da saúde, o que se pode ficar a dever a diversos fatores, entre eles, o crescente acesso às vias judiciais, mas também à crescente cientificação e tecnicização dos cuidados de saúde, o que gera maiores expectativas dos pacientes na obtenção do resultado final.

²⁰² VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral - Vol.I.* ...p. 638-639. Para este efeito importa ter presente que não se trata aqui de uma mera presunção de culpa, mas antes de uma verdadeira responsabilidade que prescinde da culpa do comitente, aqui entendido como clínica de PMA. Todavia, a culpa do comitente, não sendo requisito necessário, vai apresentar relevo ao nível do concreto regime que irá ser aplicado. Neste sentido como explica Antunes Varela “*Se houver culpa, tanto comitente como comissário, qualquer deles responde solidariamente perante o lesado, mas o encargo da indemnização será depois repartido entre eles (art. 497.º, 2, ex vi do art. 500.º, 3), na proporção das respectivas culpas*”, por seu turno “*Se houver apenas culpa do comissário, o comitente que houver pago poderá exigir dele a restituição de tudo quanto pagou (art.500.º, 3)*”.

²⁰³ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral - Vol. I.* ...p. 639-641. Segundo o aludido Autor, a relação de comissão é aqui entendida como “*serviço ou actividade realizada por conta e sob a direcção de outrem*”, o que pressupõe a existência de uma dependência entre as partes.

²⁰⁴ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral - Vol. I.* ...p. 644-645. De salientar que, se o comissário não reunir em relação a si os pressupostos da Responsabilidade Civil, então a responsabilidade do comitente não opera por força deste art. 500.º CC, mas sim por recurso ao regime geral da Responsabilidade Civil Extracontratual, se verificados os seus pressupostos.

clínica, na qualidade de devedora, responde perante aqueles que figurem seus credores pelos atos das pessoas que utilize para o cumprimento das obrigações emergentes do contrato de PMA, como se os atos fossem praticados pela própria clínica.

Portanto, a responsabilidade de uma clínica de saúde privada tanto pode revestir natureza contratual como extracontratual. A diferença está no facto de primeira ter como fundamento a existência prévia de um contrato e o consequente incumprimento da prestação devida, i.e. o não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação a que estava a clínica obrigada. Já a segunda, tem como fundamento a violação de direitos absolutos do lesado, designadamente, o direito à vida, à integridade física, à integridade moral e o respeito pela intimidade da vida privada e familiar.

Assim, perante a ocorrência de lesões provocadas no decurso da PMA, são convocadas, em termos abstratos, ambas as modalidades da Responsabilidade Civil, verificando-se uma situação de concurso de Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual quanto à clínica de PMA.

Destarte, quando possam ser aplicadas ambas as espécies de responsabilidade, pelos mesmos factos e face à mesma pessoa responsável, surge a questão de saber se se pode admitir ou não o cúmulo de responsabilidades²⁰⁵. Deste modo, de acordo com o sistema do cúmulo, apontam-se três soluções jurídicas possíveis: (i) a orientação que admite que o lesado possa combinar as normas aplicáveis a cada um dos regimes conforme lhe seja mais favorável, criando um regime híbrido com as disposições mais vantajosas de cada um²⁰⁶; (ii) a tese de que o lesado poderá optar por uma das referidas modalidades em bloco, i.e. aceitando as vantagens e desvantagens inerentes ao regime escolhido²⁰⁷; (iii) e, por último, a possibilidade de o lesado,

²⁰⁵ De realçar que, os próprios médicos podem ser demandados pelos atos praticados no exercício da sua profissão no seio de uma clínica. Todavia, neste caso apenas poderá funcionar o regime da Responsabilidade Extracontratual, uma vez que o mesmo não foi parte do contrato. De referir ainda que, o funcionamento da modalidade aquiliana quanto ao médico, não invalida a possibilidade de, concomitantemente, a clínica ser demandada por recurso à modalidade Extracontratual ou Contratual.

²⁰⁶ De notar que, no anteprojecto de Vaz Serra se encontrava expressamente prevista essa possibilidade, prevendo-se no seu art. 767.º, n.º 1 que, nos casos em que um ato convocasse simultaneamente Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual, seriam aplicáveis as regras de ambos os regimes consoante a escolha do lesado que, assim, poderia escolher as regras de um e outro regime consoante os seus interesses. Este preceito acabou, no entanto, por não ser vertido no Código Civil.

²⁰⁷ Neste caso, via de regra, o regime escolhido seria então o da Responsabilidade Civil Contratual pois, como é sobejamente sabido, este regime apresenta maiores virtualidades para o lesado quando comparado com a Responsabilidade Extracontratual. Veja-se que, ao passo que o prazo de caducidade na primeira é de 20 anos, (art.309.º CC), na segunda é apenas de 3 anos (art.498.º, n.º 1 CC), assim como existe na modalidade contratual a já referida presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1 CC, que não se verifica na modalidade delitual, cabendo ao paciente provar a culpa, o que se afigura de grande dificuldade considerando que o mesmo é desprovido dos conhecimentos científicos e informações necessárias a uma cabal avaliação da conduta do profissional de saúde.

em ações distintas, fazer operar a Responsabilidade Contratual e Extracontratual. Já repudiando a possibilidade de cúmulo, surge a Teoria da Consunção, de acordo com a qual a Responsabilidade Civil Contratual consome a Extracontratual, sendo a primeira a aplicável²⁰⁸.

Esta possibilidade de cúmulo, designadamente através da combinação das regras de ambos os regimes, é sufragada por alguma doutrina²⁰⁹. Quanto a nós, perfilhando do entendimento de ALMEIDA COSTA²¹⁰, repudiamos esta solução, vislumbrando-a como injusta, uma vez que coloca o lesado numa posição substancialmente mais vantajosa do que aquele lesado que apenas se pode servir de uma das modalidades, sem que para isso exista fundamento válido.

Assim, partilhamos do entendimento vertido no douto aresto do Tribunal da Relação de Lisboa²¹¹ que, reconhecendo que o regime de Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual não conhece hoje diferenças de maior, conclui que as diferenças que ainda persistem conferem uma maior proteção ao lesado à luz do regime contratual, o que conduz à sua prevalência. Igual posição havia sido sufragada já anteriormente pelo Supremo Tribunal de Justiça²¹² que concluiu que *“a responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física. Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual, solução mais ajustada aos interesses do lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada”*.

Portanto, também para nós, quando se possam aplicar ambas as espécies de responsabilidade, pelos mesmos factos e face à mesma pessoa responsável, como sucede no caso da clínica de PMA, o regime a aplicar será o da Responsabilidade Contratual, quer se entenda que o lesado pode escolher o regime que lhe aprouver (o que conduzirá a esta escolha,

A desvantagem da Responsabilidade Contratual em relação à Extracontratual prende-se com as hipóteses em que existam diversos lesantes, isto porque na primeira vigora um regime de responsabilidade parciária, ao passo que na delitual vigora o regime de responsabilidade solidária (art. 497.º, n.º1 CC).

²⁰⁸ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida - *Direito das obrigações*. 12ª ed. rev. e act. Coimbra, Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-4033-2, p.546-553.

²⁰⁹ DIAS, João Álvaro – *Procriação Assistida...* p. 233-234.

²¹⁰ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida - *Direito das obrigações...*p. 549.

²¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-09-2019, processo n.º 9773/16.8T8LSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

²¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-03-2017, processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1, disponível em www.dgsi.pt.

face ao regime mais vantajoso da Responsabilidade Contratual), quer se adira à Teoria da Consunção²¹³.

Assinala-se que, inicialmente, os Tribunais demonstravam alguma relutância em subsumir a Responsabilidade Civil no campo da saúde à modalidade contratual. Não apenas porque entendiam que os deveres que impendem sobre os profissionais tinham fundamento nas normas deontológicas e não qualquer contrato celebrado com o paciente (uma vez que a vida e a saúde não poderiam ser objeto de contrato, assim como, a própria atividade, enquanto “manifestação da inteligência humana”²¹⁴, não poderia ser contratualizada). Mas, sobretudo, pela desadequação da aplicação das regras da Responsabilidade Civil Contratual, designadamente, no que respeitava à presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1 CC²¹⁵, o que poderia conduzir a um agravamento da posição do profissional de saúde e a uma prática defensiva²¹⁶.

Em todo o caso, crê-se que a perspetiva ante referida está hoje ultrapassada, sendo mais do que conhecidas as virtualidades da Responsabilidade Contratual, designadamente, a presunção de culpa, de que trataremos amiúde mais adiante, mas que se assume particularmente relevante num campo em que é manifesta a desigualdade entre as partes, permitindo, portanto, que o paciente fique desonerado da necessidade de demonstrar a culpa do lesante.

Note-se que a questão de que tratamos pode colocar-se igualmente quanto aos pedidos ressarcitórios formulados pelo próprio nascido através das técnicas de PMA. Apesar de ele não ser parte do contrato de PMA, existem construções jurídicas que permitem contornar a estrita relatividade contratual e, conseqüentemente, manter a possibilidade de recurso à Responsabilidade Contratual por parte deste terceiro. No entanto, quanto ao mesmo, é

²¹³ Esta tem vindo, aliás, a ser a posição adotada pela jurisprudência predominante no supremo Tribunal de Justiça, como se infere das decisões de 01-10-2015, processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1.S1, de 02-06-2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, de 11-06-2013, processo n.º 544/10.6TBSTS.P1.S1, de 15-12-2011, processo n.º 674/2001.P1.S1.

²¹⁴ PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil*...p. 56.

²¹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 35. PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil*...p. 59-60.

²¹⁶ MATOS, Filipe de Albuquerque - Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica. In *Lex Medicinæ*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 11, n.º 21-22, 2014, p.24. PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p. 76-77, o referido Autor salienta que na prática preventiva “Os médicos podem requerer testes, procedimentos, consultas ou evitar doentes ou procedimentos de alto risco principalmente (mas não necessariamente apenas) para reduzir a sua exposição ao risco de responsabilidade por má prática.”, concluindo que esta situação “aumenta os custos dos cuidados de saúde e pode expor os pacientes a riscos desnecessários”. Não podemos, no entanto, deixar de concordar com André Gonçalo Dias Pereira - *Direito dos Pacientes* ... p. 83-84, quando refere que o risco de exercício defensivo desta atividade não pode paralisar o direito da responsabilidade nesta área.

indubitável que poderá, em todo o caso, socorrer-se da Responsabilidade Extracontratual, nos termos do art.483.º, n.º 1 CC.

3. Do sujeito passivo da obrigação de indemnizar

Aqui chegados, e assente que está de que a aplicação das técnicas de PMA pressupõe a existência de um contrato de prestação de serviços, no âmbito do qual podem emergir hipóteses de incumprimento ou cumprimento defeituoso, importa determinar quem é o sujeito passivo a quem poderá ser assacada responsabilidade nestas hipóteses.

Ora, neste ponto, e reportando-nos aos contratos relativos à prestação de cuidados de saúde, é frequente operar uma qualificação destinada a identificar as partes do contrato celebrado, determinando, assim, quem tem legitimidade para responder pelos eventuais danos causados.

Neste conspecto, distingue-se entre: (i) o contrato total, no qual a instituição médica, em si mesma, fica obrigada a prestar ao paciente quer os cuidados de saúde, quer os serviços inerentes ao internamento (como alojamento, alimentação e medicação); (ii) o contrato dividido, no qual o médico, pessoa singular, se obriga perante o paciente a prestar os cuidados de saúde e a instituição médica presta os serviços de internamento (caso em que o paciente celebraria dois contratos distintos, um contrato de prestação de serviços com o médico e um contrato com a organização); (iii) e, por último, o contrato de prestação de serviços médicos celebrado com a instituição, aplicável nos casos em que a mesma fica obrigada à prestação de serviços médicos sem internamento, estando em causa situações de ambulatório. Esta distinção é utilizada por diversos autores como FERREIRA DE ALMEIDA²¹⁷, ANDRÉ DIAS PEREIRA²¹⁸ e VERA LÚCIA RAPOSO²¹⁹.

Cremos que é nesta última categoria que, maioritariamente, se enquadram os contratos de prestação de serviços respeitantes à PMA, quer pelo próprio procedimento inerente à aplicação das técnicas, quer pelo facto de, na generalidade dos casos, os beneficiários se dirigirem a uma

²¹⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Os contratos civis...p. 90-94.

²¹⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p. 596- 603.

²¹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 194.

dada clínica para aí obterem acompanhamento, não contratando individualmente com determinado profissional.

Ora, quando em causa esteja um contrato total ou aquele consubstanciado na prestação de serviços de saúde sem internamento, como é o caso em apreço, é admissível responsabilizar a clínica, desde logo pelos atos praticados pelas pessoas que utilize na prestação dos seus serviços²²⁰.

Isto posto, e aplicado este raciocínio à Responsabilidade Contratual, que vimos já ser prevalecente, significa que em caso de ocorrência de danos emergentes da aplicação das técnicas de PMA, tendo os beneficiários contratado com a própria clínica, será a mesma chamada a responder contratualmente (art. 798.º CC), podendo, inclusive, responder pelos atos praticados pelos seu auxiliares, nos termos do art. 800.º, n.º 1 CC²²¹. Sobre esta questão ver cap. IV, título 1.

Assim, não se colocam dúvidas quanto à possibilidade de clínica de PMA ser responsável perante os beneficiários pelos danos que advenham do cumprimento da prestação contratual, ficando sujeita à modalidade de Responsabilidade Civil Contratual²²².

Concomitantemente, sendo o contrato celebrado com a clínica, o profissional médico que incorreu na falha causadora de danos poderá também responder. A doutrina, de forma praticamente pacífica, afirma que, em hipóteses como esta, a responsabilidade do concreto médico se enquadra na modalidade aquiliana, o que se deve ao facto de aquele não ser parte no contrato celebrado entre a clínica e o paciente, motivo pelo qual, em relação a si, não emerge qualquer obrigação, podendo apenas ser responsável no âmbito da Responsabilidade Extracontratual (art.483.º, n.º 1 CC)²²³.

²²⁰ MATOS, Filipe de Albuquerque - Traços Distintivos ...p.16-17. Já quando o contrato em causa se integrar na tipologia de contratos divididos, a instituição médica apenas responde pelas obrigações decorrentes do serviço de internamento, respondendo o médico pelos danos decorrentes da prestação dos cuidados de saúde.

²²¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Os contratos civis...p. 90-92. MONTEIRO, António Pinto - *Cláusulas Limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Reimp 2020. Coimbra, Almedina, 2011. ISBN 9789724019192, p. 312-323. Neste sentido decidiu já o Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão de 23-03-2017, processo n.º 296/07.7TBM CN.P1.S1 e acórdão de 28-01-2016, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, disponíveis em www.dgsi.pt.

²²² RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 193-194. Como explica Vera Lúcia Raposo, existem certas situações geradoras de danos para o paciente, desde logo os beneficiários das técnicas de PMA, em relação aos quais é exclusivamente responsável a clínica, como ocorre nos casos em que a falha que conduziu ao dano não se encontra diretamente relacionada com a prestação do auxiliar da clínica, como ocorre no caso em exista falta de aparelhos ou estes sejam defeituosos, quando sejam administrados produtos defeituosos aos beneficiários de PMA e administração de substâncias orgânicas nocivas.

²²³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de- Os contratos civis..., p. 93- 94.

Não obstante, existem autores que alargam o regime da Responsabilidade Civil Contratual ao próprio profissional. Recorrem, para tanto, a diversas construções jurídicas, designadamente, à teoria das relações contratuais de facto ou das relações contratuais sem contrato, assumidas enquanto relações constituídas sem a celebração de um contrato, pela inexistência de declarações nesse sentido, mas que permitiria alargar a aplicação das regras da Responsabilidade Contratual²²⁴.

Por conseguinte, dependendo da tese que se pretenda perfilhar, o concreto profissional que interveio no ato gerador de danos poderá também ser demandado, existindo apenas a questão de determinar qual a modalidade invocável²²⁵.

4. Dos requisitos da Responsabilidade Civil

Vimos, naquilo que fomos até aqui explanando, que as clínicas de PMA podem ser demandadas pelos danos que da sua atuação possa resultar, respondendo, na nossa ótica, ao abrigo da Responsabilidade Civil Contratual pelos motivos *supra* sufragados. É essa hipótese que aqui vamos considerar primacialmente. Sem embargo, não ignoramos que o recurso à Responsabilidade Extracontratual pode afigurar-se necessário, desde logo nas hipóteses em que o lesado é o nascido com recurso à PMA e, portanto, um terceiro no plano contratual (pese embora consideremos que existam construções que possam contornar esta dificuldade e que iremos tratar adiante).

Destarte, por ser mais paradigmática, é sobre a Responsabilidade Contratual e os seus pressupostos que vamos versar com maior acuidade o nosso estudo, fazendo os apontamentos necessários relativamente à modalidade aquiliana, sempre que a diferença de regime o justifique.

Em todo o caso, importa ter presente que nem todas as situações que acabam por culminar na produção de um dano importam a responsabilização da clínica de PMA. Não se olvide que, ainda que socorrendo-se dos melhores conhecimentos, técnica e diligência exigível, pode

²²⁴ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa. In *Responsabilidade civil dos médicos: integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9, p.142.

²²⁵ Enveredando pela via da Responsabilidade Extracontratual veja-se o decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 23-03-2017, processo n.º 296/07.7TBM CN.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

ocorrer um evento adverso, o que sucede atentos diversos fatores incontrolláveis pela vontade, como a própria reação do corpo do beneficiário, e que ultrapassa o plano de controlo do prestador de cuidados de saúde, não reportando qualquer relevância civil. Assim, não é pela mera existência do dano que é possível, *ipso facto*, retirar qualquer conclusão atinente à sua responsabilidade²²⁶.

Destarte, apenas verificados todos os pressupostos da Responsabilidade Civil, é possível inferir pela adequação da transferência dos prejuízos sofridos da esfera jurídica do lesado para o lesante. *A contrario*, não se verificando os pressupostos necessários, incumbe ao lesado suportar tais prejuízos como repartição dos riscos em sociedade.

Isto posto, compreende-se a importância de percorrer o *iter* traçado ao funcionamento da Responsabilidade Civil em qualquer uma das suas modalidades, impondo-se a verificação dos seus pressupostos, genericamente enunciados no art. 483.º, n.º 1 CC para a Responsabilidade Extracontratual e no art. 798.º CC para a Responsabilidade Contratual²²⁷.

Grosso modo, os requisitos da Responsabilidade Civil são o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade²²⁸. Analisemos então cada um dos pressupostos, na perspectiva da responsabilidade da clínica de PMA.

a. Do facto voluntário

O facto voluntário, primeiro pressuposto da Responsabilidade Civil é, na definição de ANTUNES VARELA, “*um facto dominável ou controlável pela vontade*”²²⁹, o que não se subsume somente aos atos intencionais, na qual o lesante vislumbra as consequências do ato e age intencionalmente à sua concretização. Ao invés, abrange também “*os actos danosos praticados por distração ou por falta de auto-dominio normal*”²³⁰, sendo que “*para fundamentar a responsabilidade civil basta a possibilidade de controlar o acto ou omissão*”²³¹.

²²⁶ GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico*...p. 818. RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 15.

²²⁷ PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente*...p. 421.

²²⁸ PEDRO, Rute Teixeira – *Da tutela do doente* ..., p.421. Como explica a referida Autora de modo conciso, porém, preciso a “*adstrição a uma esfera jurídica alheia dos danos ocorridos depende da prática de um acto ilícito e culposo que constitua a causa jurídica dos prejuízos sofridos pelo doente*”.

²²⁹ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ...p. 527.

²³⁰ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ...p. 529.

²³¹ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ...p. 529.

A este propósito, é importante ter em linha de conta que a Responsabilidade Civil e, dentro desta, a Responsabilidade Civil pela prestação de cuidados de saúde, pode ocorrer em consequência de uma ação ou omissão. No campo da ação, configuram-se os casos em que, no decurso do processo de PMA, se adota uma conduta contrária às *leges artis* aplicáveis e aos *standards* exigidos na prática clínica, causando com isto danos. Já na omissão, não se adota de todo o comportamento que era exigível, omitindo a prática de atos que deveriam ser tomados de acordo com as exigências da prática clínica e o dever objetivo de cuidado²³².

Ora, no âmbito das técnicas de PMA são equacionáveis ambas as situações, perspetivando-se hipóteses em que, por exemplo, negligentemente se aplica uma técnica desaconselhável atenta a situação concreta dos beneficiários, ou porque se deixa de realizar atos que, de acordo com a *leges artis*, deveriam ser praticados, como sucede com a realização de exames para despiste de doenças do embrião no âmbito do DGPI.

b. Da ilicitude

Relativamente ao requisito da ilicitude, este é apontado, no âmbito da Responsabilidade Extracontratual, como violação do direito de outrem ou violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios²³³, tal qual definido no art. 483.º, n.º 1 CC. Já no âmbito da Responsabilidade Contratual, a ilicitude traduz-se na desconformidade denotada entre a conduta devida, de acordo com o contrato celebrado, e o comportamento concretamente adotado²³⁴, existindo, assim, um incumprimento contratual.

No que se refere à Responsabilidade Extracontratual da clínica (subjektivamente, por aplicação do art. 483.º, n.º 1 CC, quando lhe seja imputável a prática de um ato ilícito e culposos, ou objetivamente, independentemente de lhe poder ser imputada a prática de um ato ilícito e culposos, por atos praticados pelos profissionais de que se serve, nos termos do art. 500.º CC), é importante atender aos deveres que se colocam nesta área de prestação de cuidados de saúde.

²³² RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 25. VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ...p. 528. Como explica Antunes Varela, “A omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um acto que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano”.

²³³ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ...p. 533-539.

²³⁴ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. II. ...p.94.

Ora, neste conspecto, na perspectiva de VERA LÚCIA RAPOSO, a ilicitude não se afere aqui por referência à violação das normas legais, nem de normas destinadas a proteger interesses alheios, mas sim da própria violação das *leges artis*. Neste caso, o preenchimento deste pressuposto depende da alegação e prova pelo lesado de que a conduta adotada foi desconforme com as *leges artis*²³⁵ para situações semelhantes e que se impunham naquele concreto caso²³⁶. Assim, seriam as *leges artis* que, segundo esta conceção, permitiriam aferir da ilicitude.

Sem prejuízo do antedito, ressalve-se que a violação das *leges artis* não permite inferir, sem mais, a ilicitude. Veja-se que estas orientações de conduta são estabelecidas para situações abstratas e genéricas, sem as particularidades do caso concreto. Assim, pode suceder que na situação particular se justifique o afastamento das *leges artis*, sem que isso configure uma qualquer ilicitude, devendo justificar o motivo para o afastamento dos procedimentos recomendáveis.

Já no âmbito da Responsabilidade Contratual das clínicas de PMA, a ilicitude representa a dissociação entre a prestação devida e a adotada. Esta questão relaciona-se, invariavelmente, com a natureza da obrigação que vincula a clínica como sendo de meios ou de resultado.

Assim, enquanto na obrigação de meios o devedor está obrigado a diligenciar com vista a alcançar o resultado pretendido, já na obrigação de resultado o devedor vincula-se a garantir o resultado final. Significa, então, que na primeira hipótese a ilicitude se verifica quando o devedor, *in casu* a clínica de PMA, através dos seus profissionais, não empregue a diligência necessária, nem respeite as recomendações sufragadas para aquele tipo de caso. Já na obrigação de resultado, a mera falta de verificação do resultado pretendido pelo credor conduzirá a um juízo de ilicitude, cabendo depois ao devedor provar a impossibilidade objetiva de cumprimento.

²³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo I*. 2.^a ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2, pág. 470. A este propósito é esclarecido na mencionada obra que as *leges artis* são perspectivadas como regras reconhecidas da ciência médica e demais deveres gerais de cuidado na assistência médica. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal: estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*. Coimbra, Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5158-1, p. 41. Segundo a definição avançada pelo mencionado Autor as *leges artis* consistem num “complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais”.

²³⁶ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 17.

No caso das clínicas de PMA, vimos já que estas estão vinculadas por uma obrigação de meios, pelo que sempre caberia ao lesado alegar e demonstrar que não foi empregue a diligência devida, nem seguidas as recomendações adotadas nesta área da saúde para aquele tipo de caso.

c. Da culpa

O requisito da culpa “*exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo*”²³⁷, pelo que, em causa está a apreciação da censura que a concreta conduta do lesante possa merecer²³⁸. Ora, na operacionalização da tarefa de apurar se o responsável devia e podia ter agido de modo diverso, importa determinar qual o conteúdo do dever de diligência que lhe era imposto. Para tal, é chamado à colação o critério do *bonus pater familiae* em face das circunstâncias de cada caso. Este critério está previsto tanto para a Responsabilidade Extracontratual (art. 487.º, n.º 2 CC), como para a Responsabilidade Contratual (art. 487.º, n.º 2 CC *ex vi* art. 799.º, n.º 2 CC).

Por outras palavras, a culpa vai ser aferida por referência ao modo como o bom operador daquele ramo de atividade, colocado naquela situação concreta, agiria²³⁹. Ora, para efeito de aferir o modo como o bom operador na área da prestação de cuidados de saúde agiria, o modelo é construído atendendo às *leges artis* aplicáveis. Tratando-se aqui da prestação de cuidados de saúde, como explica RUTE TEIXEIRA PEDRO, a culpa consiste num desvio “*em relação ao modelo de comportamento*”²⁴⁰, modelo este que, conforme frisamos, respeita às leis da arte.

No tratamento deste pressuposto importa, uma vez mais, ter como horizonte que a clínica de PMA presta cuidados de saúde numa área específica que é a reprodução assistida. Por outro lado, atenta a especificidade da atividade que desenvolve, a clínica serve-se de profissionais

²³⁷ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ... p. 566.

²³⁸ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ... p.585-586. De notar que, a culpa e a ilicitude, apesar de frequentemente confundidas, reportam-se a dimensões distintas, embora complementares, da Responsabilidade Civil. Como explica Antunes “*a ilicitude considera esta conduta objectivamente, como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica*”, ao passo que a culpa “*olha para o lado individual, subjectivo, do facto ilícito*”.

²³⁹ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 93-95. Segundo Vera Lúcia Raposo é necessário atender ao tipo de profissional médio, isto é, se se trata de um especialista ou médico generalista, sendo que “*o médico especialista face ao médico de clínica geral (...) deve ver o seu comportamento valorado de forma mais exigente*”.

²⁴⁰ PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil*...p. 126.

especialistas nestas áreas, respondendo pelos seus atos. Assim, para aferir da responsabilidade da clínica, é importante ter em atenção a especificidade da sua esfera de atuação, conduzindo a que o critério do *bonus pater familiae* tenha por referência esses especiais conhecimentos.

Destarte, para aferir do requisito da culpa, vai atender-se ao modo como o operador especialmente conhecedor e habilitado naquela área²⁴¹, isto é, o bom operador especialista daquele ramo de atividade, colocado naquela concreta situação e naquele concreto período temporal, agiria. Todavia, estando em causa intervenções de grande complexidade podem admitir-se “*pequenos descuidos*”²⁴², sem que tal facto seja culposos. De igual modo, se em causa estiver uma técnica recente, também se pode admitir algum desconhecimento²⁴³.

Assim, aplicados estes conceitos à PMA, é necessário aferir se ao bom especialista naquela área era exigível que atuasse de modo diverso com base nas informações conhecidas e técnicas existentes no momento do facto²⁴⁴.

A culpa conhece duas modalidades, o dolo e a negligência, sendo aquela primeira a mais grave das modalidades de culpa, uma vez que na mesma o agente quis produzir o dano ou tal representa uma consequência necessária ou até meramente eventual da sua conduta²⁴⁵, hipótese pouco frequente na responsabilidade por cuidados de saúde. Já a negligência configura uma violação do dever de cuidado ocasionada pela imperícia, imprudência, desatenção, negligência *stricto sensu* ou inobservância dos regulamentos²⁴⁶, hipóteses que apenas se verificam quando estejamos a falar de riscos previsíveis, uma vez que não é possível afirmar que o profissional de saúde foi negligente relativamente a riscos que raramente se verificam, não lhe sendo imposto nestas hipóteses que atuasse de modo a evitar a sua verificação²⁴⁷.

²⁴¹ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 140.

²⁴² PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil*... p. 141.

²⁴³ RAPOSO, Vera Lúcia Raposo - *Do Ato Médico*... p. 81.

²⁴⁴ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 80. PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil*...p. 136. Segundo Rute Teixeira Pedro a culpa “*surge quando um dado acto terapêutico, à luz dos conhecimentos médicos atuais, não serve a função de aproveitamento das chances de obtenção do resultado final pretendido*”.

²⁴⁵ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. ... p. 569-570. COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida - *Direito das obrigações*... p.582-583.

²⁴⁶ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 87.

²⁴⁷ DANTAS, Eduardo - *O inadimplemento*...p.71-73. Para este Autor, a imperícia consiste na “*incapacidade, na falta de conhecimentos técnicos ou habilitação para o exercício de determinada atividade*”, já a imprudência revela-se pela “*inobservância do dever de cautela na adoção de certas práticas ou procedimentos*”. De referir ainda, que segundo o mesmo Autor “*um contrato que versa sobre uma atividade que pode ter um resultado adverso, indesejado, não previsto mesmo, e ainda assim, ser considerado perfeito, porque tem seu foco na maneira como é executado, e não em seu resultado, sempre incerto ainda que estatisticamente esperado*”.

Relativamente a este requisito, importa fazer uma ressalva sempre que em causa esteja uma hipótese de Responsabilidade Contratual, posto que no âmbito da mesma vigora uma presunção de culpa, prevista no art. 799.º, n.º 1 CC. O escopo desta presunção é facilmente alcançável: estando em causa um contrato, o devedor, a quem cabe a realização da prestação, tem um domínio quanto ao modo como a mesma vai ser cumprida, pelo que em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso *“é ele quem se encontra em melhor posição para provar que tal não se ficou a dever a facto que lhe seja imputável, mas antes a uma circunstância exterior exoneratória da sua responsabilidade”*²⁴⁸. Destarte, justifica-se uma presunção da culpa do devedor, cabendo-lhe afastar tal presunção, qualificada como ilidível. A presunção recairá sobre a parte contratual, portanto, sobre a clínica de PMA se o contrato for celebrado com esta.

Como já antes referimos, durante muito tempo, a Responsabilidade Contratual não era admitida na área dos cuidados de saúde precisamente em decorrência desta presunção de culpa, afirmando um quadrante da doutrina e jurisprudência que tal presunção se afigurava desajustada a esta atividade. Esta rejeição era de tal ordem que, Autores como TEIXEIRA DE SOUSA optaram pela não aplicação da presunção de culpa, argumentando que a posição do prestador de cuidados de saúde *“não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, pelo que o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”*²⁴⁹.

Tal posição era particularmente penosa para o paciente, dificultando seriamente a possibilidade de este vir a ser ressarcido pelos danos causados pois, não beneficiando de uma presunção de culpa, necessitaria de provar que o incumprimento tinha origem num comportamento censurável por referência ao padrão do *bonus pater familiae*²⁵⁰.

Assim, tomando posição quanto a tal celeuma, concordamos na íntegra com as posições que radicam na admissibilidade da presunção de culpa na responsabilidade por prestação de cuidados de saúde²⁵¹, entendendo, todavia, que tal aplicação dever ser harmonizada com o

²⁴⁸ MATOS, Filipe de Albuquerque - Traços Distintivos...p.21-22.

²⁴⁹ SOUSA, Teixeira de - “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade Civil medica”, in *Direito a Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 137, *apud* PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente*.... p. 427.

²⁵⁰ PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente*.... p. 426-428.

²⁵¹ CABANELAS, Fernando Manuel Barroso - Responsabilidade civil nos hospitais privados. In *Lex Medicinæ*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 15, n.º 29, janeiro/junho 2018, p.95. De acordo com o referido Autor *“Em sede de responsabilidade médica, as questões colocar-se-ão maioritariamente em termos de cumprimento defeituoso, sendo aqui aplicável a presunção de culpa do artigo 799.º, do Código Civil, incumbindo ao devedor a prova de que o cumprimento defeituoso não procede de culpa*

concreto tipo de obrigação em causa. Isto é, tratando-se de uma obrigação de meios (como sucede na área de que nos ocupamos), a presunção de culpa faz presumir que o responsável não agiu com a prudência e diligência devida, tendo daí resultado o evento danoso. Por seu turno, cabe ao responsável demonstrar que o bom operador daquele ramo de atividade, colocado na sua posição e com os conhecimentos existentes naquele tempo, teria agido do mesmo modo.

Esta questão parece hoje estar mais pacificada, tendo em atenção a maior adesão dos Tribunais ao funcionamento da presunção de culpa nos área dos cuidados de saúde²⁵², o que sucede não só porque a regra da presunção de culpa é parte integrante do regime da Responsabilidade Contratual, mas também pelo facto de a mesma se perspetivar como mais justa e adequada, tendo em atenção que são os profissionais que se encontram em melhores condições para demonstrarem a adequação da sua conduta e não os lesados a provar o seu inverso (sobretudo face à ausência de informação e conhecimentos com que, não raras vezes, se defrontam).

O raciocínio acabado de referir aplica-se, *mutatis mutandis*, no âmbito da Responsabilidade Civil Contratual emergente das técnicas de PMA. Deste modo, não tem os lesados que demonstrar o requisito da culpa, que assim se presume, cabendo à clinica de PMA ilidir a presunção, ou através da demonstração da especial complexidade ou dificuldade do ato, ou pela observância da *leges artis* ou que o incumprimento não se ficou a dever a causa que lhe seja imputável²⁵³.

sua. A existência desta presunção radica na dupla circunstância de que o incumprimento é em regra culposos, sob a forma negligente, e de que o devedor está em melhores condições para alegar e provar os factos que afastam a sua culpa do que a parte contrária para provar o contrário”.

²⁵² Neste sentido veja-se o decidido no douto aresto do Supremo Tribunal de Justiça de 26-04-2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt, no qual o Tribunal decidiu que no que respeitava a uma intervenção cirúrgica para colocação de prótese na anca havia que distinguir a própria obrigação de elaboração da prótese que, assim se afigurava como uma obrigação de resultado, da obrigação de colocação da prótese no paciente, o que configurava uma obrigação de meios, admitindo o funcionamento da presunção de culpa com fundamento na existência de algum erro referente às técnicas de tratamento de acordo com as *leges artis*. No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em 28-01-2016, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt, de acordo com o qual ficou consignado naquela decisão que “*Provada a ilicitude pelo desrespeito do dever de protecção da integridade física da autora, ocorrida durante a execução do contrato, deve aplicar-se o regime globalmente definido para a responsabilidade contratual e, nos termos do art. 799º, nº 1, do CC, presume-se a culpa do devedor*”.

²⁵³ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p.141.

d. Dos danos

A existência de danos é condição *sine qua non* para a emergência da obrigação de indemnizar²⁵⁴, pois determinada conduta pode mesmo ser ilícita e culposa e, ainda assim, não nascer qualquer direito indemnizatório. Tal sucede atento o carácter ressarcitório da Responsabilidade Civil, do qual deriva que, sem dano, não há qualquer prejuízo na esfera jurídica do sujeito em relação ao qual se deva tornar indemne. Caso assim não fosse, assistiríamos a hipóteses de enriquecimento injustificado.

Ora, no campo da prestação de cuidados de saúde e, dentro deste, em consequência da aplicação das técnicas de PMA, podem emergir dois tipos de danos: (i) os danos não patrimoniais, consubstanciados na lesão de interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária²⁵⁵, como sucede com as dores sofridas, a perturbação vivida, a tristeza, a agonia, a ansiedade causadas, e outros danos não avaliáveis pecuniariamente, desde que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito (art. 496.º, n.º 1 CC); (ii) já os danos patrimoniais são avaliáveis em dinheiro e consistentes na “*diferença entre o estado actual do património da pessoa prejudicada e o estado em que ela se encontraria, no mesmo momento, se o acontecimento danoso não tivesse tido lugar*”²⁵⁶, dano este que se reporta não apenas à rarefação do património existente na esfera do lesado (v.g. valor despendido com realização de outras intervenções destinadas a corrigir o dano), denominado de dano emergente, como ainda a impossibilidade de este obter de futuro o seu incremento, que certamente existiria, a que se apelida de lucro cessante (v.g. perda de rendimento decorrente do facto de a pessoa não ter capacidade de ganho em consequência das mazelas de que padece)²⁵⁷.

Por seu turno, os danos podem ser diretos ou indiretos. Ao passo que os primeiros abarcam os efeitos imediatos do ato ilícito, já os segundos reportam-se aos danos reflexamente causados pela ocorrência do dano direto²⁵⁸. Para maior desenvolvimento quanto ao tipo de

²⁵⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações* – Vol. I...p. 329.

²⁵⁵ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das Obrigações* - Vol. I...p. 461.

²⁵⁶ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das Obrigações* - Vol. I...p. 458.

²⁵⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações* - Vol. I ...p. 331. VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I... p.600-601. Nas palavras de Antunes Varela, o dano patrimonial abrange os prejuízos que “*sendo susceptíveis de avaliação pecuniária podem ser reparados ou indemnizados*” já os danos não patrimoniais “*atingem bens (como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome)*”.

²⁵⁸ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I... p. 601-602. COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida - *Direito das obrigações*...p. 597-598.

danos que podem surgir para os beneficiários e os nascidos em decorrência das técnicas de PMA, ver *infra* título 5.

e. Do nexo de causalidade

No que respeita ao nexo de causalidade, impõe este requisito que o facto praticado apresente um nexo com o dano verificado. Neste caso, para se inferir pela verificação do nexo de causalidade exige-se, não apenas que o facto tenha sido condição *sine qua non* para o dano, mas é necessário fazer operar uma correção de pendor jurídico, uma vez que nem todos os eventos que sejam condição para o dano são juridicamente relevantes. Assim, numa segunda operação, é necessário que seja possível afirmar que esse facto foi causa apropriada ou adequada à produção daquele dano²⁵⁹, consagrando-se, assim, a Teoria da Causalidade Adequada, ínsita no art.563.º CC.

Destarte, para que se dê por verificado o requisito do nexo de causalidade é necessário que o facto tenha sido condição natural do dano e que, numa perspetiva jurídica, tenha sido uma causa adequada do mesmo. Esta causalidade normativa poderá ser aferida quer por referência a uma formulação positiva, de acordo com a qual se verifica este requisito sempre que, atentas as circunstâncias concretas e conhecidas pelo agente, for expectável que o facto culmine no dano²⁶⁰, quer por referência a uma formulação negativa, de acordo com a qual ”o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente (*gleichgültig*) para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas”²⁶¹.

Nos casos de responsabilidade por cuidados de saúde, na medida em estamos perante uma responsabilidade emergente da prática de factos ilícitos e culposos, tem sido prevalecente a integração do nexo de causalidade por referência à sua formulação negativa²⁶².

²⁵⁹ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I.... p. 898-900.

²⁶⁰ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I.... p. 890.

²⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I...p. 890-891.

²⁶² VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral* - Vol. I... p. 893-894. FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das Obrigações* - Vol. I...p. 480-482. Ribeiro de Faria refere mesmo que a aplicação em concreto da formulação positiva ou negativa depende da situação *sub judice*, sendo que a formulação positiva da causalidade adequada será aplicável nos casos de responsabilidade por factos lícitos, ao passo que a formulação

Assim, conforme as regras de distribuição do ónus da prova, o nexo de causalidade deverá ser demonstrado pelo lesado em qualquer modalidade de Responsabilidade Civil, cabendo-lhe demonstrar que o ato ilícito e culposo e os danos produzidos estão numa relação de causa-efeito, sendo aquele primeiro causa necessária e adequada para o segundo. Já quando estejamos perante condutas omissivas, importa aferir se o dano não se produziria se o responsável houvesse cumprido com o dever de cuidado que sobre si impendia.

Por seu turno, o lesante, de modo a afastar o nexo de causalidade, deverá demonstrar que o dano configurou uma consequência extraordinária, não sendo previsível a sua ocorrência, ou que o próprio comportamento do paciente ou de terceiro foi causa do mesmo, ou ainda que se deveu a caso fortuito ou de força maior²⁶³.

No âmbito da prestação de cuidados de saúde, para aferir deste requisito, importa ainda fazer um acerto. Para este efeito, não se exige a certeza de que o resultado danoso não se teria verificado não fosse a conduta ilícita. Ao invés, o nexo de causalidade fica demonstrado se se aferir que a adoção de uma conduta adequada teria diminuído a probabilidade de verificação do dano, exigindo-se, porém, uma certeza quanto a esta possibilidade, não se bastando com uma mera probabilidade ou suposição²⁶⁴.

Ora, neste estabelecimento do nexo causal, verifica-se uma dificuldade de aferir qual o real contributo do comportamento do lesante para o resultado²⁶⁵. Tal sucede pelo facto de poder existir uma concorrência de outros fatores para o dano, designadamente, causas naturais que já iniciaram a sua trajetória rumo ao dano final, caso em que apenas seria possível aferir se, na falta do ato do lesante, existiria uma maior probabilidade de não se verificar o evento lesivo. Em todo o caso, apesar da nota aqui deixada, a verdade é que muitas das situações de danos causados no âmbito da PMA reportam-se a situações em que a pré-condição dos lesados não releva para a produção do dano final. Isto é assim, na medida em que inexiste, na maioria dos

negativa será adequada para as hipóteses de responsabilidade por factos ilícitos. A nível jurisprudencial vide o decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça por acórdão de 02-11-2010, processo n.º 2290/04 – 0TBCL.G1.S1, bem como o decido pelo mesmo Tribunal em 18-12-2013, processo n.º 1749/06.0TBSTS.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

²⁶³ PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil* ... p. 150.

²⁶⁴ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico* ...p. 57-59.

²⁶⁵ PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente*... p. 430.

casos, uma trajetória em curso tendente à verificação do dano, tornando-se, assim, mais evidente se a intervenção do profissional de cuidados de saúde foi ou não a causa da lesão²⁶⁶.

Por último, um breve apontamento para referir que frequentemente os Tribunais se servem de presunções judiciais, admitidas pelo art. 351.º CC, com vista a aferir do nexo de causalidade. Assim, por recurso a estas presunções, dá-se por verificado este requisito quando, de acordo com as regras da experiência e atendendo à factualidade demonstrada, for razoável presumir que a conduta foi causa adequada para a produção do dano²⁶⁷.

Isto posto, depois de elencados todos os requisitos da Responsabilidade Civil, concluímos que, quando os lesados demandem as clínicas de PMA, pelos danos causados em decorrência da aplicação das técnicas deverão, no caso de se servirem da Responsabilidade Contratual, demonstrar a existência da relação contratual que os unia e o incumprimento ou cumprimento defeituoso, os danos e o nexo causal entre os danos e aquele incumprimento. Se for invocada a Responsabilidade Extracontratual têm de demonstrar a prática do facto ilícito nos termos aludidos, a culpa, os danos causados pela atuação e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e os danos.

Por seu turno, o demandado deverá provar “*que a sua actuação não foi ilícita – dada a verificação de uma causa justificativa do seu comportamento, por exemplo – ou que não foi culposa - por verificação de acto que tornem inexigível outra conduta*” ou, ainda, que a sua conduta não foi causa para a produção do dano “*porque o nexo causal foi quebrado por um facto de terceiro que lhe é estranho, por um facto do próprio lesado ou por facto fortuito ou de força maior*”²⁶⁸. No caso da Responsabilidade Contratual, caberá ainda ao lesante ilidir a presunção de culpa (art.799.º, n.º 1 CC).

Face ao exposto, resultam evidentes as dificuldades do *iter* a ser percorrido pelo lesado, isto porque sobre o mesmo impende a diabólica *probatio* da ilicitude da atuação no âmbito da prestação de cuidados de saúde, i.e. a prova de que a concreta conduta não se coadunou com a aquilo que as *leges artis* daquele ramo de atividade impunham. Esta prova é bastante difícil em consequência do carácter técnico da prestação devida e cujos conhecimentos se revelam necessários com vista a sindicar a atuação. Tais conhecimentos não estão ao alcance da larga

²⁶⁶ Pense-se nas hipóteses em que existe a troca ou danificação do material genético, caso em que a conduta do profissional de cuidados de saúde é a única que concorreu para a verificação do resultado danoso, sem concurso com outras causas naturais.

²⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico*...p. 64-66.

²⁶⁸ PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente*...p. 422.

maioria dos lesados, leigos nessas matérias, à qual se soma a falta de colaboração dos profissionais da área no âmbito do processo, bem como do próprio demandado. A situação agrava-se pelo facto de o lesado não dispor, na maioria das vezes, dos elementos do seu processo clínico e ainda pela circunstância de a prestação devida não ser de execução instantânea, mas dilatada no tempo, com intervenção de várias pessoas, o que dificulta a determinação do concreto ato gerador dos danos²⁶⁹. Tais circunstâncias, que conduzem a uma notória disparidade entre as partes, ditam o recurso a mecanismos destinados a corrigir tal disparidade e conferir maior guarida ao lesado, numa intervenção *pro damnato* no âmbito da Responsabilidade Civil²⁷⁰.

5. Dos credores da tutela indemnizatória

Aqui chegados, tendo já estudado as hipóteses suscetíveis de, em abstrato, gerar uma obrigação de indemnizar por parte da clínica de PMA e desmontado que está o regime da Responsabilidade Civil, importa agora tecer considerandos específicos no que respeita aos credores da tutela indemnizatória.

A este propósito, sem prejuízo de se equacionar a possibilidade de a PMA poder causar danos a outras pessoas, como sucede por exemplo com os próprios dadores ou até à gestante de substituição, é inquestionável que tais danos serão maioritariamente causados aos beneficiários e/ou à pessoa que venha a nascer em consequência das técnicas de PMA, pelo que importa discurrir quanto à posição destes sujeitos.

a. Dos beneficiários

Como já vimos, os beneficiários da PMA podem servir-se da Responsabilidade Contratual para assim demandar a clínica, perante a prática de um facto ilícito e culposos.

²⁶⁹ PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil* ... p. 165-160.

²⁷⁰ PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil* ... p. 165-160. PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente*...434-435.

Na generalidade das hipóteses de responsabilidade, na qual tenham sido causados danos aos beneficiários (v.g. nos casos em que a clínica destrói ou troca o material genético dos mesmos, utiliza material que não obedece aos padrões de qualidade, acabando por gerar uma criança com doenças graves ou até infetar a beneficiária ou, ainda, quando na realização de técnicas, lese a beneficiária) é aplicável o regime de responsabilidade a que foi feita alusão acima, sem diferenciações. Todavia, existe um concreto tipo de ações que pode emergir no âmbito da PMA e que conhece especificidades, motivo pelo qual merece, em nossa perspetiva, um tratamento autónomo. Referimo-nos às conhecidas *wrongful actions*.

Dentro do conceito das *wrongful actions* surgem, quer as ações por *wrongful life*, a que daremos tratamento mais adiante, quer as ações por *wrongful birth*, que se diferenciam do ponto de vista do sujeito ativo, sendo as primeiras intentadas pelos nascidos e as segundas pelos progenitores.

Em termos genéricos, as *wrongful birth actions* tem lugar quando “*uma criança nasce mal-formada e os pais, em seu próprio nome, pretendem reagir contra o médico e/ou instituições hospitalares ou afins, por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram, erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados, sendo considerada ilícita a omissão do consentimento informado sobre essa deficiência que, eventualmente, os impediu de terem optado pela interrupção da gravidez, proveniente de um erro no diagnóstico pré-natal*”²⁷¹.

Adaptando este conceito à PMA, diremos que as ações de *wrongful birth* são interpostas pelos beneficiários contra a parte contratual, i.e. a clínica de PMA²⁷², com fundamento no seu ato ilícito, o que corresponde ao incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever de realização dos exames, ou da sua correta interpretação e de informação dos beneficiários quanto aos riscos de anomalia embrionária, sendo certo que, se tivesse sido prestada a informação devida aos beneficiários, tal poderia ter motivado a “*não implantação do embrião in útero, evitando, como tal, o nascimento indesejado de uma criança portadora de deficiências*”²⁷³.

²⁷¹ Segundo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-03-2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível em www.dgsi.pt.

²⁷² Em todo o caso, importa realçar que este tipo de ações pode também ser intentada contra o responsável delitual, i.e., o profissional de saúde, em regra o médico que atuou, ao abrigo da Responsabilidade Extracontratual, caso em que o ato ilícito assentaria na violação do direito de outrem.

²⁷³ MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as acções de “*wrongful birth*” e “*wrongful life*” e o instituto da responsabilidade civil. In *Direito da saúde: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. IV. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, p. 130-131.

Em concreto, no âmbito da PMA, este incumprimento coloca-se a propósito do DGPI, na qual são realizados testes e análises aos embriões, de modo a evitar que seja transferido um embrião portador de determinada doença ou anomalia. Assim, nestes casos, no desenvolvimento do DGPI, os responsáveis não realizam os exames necessários ou não os realizam de modo diligente (acabando por selecionar um embrião portador de doença ou anomalia congénita), ou não esclarecem devidamente a existência de anomalias no embrião, impossibilitando a escolha dos beneficiários quanto à intenção de prosseguir ou não com a implantação²⁷⁴.

Inferre-se, portanto, que este instituto é apenas invocável no caso em que a criança vem a nascer com doença ou deficiências graves, impondo-se, assim, que exista um nascimento completo e com vida pois, se não ocorrer o nascimento, os beneficiários não poderão ser ressarcidos ao abrigo desta modalidade²⁷⁵.

Ademais, importa clarificar que nestas ações, o que é imputável à clínica é, somente, o facto de não ter realizado, através dos seus profissionais, os exames necessários a aferir das anomalias ou doenças, não os ter analisado devidamente ou não ter informado os beneficiários no âmbito da DGPI de que embrião era portador de doença ou anomalia, excluindo-se, portanto, as hipóteses em que a clínica contribuiu positivamente para a produção do dano.

De notar ainda que, na demanda por *wrongful birth* não está em causa saber se os beneficiários, caso soubessem que o embrião era portador de determinada doença ou anomalia, decidiriam ou não avançar com a implantação do embrião. O fundamento deste tipo de ações assenta no facto de, pela violação do dever de informação, os beneficiários não terem possibilidade de escolha entre avançar com a implantação ou interromper o procedimento de PMA. É esta liberdade de escolha que é suprimida pela ignorância, pelo facto de não ter sido detetada a anomalia ou doença e informados os beneficiários, que é fundamento das *wrongful birth*²⁷⁶.

Outro ponto de relevo na análise deste regime prende-se com os danos que podem ser ressarcidos. Quanto aos danos patrimoniais, não existem divergências assinaláveis, admitindo-

²⁷⁴ MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar ...p.130- 131.

²⁷⁵ Caso o embrião gerado não venha a culminar no nascimento de uma pessoa, acabando os beneficiários por perder o embrião, então os beneficiários podem sofrer danos de natureza não patrimonial pela perda, traduzidos no sofrimento, desgosto e angústia vividas, sendo tal situação igualmente ressarcível ao abrigo da Responsabilidade Civil se reunidos os requisitos necessários, mas não através das *wrongful birth actions*.

²⁷⁶ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 585.

se que estes possam ser ressarcidos de acordo com a Teoria da Diferença, preceituada no art. 566.º, n.º 2 CC. Neste ponto, são indemnizáveis, designadamente, os custos associados às despesas médicas e sustento de uma pessoa doente ou com anomalias, por comparação ao custo que representaria uma criança dita normal²⁷⁷. A questão já não se afigura tão pacífica no que respeita à compensação dos danos não patrimoniais.

A este propósito, existe quem defenda, como ANDRÉ DIAS PEREIRA, que quanto aos danos não patrimoniais, os beneficiários podem apenas requerer uma compensação “*pelas dores e incómodos causados pela gravidez e pelo parto e pelo “choque” do nascimento*”, mas já não pelo nascimento de uma criança com deficiência ou malformação grave. Isto é assim, porquanto os danos deverão estar relacionados com a personalidade dos progenitores que viram o seu direito à informação e autodeterminação coartado e não com a existência do nascido²⁷⁸.

Ao invés, vozes como LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO arguem que os danos de natureza não patrimonial teriam como causa, não apenas a violação do direito de autodeterminação reprodutiva do casal, fruto da impossibilidade de decidirem não implantar o embrião, como ainda o desgosto, a mágoa e todo o sofrimento causado pelo nascimento de um filho com deficiências graves²⁷⁹.

Por último, no que respeita à admissibilidade deste tipo de ações, existe ainda quem rejeite tais pretensões. Este é o caso de CARNEIRO DA FRADA, por considerar que estas situações convocam o desempenho da função assistencial do Estado e não o instituto da Responsabilidade Civil, avançando que o nascimento com deficiências representa uma necessidade para os pais, mas não um prejuízo ou dano²⁸⁰. Todavia, o certo é que este tipo de ações tem vindo a ganhar, paulatinamente, mais defensores, quer ao nível da doutrina²⁸¹, quer da jurisprudência²⁸², tendo

²⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-03-2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível em www.dgsi.pt – “*Nas wrongful birth actions, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas inerentes a uma criança normal*”.

²⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p. 218-222.

²⁷⁹ MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar...p. 135.

²⁸⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da - A própria vida como um dano? – dimensões civis e constitucionais de uma questão limite. In *Revista da Ordem dos Advogados*. [Em linha] Ano 68, Vol. I. 2008 [Consult. 15 Jun. 2020] Disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>

²⁸¹ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade*... p. 606. MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar...p. 130-135. PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*... p. 221-222.

²⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-03-2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível em www.dgsi.pt.

mesmo sido já apreciadas pelo Tribunal Constitucional que não julgou inconstitucional esta possibilidade²⁸³.

Num contexto internacional não se pode deixar de denotar, igualmente, uma maior abertura dos diversos Ordenamentos Jurídicos a este tipo de ações. Veja-se a este propósito o exemplo do Reino Unido que, logo no ano 2000, julgou procedentes pedidos indemnizatórios sustentados nas *wrongful birth*, de que é exemplo o caso *Rand v. East Dorset Health Authority*²⁸⁴. Idêntico entendimento foi também seguido na Alemanha, onde foram reconhecidas pretensões fundamentadas no nascimento indevido logo em 1980, o qual foi então acompanhado pela posição do Supremo Tribunal Italiano. Na Bélgica, o posicionamento adotado é idêntico, reconhecendo-se assim as *wrongful birth actions*²⁸⁵, bem como na Holanda, naquele que ficou conhecido como caso *Baby Kelly*²⁸⁶.

b. Das crianças nascidas com recurso à PMA

Partindo do entendimento de JOÃO ÁLVARO DIAS, que aqui perfilhamos, se alguém nascer com problemas de saúde em decorrência de atos de terceiro, deverão os nascidos ser ressarcidos pelos danos que lhe tenham sido causados, devendo o nascituro “*ser protegido na fase intra-uterina contra as lesões que deformem a sua integridade físico-psíquica, provenientes de terceiros*”²⁸⁷.

Esta perspectiva coloca-se, de igual modo, a propósito das lesões que sejam geradas no âmbito da PMA, não existindo qualquer motivo válido para valorar de modo distinto o embrião que seja gerado com recurso a tais técnicas.

²⁸³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016, publicado em Diário da República n.º 51/2016, Série II de 2016-03-14.

²⁸⁴ Neste caso, os pais não foram informados de que a criança poderia ser portadora de *Síndrome de Down*, tendo-lhes sido reconhecida uma indemnização pelo custo inerentes às necessidades de uma criança com aquela condição, o que se motivava no facto de os progenitores não poderem exercer seu direito de interromper a gravidez.

²⁸⁵ FRATI, Paola [et al.] - Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies. In *Human Reproduction Update* [S.l.] Oxford University Press. Vol. 23, n.º 3, Maio-Junho 2017, p. 338–357.

²⁸⁶ MANSO, Luís Duarte Baptista - Responsabilidade Civil em Diagnóstico pré-Natal — O caso das acções de “Wrongful Birth”. In *Lex Medicinæ*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 9, n.º 18, 2013, p. 161-182. O caso *Baby Kelly*, chegou ao Supremo Tribunal Holandês em 2005, na qual se reconheceu aos progenitores uma indemnização pelas despesas relativas ao sustento do nascido com deficiência, bem como os danos morais pela violação do seu direito à autodeterminação reprodutiva.

²⁸⁷ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*...p. 144-145.

Como defende o mencionado Autor, importa reconhecer ao embrião direitos que não apenas os patrimoniais²⁸⁸. A este propósito não ignoramos que a nossa lei civil dedica maior atenção às dimensões patrimoniais da vida embrionária²⁸⁹. Não obstante, na nossa perspetiva, importa que sejam acautelados com maior acuidade os seus interesses pessoais do que aqueles outros, não se olvidando do potencial do embrião para vir a culminar no surgimento de uma vida humana, o que motiva que seja especialmente protegido na sua esfera não patrimonial²⁹⁰.

Assim, propendemos para o entendimento que a pessoa nascida com doenças ou anomalias físicas ou psíquicas, decorrentes de lesões sofridas durante a sua vida intrauterina, causado por facto de terceiro, terá direito a ser ressarcida por tais danos, sob condição do seu nascimento completo e com vida²⁹¹.

Na verdade, o tratamento desta questão, apresenta-se indissociável daquela outra atinente à eventual consideração da personalidade jurídica do nascituro, isto porque as hipóteses sob análise contendem com factos praticados no momento em que o, agora nascido, era ainda um embrião. Por economia de meios, não podendo abordar esta questão na sua completude, teceremos, contudo, alguns considerandos de relevo.

A este propósito, com vista à desmistificação desta questão, JOÃO ÁLVARO DIAS defende a existência de um “*dever pré-existente de não prejudicar o concebido*” ou um “*dever prospectivo condicional que se sedimenta com o nascimento*”²⁹² e que permitiria fundar o dever de ressarcir o nascido pelos danos a este causados antes do nascimento. Assim, para o mencionado Autor, não olvidando o previsto no art. 66.º, n.º1 CC, de que a personalidade se adquire com o nascimento completo e com vida, salienta que esta é uma conceção normativista que não se coaduna com a condição do ser humano, que merece proteção antes do nascimento, admitindo apenas a discussão quanto ao concreto momento em que essa proteção se inicia²⁹³.

²⁸⁸ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*... p. 182.

²⁸⁹ De facto, é identificável uma tendência inicial, tanto nos países de matriz romano-germânica, como da *common law*, de tutela dos nascituros do ponto de vista patrimonial, como, aliás, se encontra previsto no art. 952.º CC.

²⁹⁰ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*...p. 184. A este propósito João Álvaro Dias afirma que o “*embrião contem em si o poder de fazer-se passar da potência ao acto desde que lhe seja proporcionado um ambiente adequado*”, questionando mesmo a possibilidade de se sustentar a “*aplicação ao embrião das mesmas garantias civis e criminais que ao feto são atribuídas e (porque não?) aquelas que protegem a própria criança ou adulto?*”.

²⁹¹ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*...p.187.

²⁹² DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*... p.195-196.

²⁹³ DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida*...p. 207-208. Como salienta o referido Autor, existem diversas posições quanto ao momento a partir do qual existe vida: (i) desde o momento da concepção; (ii) com a nidação; (iii) no momento em que o feto começa a ganhar forma humana; (iv) quando a vida do feto é viável independentemente da progenitora; (v) quando este ganha autoconsciência; (vi) ou a partir do nascimento.

Posições existem de acordo com as quais o nascituro é já dotado de personalidade jurídica, conduzindo à possibilidade de este ser titular de direitos e obrigações. Neste ponto, CARNEIRO DA FRADA sustenta que “*apenas reconhecendo ao nascituro a qualidade de sujeito de direito ao tempo da lesão sofrida é viável uma pretensão indemnizatória. O que implica o reconhecimento de uma personalidade jurídica pré-natal*”²⁹⁴, defendendo, portanto, o início da personalidade jurídica em momento anterior ao nascimento. Todavia, para o referido Autor, esta consideração revelar-se-ia escusada para os casos em que a deficiência exista já no momento da concepção, uma vez que aqui não está em causa um qualquer dano relevante para efeitos de Responsabilidade Civil, pois não é possível determinar um momento prévio em que o lesado não apresentasse tais lesões (necessário para aferir do dano causado), pelo que tal situação seria atendível no âmbito da função assistencial do Estado²⁹⁵. No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO²⁹⁶.

Neste ponto, de *iure constituto*, concordamos com o entendimento segundo o qual, embora seja conferido ao embrião um grau de proteção, este não é considerado ainda uma pessoa²⁹⁷, pelo que o mesmo não é, ainda, titular de direitos. Assim, partilhamos da perspetiva de que a vida intrauterina é merecedora da tutela do Direito, isto porque estamos perante uma vida humana em formação. Não obstante, entendemos igualmente que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento completo e com vida (art. 66.º, n.º 1 CC).

Neste sentido, subscrevemos as palavras de HEINRICH EWALD HÖRSTER segundo o qual “*em nenhuma das situações o nascituro possui personalidade, nem sequer uma personalidade condicionada pelo nascimento, sendo certo, todavia, que daqui não pode resultar, em caso algum que a sua vida e integridade física se encontrem desprotegidos*”²⁹⁸. Assim para este Autor, nos casos em que a pessoa vem a nascer com doença ou deficiência grave, apesar de no momento da lesão não ser titular de direitos, a verdade é que no momento do nascimento, as lesões anteriormente provocadas, passam a configurar danos causados ao nascido, pelo que este

²⁹⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da – A proteção Juscivil da vida Pré-natal – Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, Ano 70, Vol. I/IV, Jan-Dez. 2010, p. 307. Para Carneiro da Frada apenas se afigura possível atribuir ao nascituro o direito a ser tornado indemne se for possível identificar uma vantagem prévia e que, em consequência do ato lesivo, terá sido suprimida, “*se assim não for, não há, para o sujeito, um “antes” e um “depois” capaz de fazer da deficiência à nascença um dano*”.

²⁹⁵ FRADA, Manuel A. Carneiro da – A proteção Juscivil...p. 310.

²⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol I. Coimbra, Coimbra Editora, 2000. ISBN 9789723209891, p 46.

²⁹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade...* p. 427.

²⁹⁸ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da - *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. 2ª ed. rev. e act. .Coimbra, Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8146-5, p. 319.

adquire um direito a ser indemnizado²⁹⁹. No mesmo sentido, MOTA PINTO considera que “O surgimento deste direito de indemnização não impõe forçosamente a atribuição de personalidade jurídica aos nascituros, estejam ou não concebidos. O direito surge só no momento do nascimento, momento em que o dano verdadeiramente se consuma, apesar de a acção, que o começa a desencadear, ser anterior”³⁰⁰.

Desta feita, caso ocorram lesões na fase intrauterina causadas por terceiro, o nascido, já dotado de personalidade jurídica e porquanto merecedor de uma tutela pelos factos ocorrido na fase anterior ao seu nascimento, poderá assacar responsabilidade quanto aos danos causados. No entanto, tal sucede no pressuposto de que o nascimento venha a ocorrer, pois, como afirma VERA LÚCIA RAPOSO, também nós não vislumbramos como se afigura possível imputar responsabilidade por danos causados em quem nunca chegou a ser pessoa³⁰¹.

Destarte, no caso em que o nascido sofre de problemas de saúde por factos causados em momento anterior ao seu nascimento, imputável a terceiro, designadamente a clínica de PMA, poderá o nascido socorrer-se do instituto jurídico da Responsabilidade Civil.

Neste conspecto, uma questão que se coloca é a de saber qual a modalidade de responsabilidade de que o nascido com doença ou malformação se poderá servir para demandar a clínica de PMA.

Inquestionavelmente, o mesmo pode recorrer à Responsabilidade Civil Extracontratual, uma vez que está em causa a violação de um direito absoluto integrante da sua esfera jurídica, designadamente, o direito à sua integridade física.

Não obstante, nos termos já tratados, concluímos que a Responsabilidade Civil Contratual se apresenta como mais benéfica para o lesado, desde logo, em consequência da presunção de culpa, consignada no art. 799.º, n.º 1 CC. Assim questiona-se: Poderá o nascido, que não é parte do contrato de PMA, socorrer-se da Responsabilidade Contratual?

Neste ponto, cremos que possam operar diversas construções jurídicas que permitem responder afirmativamente a esta questão e enquadrar contratualmente o pedido ressarcitório

²⁹⁹ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da - *A parte geral...* p. 320-322.

³⁰⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria Geral...* p. 203.

³⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade ...* p. 427. Para Vera Lúcia Raposo “os embriões *in vitro* deverão ser equiparados aos conceptuos e não aos nascituros, apenas lhes aproveitando a protecção patrimonial que o ordenamento jurídico dispense aos conceptuos (por exemplo, o art.952.º CC). Só com a efectiva transferência uterina passarão a disfrutar do estatuto de nascituro, dada a profunda incerteza que marca a sua prévia existência”.

formulado pelo nascido através das técnicas de PMA. Entre essas construções, emerge a figura dos contratos com proteção de terceiros ou contratos com eficácia de proteção para terceiros. Como explica MENEZES CORDEIRO, existem determinados contratos que, atenta a sua natureza, requerem a observância de deveres acessórios, deveres esses que abrangem, não apenas as partes do contrato, mas também terceiros em relação ao mesmo³⁰². Portanto, estes são contratos que importam a observância de deveres de segurança em relação a quem não é parte do contrato e que podem surgir em consequência da proximidade “*sócio negocial*” existente³⁰³.

Para CARNEIRO DA FRADA, nos contratos com eficácia de proteção para terceiros “*reconhece-se a um sujeito que não é parte no contrato uma pretensão, que ele em princípio não teria, de ressarcir um prejuízo que sofreu por via da violação da relação obrigacional por aquele contrato instituída*”³⁰⁴.

Paralelamente, com vista a alcançar o fim de permitir ao nascido socorrer-se da Responsabilidade Contratual, outra das construções possíveis seria o recurso à figura do contrato a favor de terceiro (art.443.º CC). Todavia, não vislumbramos que a hipótese que ora nos ocupa possa ser corretamente enquadrada como um contrato a favor de terceiro. Basta ver que, nesta figura, as duas partes celebram entre si um contrato em nome próprio, com o fim de proporcionar uma vantagem a terceiro³⁰⁵. Por outras palavras, um dos contraentes obriga-se perante a contraparte a realizar a prestação a favor de terceiro, sendo certo que esse terceiro, não sendo parte, adquire o direito à prestação, podendo exigi-la ao promitente³⁰⁶.

Deste modo, não se compadece com o contrato de PMA a própria formulação dogmática do contrato a favor de terceiro, posto que para este último “*não basta, por conseguinte, que o terceiro seja destinatário da prestação ou beneficiário indirecto dela; é preciso que seja titular do direito a ela ou beneficiário directo da atribuição nascida do contrato*”³⁰⁷, sendo, precisamente, por esta característica que entendemos desadequado o enquadramento do contrato de PMA como contrato a favor de terceiro. De facto, afigura-se-nos desadequado

³⁰² CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito*...p. 397-402.

³⁰³ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito*...p. 397-402.

³⁰⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da - *Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso*. Reimp. Coimbra, Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2758-6, p. 97.

³⁰⁵ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das Obrigações - Vol. I*... p. 320-321.

³⁰⁶ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das Obrigações - Vol. I*... p.322. De acordo com Ribeiro de Faria o contrato a favor de terceiro é um “*um contrato por via do qual uma das partes (o promitente) assume perante outra que tenha na promessa um interesse digno de protecção legal (o promissário) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiros, estranho ao negócio (terceiros beneficiário), o qual adquire direito à prestação desde logo e independentemente de aceitação (artºs 443º, 1 e 444º, 1)*”.

³⁰⁷ VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral - Vol.I*...p. 413.

conceber a relação contratual inerente à PMA, como um contrato na qual os beneficiários, na qualidade de promissários, efetuam uma atribuição ao nascido, entendido como terceiro, através da prestação da clínica de PMA, na qualidade de promitente, não se vislumbrado, tão pouco, que o nascido possa ser perspectivado como titular do direito emergente desse mesmo contrato.

Não se olvide que quem adquire o direito à prestação são sim os beneficiários, sendo estes que recorrem às técnicas de PMA, regra geral, na satisfação do seu próprio interesse e desejo de serem pais. Simplesmente, com a implantação do embrião no útero, emergem deveres acessórios de defesa da vida em desenvolvimento, sem que o embrião seja titular de um qualquer direito à prestação, motivo pelo qual entendemos que o contrato com eficácia de proteção para terceiros se revela de maior utilidade para este efeito.

Portanto, através do recurso à figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros, não criando um qualquer artificialismo no enquadramento normativo desta realidade, permite-se estender os efeitos de proteção que derivam do contrato ao próprio nascido. Garante-se, deste modo, que ao mesmo ainda seja possível a aplicação das regras da Responsabilidade Contratual³⁰⁸. Isto é assim, uma vez que a Responsabilidade Civil Contratual pode ter lugar, não apenas nas hipóteses de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação principal ou secundária, mas também a violação de deveres de proteção³⁰⁹, permitindo, desde logo, a aplicação da presunção de culpa do art.799.º, n.º 1 CC. Caso assim não fosse, ficaria desprovida de sentido a necessidade de prever a categoria dos contratos com eficácia para proteção de terceiros, uma vez que a responsabilidade aquiliana sempre acautelaria tais hipóteses. Neste sentido posiciona-se MENEZES CORDEIRO³¹⁰. Damos, em todo o caso, nota de posições que defendem a aplicação de uma terceira via de Responsabilidade Civil³¹¹.

³⁰⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes...*p.245.

³⁰⁹ MONGE, Cláudia - Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados. In *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*. Lisboa, ICJP, 2014. ISBN 978-989-8722-03-4, p. 7.

³¹⁰ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito...*p. 398. Segundo este Autor “*Esta problemática poderia resolver-se à luz da responsabilidade aquiliana: dizendo que a responsabilidade do devedor para com terceiros se teria ficado a dever à violação culposa de direitos de personalidade, como o direito à integridade física por via do artigo 483.º, do Código Civil. Mas tal solução não confere uma proteção (tão) eficaz como a dos contratos com proteção de terceiros; estes beneficiam, aqui, da preciosa presunção de culpa/ilicitude, tal como resulta do artigo 799.º, do Código Civil. Através dos contratos com proteção de terceiros, verifica-se que o devedor tem deveres para cumprir não apenas com o credor mas, também, perante terceiros*”.

³¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações - Vol. I...* p. 363-364. FRADA, Manuel A. Carneiro da - *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil: o problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra, Almedina, 1997. ISBN 972-40-1048-1, p. 88-93.

Prosseguindo, e tal como sucedeu na análise da posição ativa dos beneficiários, também nesta sede importa considerar uma tipologia específica de ações de Responsabilidade Civil, desta feita intentadas pelo nascido, conhecidas como *wrongful life actions*.

Portanto, nas *wrongful life actions* o nascido demanda (ainda que o possa fazer mediante representação) o responsável pelo seu nascimento, segundo a lógica de que, não fosse a atuação do lesante, o seu nascimento seria evitado³¹².

Concretamente, este tipo de ações (tal como as *wrongful birth* já abordadas) podem surgir no âmbito da PMA, em decorrência de DGPI, posto que estas têm por fundamento “*uma falha no âmbito do aconselhamento genético, quanto à transmissão de doenças hereditárias ou no âmbito da procriação medicamente assistida (PMA), mais propriamente através de Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI)*”³¹³. Assim, estas ações são intentadas pelo nascido contra a clínica de PMA, com fundamento na violação do dever de informação em relação aos beneficiários, baseando-se no raciocínio de que, não fosse o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever de informação acerca da anomalia ou doença que o afetava, o nascimento nunca teria ocorrido pois, se informados no âmbito do DGPI, os beneficiários não teriam permitido a implantação do embrião³¹⁴. Assim, a clínica de PMA é responsável, posto que a falha no cumprimento do dever de informação “*privou a mulher (casal) da oportunidade de tomar uma decisão informada e esclarecida quanto à interrupção da gravidez, em DPN, ou à não transferência do embrião para a cavidade uterina, em PMA e DGPI.*”³¹⁵.

Como explica VANESSA CARDOSO CORREIA, as *wrongful life*, assim como as já tratadas *wrongful birth*, surgem da reunião de três elementos: “*Das técnicas que a medicina proporciona, não só no plano pré-natal, como pré-concepcional; Do dever legal de informar sobre essas técnicas e resultados, perspectivas e riscos; E da possibilidade legal de não prosseguir com a gravidez em determinadas circunstâncias*”³¹⁶³¹⁷.

³¹² PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p. 225.

³¹³ CORREIA, Vanessa Cardoso - Vida: Dano indenizável? A Responsabilidade Médica nas ações por *wrongful birth* e *wrongful life*. In *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. IV. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, p. 183.

³¹⁴ MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar...p. 130-131.

³¹⁵ MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar... p. 135.

³¹⁶ CORREIA, Vanessa Cardoso - Vida: Dano indenizável?...p. 179.

³¹⁷ Caso mediático de responsabilidade por *wrongful life* foi aquela que opôs Gabriel Rubell Bergero à *University Of Southern California Keck School Of Medicine*. Tudo ocorreu quando, Eve Rubell, mãe de Gabriel, descobriu que era portadora da doença de Fabry, distúrbio recessivo ligado ao cromossoma X, motivo pelo qual recorreu ao DGPI, utilizando uma técnica de triagem em vista diagnosticar quais os embriões cultivados seriam portadores da doença. Sucede, porém, que o DGPI não logrou sucesso, tendo em consequência nascido Gabriel com a doença.

Nestas ações, a pretensão do nascido tem em vista ressarcir os danos patrimoniais decorrentes dos custos associados à sua concreta condição e que inexisteriam ou seriam menores no caso de vida normal (v.g. custos associados a despesas médicas e tratamentos), bem como os danos não patrimoniais, assentes no sofrimento emergente do nascimento naquela condição.

Pese embora a bondade desta modalidade, aquilo que se verifica é que as ações por *wrongful life* são frequentemente negadas, apontando-se diversos motivos para tal: (i) porque se entende que, nestes casos, o nascido invoca um alegado direito a não nascer, direito este que inexistente; (ii) o facto de a própria vida não poder ser vislumbrada como um dano em si mesmo; (iii) a impossibilidade de ordem prática em quantificar o dano, uma vez que se estaria a estabelecer uma comparação entre a situação de nascer com deficiências e a de não nascer de todo; (iv) e, por último, por se entender que o que aqui está em causa, é sim, um direito de informação relativamente à condição do embrião e de autodeterminação de que são titulares os beneficiários e não o próprio nascido.

Dissecando um pouco mais sobre alguns dos pontos enunciados, é frequentemente apontado como impedimento à procedência destas pretensões, o facto de o nascido sustentar o seu pedido na privação da liberdade de escolha dos beneficiários na decisão consciente de implantação ou não do embrião, uma vez que desconheciam a sua condição, em decorrência da violação do dever de informação. Não obstante, é referido que um tal direito de autodeterminação reprodutiva tem como titulares os beneficiários da PMA e não o nascido³¹⁸, pelo que verdadeiramente o nascido não seria titular do direito violado, o que seria impedimento ao funcionamento deste tipo de pretensão.

Ademais, realçam-se as contradições relacionadas com o facto de o nascido comparar a sua existência com uma hipotética inexistência, sendo que nesta hipotética situação, este nem sequer existiria e, portanto, seria desprovido de personalidade e capacidade jurídica que lhe permitisse deduzir tal pretensão³¹⁹.

que se pretendia evitar. Nesta sequência, Gabriel, representado pela sua mãe, intentou uma ação por *wrongful life* contra a *University Of Southern California Keck School Of Medicine*, alegando que esta última teria sido negligente na realização do DGPI. No final, a ação não foi julgada procedente, não tendo sido provado que os beneficiários não tivessem sido convenientemente informados dos riscos de falha desta técnica, nem tão se pouco se provou a existência de qualquer erro na aplicação da técnica. Informação disponível em <https://www.leagle.com/decision/incaco20090410016>.

³¹⁸ MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar... p. 139.

³¹⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da - A própria vida ...

A somar, é referido que este tipo de ações conduziria a um paradoxo, pois o nascido, invocando que a sua vida não tem valor, peticiona uma indemnização para “*continuar e desenvolver essa mesma vida*”³²⁰. Destarte, uma indemnização pelo dano vida, que tem por fundamento um alegado direito a não nascer apresenta-se, para esta facção, como impossível, pois o seu próprio fundamento retira sentido à indemnização “*é contraditório liquidar o dano de viver e, em simultâneo, (pretender) continuar a viver*”³²¹.

A acrescentar, é ainda apontada outra fragilidade que se prende com a dificuldade em demonstrar, no caso específico do DGPI, que os beneficiários, se houvessem sido devidamente informados, teriam decidido não prosseguir para a fase de implantação.

Por último, é ainda salientado por alguns autores a impossibilidade de estabelecer um nexo de causalidade entre o facto praticado e o dano, por se entender que não foi o profissional de saúde que causou a deficiência ou doença³²². Quanto a este concreto ponto, cremos que tal fundamento não é, de *per se*, suficiente para afastar o recurso a este instituto, pois o que é imputado ao responsável é a violação dos deveres de informação que impossibilitaram os beneficiários de escolher não proceder à implantação do embrião, decisão que poderiam ter tomado se devidamente informados, evitando assim o nascimento de uma criança portadora de deficiências ou doenças graves. Face ao exposto, existe um nexo causal entre a violação do dever de informação e o dano final, ainda que este possa ser perspectivado de modo indireto³²³.

Por seu turno, ANDRÉ DIAS PEREIRA, mostrando-se recetivo a este tipo de ações, considera que as posições que negam as *wrongful life actions* assentam numa visão formalista, em

³²⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da - A própria vida ...

³²¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da - *Direito civil*...p. 91.

³²² CORREIA, Vanessa Cardoso - Vida: Dano indemnizável?... p. 192. FRADA, Manuel A. Carneiro da - A própria vida ...Como argumenta Carneiro da Frada “*não se percebe porque é que o médico haveria de ser responsabilizado perante a criança quando não foi ele próprio que causou “fisicamente” a vida deficiente, tendo-se apenas verificado que não informou os pais da deficiência que onerava essa vida*”.

³²³ PEREIRA, André Gonçalves Dias - *Direito dos Pacientes*..., p. 227-229. Também neste ponto, André Dias Pereira, estabelecendo um paralelismo com outras situações, conclui que não deverá colher a tese da desresponsabilização do médico com fundamento na pré-existência da doença. Avançando com o seguinte exemplo: “*Imaginemos o caso do mesmo radiologista, num comportamento ilícito (violador das *leges artis*) e censurável (negligente), não detectar um cancro e assim não informar o paciente do correto diagnóstico. Em consequência desta omissão, o cancro – de que o paciente era portador [que não foi “causado” pelo médico] – desenvolve-se e conduz à morte do paciente.*”, concluindo que “*Todos concordamos que a omissão ilícita e negligente foi causa adequada do dano morte, pelo que se impõe a responsabilidade do médico*”. Também neste sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-03-2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível em www.dgsi.pt, considerou que “*muito embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, o certo que a sua actividade, quando desenvolvida segundo as «leges artis», poderia ter evitado o nascimento com aquela deficiência congénita, o que permite consubstanciar um nexo de causalidade suficiente, um nexo de causalidade, ainda que indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico*”.

desconsideração pelo sentido de justiça material, pois o que está em causa não é indemnizar o dano da vida em si mesmo, mas compensar a existência naquelas condições³²⁴.

Neste desiderato, partindo de tal conclusão, o referido Autor vai paulatinamente rebatendo os argumentos invocados contra este tipo de ações. Desde logo, no que respeita à dificuldade de quantificação do dano, argumenta que a mesma poderá ser ultrapassada se for abandonada a tradicional Teoria da Diferença e determinado o *quantum* indemnizatório com recurso a juízos de equidade, na qual se ficcionaria uma realidade, tomando como ponto de comparação a vida de uma pessoa normal³²⁵. Por outro lado, repudia este Autor que o nascido nesta ação esteja “*a pedir para não nascer*”, mas sim a invocar o seu sofrimento e a sua condição para peticionar uma indemnização pelos custos necessários a uma vida condigna³²⁶. Por último, argui que a ilicitude resulta, nestes casos, da violação das *leges artis* e não na violação de um direito absoluto à inexistência³²⁷.

No entanto, ANDRÉ DIAS PEREIRA coloca um freio no seu raciocínio ao entender que, no que concerne aos danos não patrimoniais, existe uma forte objeção a que seja ressarcível o dano moral da “*existência como deficiente*”, por não preencher os pressupostos do art.496.º, n.º 1 CC. Admite, contudo, que se o nascido conseguir alegar e provar que sofre de grave doença ou deficiências que lhe provocam dores e sofrimento, poderá ser reconhecida uma compensação³²⁸.

Neste contexto, tudo sopesado, é maioritariamente entendido que as *wrongful life actions* não podem proceder por falta de preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade Civil. Na doutrina, voz sonante desta impossibilidade é a de CARNEIRO DA FRADA que considera que, neste tipo de ações, se está a instrumentalizar a Responsabilidade Civil em busca de uma finalidade puramente assistencial. Na sua ótica, “*a criança deficiente tem certamente necessidade de assistência, mas não experimentou propriamente um dano (em sentido jurídico-normativo)*”, o que motiva a intervenção do sistema assistencial, mas não o recurso à Responsabilidade Civil³²⁹.

³²⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p.225.

³²⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p.229.

³²⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p.238-242.

³²⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p.242.

³²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p.245-248.

³²⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da - A própria vida ... O referido Autor, rejeitando as ações de *wrongful life* entende que “*nada obsta a que o sujeito possa ser ressarcido do dano de uma deficiência que, atingindo a sua vida, poderia ter sido evitada*” isto porque “*quando deduz uma pretensão nesse sentido, o sujeito, se não põe em causa a vida em si mesma (considerando-a um dano em si mesma)*”.

Também na jurisprudência, o entendimento maioritário tem pendido em idêntico sentido. Veja-se que, já em 2001, chegou até ao Supremo Tribunal de Justiça uma ação por *wrongful life*, intentada por criança nascida com malformações (representada pelos seus pais) com vista ao reconhecimento do pedido indemnizatório, invocando uma conduta negligente por parte do médico ginecologista e da clínica de radiologia, que não detetaram os problemas de que padecia. Tal pretensão acabou, todavia, por não vingar, não tendo este Tribunal reconhecido, nem o pedido indemnizatório por danos patrimoniais, nem a compensação por danos não patrimoniais, fundamentando que a pretensão deveria ter sido movida pelos progenitores em nome próprio³³⁰.

Mais recentemente, este Tribunal apreciou novamente este tipo de ações, designadamente por acórdão de 17 de Janeiro de 2013, onde uma progenitora (por si e em representação do seu filho) demandou o centro de radiologia, o seu diretor clínico e a sua médica obstetra, pelo facto de o seu filho ter nascido com malformações graves. Neste caso, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que seria devida uma indemnização pelos danos patrimoniais, no âmbito da *wrongful birth action*, mas julgou improcedente o pedido de *wrongful life*, por entender que decisão em contrário violaria a dignidade e integridade da vida humana, bem como pela falta de verificação dos requisitos da Responsabilidade Civil em relação ao nascido, uma vez que os seus problemas não se deviam a qualquer ação ou omissão dos demandados, mas eram pré-existentes³³¹. Tal posição é seguida pelos demais Tribunais, consolidando-se, assim, uma tendência jurisprudencial no sentido da inadmissibilidade deste tipo de ações³³².

Em termos de direito comparado, as *wrongful life* são frequentemente rejeitadas na maioria dos Ordenamentos Jurídicos. Uma breve resenha por alguns deles conduz-nos até essa conclusão. Veja-se que, no Reino Unido as *wrongful life actions* não se afiguram admissíveis³³³. De igual modo, realça-se o conhecido processo francês, denominado “caso *Perruche*”³³⁴, onde uma criança nascida com deficiência grave assistiu à procedência do seu pedido por *wrongful life*, pela *Cour de Cassation*. Esta foi a primeira vez que este tipo de ação foi reconhecida por um Tribunal Superior na Europa, gerando, contudo, grande reação pública que entendeu tal decisão como violadora da dignidade humana. Mais tarde foi publicada a lei de 4 de março de

³³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-06-2001, processo n.º 01A1008, disponível em www.dgsi.pt.

³³¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-01-2013, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

³³² Neste sentido acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01-03-2012, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1, disponível em www.dgsi.pt.

³³³ FRATI, Paola [et al.] - Preimplantation and prenatal...

³³⁴ Disponível em <https://cutt.ly/ygoUafv>

2002, que ficou conhecida como “*lei anti-Perruche*”³³⁵ que excluía as *wrongful life action* nos casos em que não existisse uma intervenção direta do médico, cabendo nestes casos um direito assistencial em relação Estado. Em Itália, o Supremo Tribunal Italiano proferiu já diversas decisões onde excluiu definitivamente a possibilidade de serem reconhecidas este tipo de ações³³⁶. Por último, Espanha ainda conheceu, em 2006, uma decisão em que o pedido por *wrongful life* foi julgado procedente, no entanto, tal orientação acabou por não vingar.

Finalmente, importa fazer uma última referência às críticas erigidas à recusa das *wrongful life actions* por contraposição com as *wrongful birth actions*. Neste sentido, argumenta-se que a atribuição de uma indemnização aos progenitores, neste último tipo de ações, designadamente por danos patrimoniais, não permite garantir que esse valor vá ser efetivamente utilizado em prol do nascido, ao passo que, se a indemnização fosse diretamente atribuída a este, seriam dadas maiores garantias de que esse valor seria utilizado no seu próprio interesse³³⁷.

Em todo o caso, pese embora o sentido da mencionada crítica, a verdade é que não se perspetiva, de *iure constituendo*, uma alteração do plano a que foi feita alusão relativamente às *wrongful life actions*.

³³⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*... p.232-233.

³³⁶ FRATI, Paola [et al.] - Preimplantation and prenatal... Sentença da Corte di Cassazione de 10 de Maio de 2002, n.º 67355; Sentença da Corte di Cassazione de 29 de Julho de 2004, n.º 14448; Sentença da Corte di Cassazione de 22 de Dezembro de 2015, n.º 25767.

³³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes*...p.235.236.

V. Conclusão

Com o percurso feito ao longo deste trabalho, pretendemos refletir sobre a PMA, a sua evolução e os problemas atuais, abordando, com especial enfoque, as hipóteses de Responsabilidade Civil em relação à clínica de PMA. Deste modo, destacamos o avanço deste campo da ciência, que o Direito, ainda que a um ritmo mais vagaroso, tem acompanhado.

Realizamos uma análise ao complexo contratual inerente à PMA, distinguindo entre as hipóteses de PMA heteróloga e homóloga, concluindo que naquele primeiro caso, existiria um verdadeiro contrato de doação *sui generis*, prévio à PMA, para entrega de gâmetas pelos dadores. Quanto ao contrato de PMA, aferimos pela sua qualificação como contrato de prestação de serviços, do qual emerge uma obrigação de meios sobre a clínica de PMA.

Já quanto à Responsabilidade Civil, elencamos alguns dos possíveis cenários representativos de obrigações de indemnizar por parte das clínicas de PMA. Neste ponto, procedemos a uma esquematização dos fundamentos jurídicos para a responsabilização da clínica: esta poderá ser responsável por força da Responsabilidade Civil Extracontratual, sendo também convocada a Responsabilidade Contratual, face à existência de um contrato entre esta e os beneficiários. Assim, concluímos que quanto à clínica de PMA, se verifica uma hipótese de concurso de Responsabilidade Extracontratual e Contratual, o que, na nossa ótica, conduz a uma aplicação desta última modalidade. Destarte, vimos que, sem prejuízo de ser demandado o profissional que atuou ao abrigo da Responsabilidade Extracontratual, pode ser demandada a própria clínica que, em qualquer das mencionadas modalidades, pode responder por atos de terceiros (seus comissários ou seus auxiliares no cumprimento), à luz do regime do art. 500.º ou art. 800.º CC.

Por último, quanto aos credores da tutela indemnizatória, abordamos a situação dos beneficiários e dos nascidos que, a par do regime geral da Responsabilidade Civil, conhecem um tipo específico de ações, denominadas de *wrongful actions* que, quando intentadas pelos nascidos apresentam dificuldades de operacionalização prática que afasta a sua aplicação.

Deste modo, cremos que o regime da Responsabilidade Civil, tal qual o conhecemos hoje, é apto a dar resposta às questões no âmbito da PMA. Em todo o caso, não seria despicienda a inclusão de um conjunto de normas na LPMA que viesse esclarecer algumas destas questões.

VI. Bibliografia Citada

ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Contratos I: conceito, fontes, formação*. 6.^a ed. reimp. 2020. Coimbra, Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7029-2.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Os contratos civis de prestação de serviço médico. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 75 e ss.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de - *Teoria Geral das obrigações I*. Coimbra, Almedina, 1958.

ASCENSÃO, José de Oliveira - A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. In *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha]. Ano 67, Vol.III, Dez 2007. [Consult. 18 Jul. 2020]. Disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol I. Coimbra, Coimbra Editora, 2000. ISBN 9789723209891.

BARROS, Alberto - Procriação Medicamente Assistida: Novos Direitos, Novos Desafios. In *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp. 7 e ss.

BARROS, Alberto - Procriação Medicamente Assistida. In *Direito da saúde: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. IV. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, pp. 107 e ss.

CABANELAS, Fernando Manuel Barroso - Responsabilidade civil nos hospitais privados. In *Lex Medicinæ*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 15, n.º 29, janeiro/junho 2018, pp. 87 e ss.

CAMPOS, Diogo Leite de - A Procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito. In *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha] Ano 66, Vol.III, Dez. 2006. [Consult. 20 Jun. 2020]. Disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-onipotencia-do-sujeito/>

CANOTILHO, Gomes; VITAL, Moreira - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.^a ed. rev. Coimbra, Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito civil VI*. 3.^a ed. Coimbra, Almedina, 2019. ISBN 9789724080796.

CORDEIRO, António Menezes - *Direito das obrigações*. Vol. I. Lisboa, AAFDL, 1994.

CORREIA, Vanessa Cardoso - Vida: Dano indemnizável? A Responsabilidade Médica nas acções por wrongful birth e wrongful life. In *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. IV. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, pp. 177 e ss.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida - *Direito das obrigações*. 12^a ed. rev. e act. Coimbra, Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-4033-2.

CRORIE, Benedita Mac - O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. In *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp. 55 e ss.

DANTAS, Eduardo - O inadimplemento do contrato de serviços médicos. In *Estudos sobre incumprimento do contrato*. 1.^a ed. Coimbra [etc.], Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1967-8, pp. 51 e ss.

DEVROEY, P. [et al] - Pregnancies after testicular sperm extraction and intracytoplasmic sperm injection in non-obstructive azzospermia. In *Human Reproduction*. [s.l], Oxford University Press. Vol.10, nº.6, 1995, pp. 1457 e ss.

DIAS, João Álvaro - *Procriação Assistida e a Responsabilidade Médica*. Coimbra, Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0734-6.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I. 2.^a ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Coimbra, Almedina, 2003. ISBN 972-40-1893-8.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago - *Direito da saúde: lições*. Lisboa, Universidade Católica, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4.

FALCÃO, Marta Filipa Geraldês - *Las Técnicas de Reproducción Asistida - especial consideración de la Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*. Salamanca, Universidade de Salamanca, 2013. Tese de doutoramento apresentada na Universidade de Salamanca.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das Obrigações - Vol. I*. 2.^a ed. Coimbra, Almedina, 2020. ISBN 9789724086538.

FRADA, Manuel A. Carneiro da - A proteção Juscivil da vida Pré-natal – Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, Ano 70, Vol. I/IV, Jan-Dez. 2010, pp. 299 e ss.

FRADA, Manuel A. Carneiro da - *Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso*. Reimp. Coimbra, Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2758-6.

FRADA, Manuel A. Carneiro da - A própria vida como um dano? – dimensões civis e constitucionais de uma questão limite. In *Revista da Ordem dos Advogados*. [Em linha] Ano 68, Vol. I. 2008 [Consult. 15 Jun. 2020] Disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>

FRADA, Manuel A. Carneiro da - *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil: o problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra, Almedina, 1997. ISBN 972-40-1048-1.

FRAGATA, José; MARTINS, Luís - *O Erro em Medicina (Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade)*. Coimbra, Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5618-0.

FRATI, Paola [et al.] - Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies. In *Human Reproduction Update* [S.l.] Oxford University Press. Vol. 23, n.º 3, Maio-Junho 2017, pp. 338 e ss.

GALHARDO, Ana; GOUVEIA, José Pinto; CUNHA, Marina - *Escala de Preocupações durante a Procriação Medicamente Assistida: Estudo exploratório das características psicométricas da versão portuguesa*. [Em linha]. [S.l.], Laboratório de Psicologia, 2012. [Consult. 22 Dez. 2019]. Disponível em <http://publicacoes.ispa.pt/publicacoes/index.php/lp/article/view/621>. ISBN 1646-6004.

GOMES, Carlos Costa - *Comentário aos Projetos de lei para alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a Procriação Medicamente Assistida*. [Em linha]. Lisboa, 2016. [Consult. 07 Jan. 2020]. Disponível <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5a6a4e54526a4d7a41784c57517a4d6d51744e4745334d4330354d4745324c5759325a4749305a5459334d6d55324d7935775a47593d&fich=6c54c301-d32d-4a70-90a6-f6db4e672e63.pdf&Inline=true>

GONÇALVES, Carla - *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

GOUVEIA, Fátima Dalina Gomes - Implicações bioéticas sobre procriação medicamente assistida. In *Revista de Enfermagem* [Em linha]. Vol. 2, n.º. 12, 2010, pp. 105 e ss [Consult. 24 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=388239959005>. ISSN 0874-0283.

GRALHEIRO, João Carlos - *O ato médico é uma empreitada?* [Em linha] [S.l.]. [Consult. 11 Abr. de 2020]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Babf960a0-9079-4ea6-8655-fd8dc58f9e9c%7D.pdf>

GUIMARÃES, Raquel - 'Subitamente no verão passado': a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp.107 e ss.

HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da - *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. 2ª ed. rev. e act. Coimbra, Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8146-5.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações- Vol. III*. 13.ª ed. Coimbra, Almedina, 2019. ISBN 9789724080116.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações - Vol. I*. 15.ª ed., reimp. 2020. Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 9789724073484.

MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da

responsabilidade civil. In *Direito da saúde: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. IV. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, pp. 129 e ss.

MANSO, Luís Duarte Baptista - Responsabilidade Civil em Diagnóstico pré-Natal — O caso das acções de “Wrongful Birth”. In *Lex Medicinae*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 9, n.º 18, 2013, pp. 161 e ss.

MATOS, Filipe de Albuquerque - Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica. In *Lex Medicinae*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 11, n.º 21-22, 2014, pp. 9 e ss.

MELO, Helena Pereira de - A Selecção de Dadores de Gâmetas e o Eugenismo. In *Revista do Hospital de Crianças Maria Pia*. [S.l], Hospital de Crianças Maria Pia - Centro Hospitalar do Porto. Ano 2009, vol. XVIII, n.º 2, pp. 103 e ss.

MONGE, Cláudia - Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados. In *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*. Lisboa, ICJP, 2014. ISBN 978-989-8722-03-4, pp. 6 e ss.

MONTEIRO, António Pinto - *Cláusulas Limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Reimp 2020. Coimbra, Almedina, 2011. ISBN 9789724019192.

NETO, Maria Luísa Alves da Silva - O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp. 83 e ss.

NETO, Maria Luísa Alves da Silva - A actividade médica e o direito. In *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra, Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1041-X, pp. 881 e ss.

NUNES, Rui; MELO, Helena - *Relatório/ Parecer N.º P/03/APB/05 sobre a Procriação Medicamente Assistida*. [S.l], Associação Portuguesa de Bioética, 2005.

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira - *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723218749.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa. In *Responsabilidade civil dos médicos: integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9, pp. 127 e ss.

OTERO, Paulo - *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um Perfil constitucional da bioética*. Coimbra, Almedina, 1999. ISBN 972-40-1244-1.

PEDRO, Rute Teixeira - Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp. 149 e ss.

PEDRO, Rute Teixeira - Um “admirável mundo novo” em Portugal? Reflexão sobre a reforma de 2016 ao regime jurídico da procriação medicamente assistida. *In II Congresso Internacional de Biodireito & Desenvolvimento tecnológico: A Interface Entre o Direito e a Medicina*. [S.l], Editora Café com Leite, 2017. ISBN 978-85-69415-07-7, pp. 88 e ss.

PEDRO, Rute Teixeira - *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3.

PEDRO, Rute Teixeira - *Da tutela do doente lesado: breves reflexões*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - “Filhos de Pai Anónimo no Século XXI!”. *In Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp. 41 e ss.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1247-1.

PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família Contemporâneo*. 7.^a ed.. Coimbra, Gestlegal, 2020. ISBN 978-989-8951-44-1.

PINHEIRO, Jorge Duarte - Mãe Portadora. A problemática da maternidade de substituição. *In Estudos de Direito da Bioética*. Vol. II. Coimbra, Almedina, 2008. ISBN 9789724031415, pp. 323 e ss.

PINHEIRO, Jorge Duarte - Procriação Medicamente Assistida. *In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Vol. I. Coimbra, Almedina, 2005. ISBN 9789724026107, pp. 753 e ss.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a edição, reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723221022.

RAPOSO, Vera Lúcia - “A Parte Gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contrato e contratos de gestação”. *In Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp. 169 e ss.

RAPOSO, Vera Lúcia - Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). *In Revista do Ministério Público*. Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. N.º 149, Ano 38, Janeiro/Março 2017, pp. 9 e ss.

RAPOSO, Vera Lúcia - *Direito à Imortalidade: o exercício de direito reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra, Almedina, 2014. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011. ISBN 978-972-40-5194-9.

RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*. Coimbra, Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4936-6.

RIBEIRO, Ricardo Lucas - *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010. ISBN 978-972-32-1790-2.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal: estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*. Coimbra, Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5158-1.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente. In *DataVenía Revista Jurídica Digital* [Em linha] Ano 1, n.º 1, Julho-Dezembro 2012, pp. 5 e ss. [consult.12 mar. 2020]. Disponível em http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf. ISSN 2182-6242

SALES, Ana Amélia Ribeiro - O Incumprimento dos Contratos de Doação de Gameta. In *Estudos sobre incumprimento do contrato*. 1.ª ed. Coimbra [etc.], Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1967-8, pp. 77 e ss.

SANTOS, Agostinho de Almeida; RENAUD, Michel; CABRAL, Rita Amaral - *Relatório Procriação Medicamente Assistida*. [Em linha]. [S.l.], Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2004. [Consult. 22 Dez. 2019]. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva - Controle do material genético doado e destino dos embriões excedentários na reprodução assistida: Reflexos no direito de família e das sucessões. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. ISBN 978-989-746-154-5, pp. 9 e ss.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva - *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo, Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09115-3.

SILVA, João Calvão da - *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2.ª ed. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

SILVA, João Calvão da - *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, Almedina, 1990. ISBN 9789724004778.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta - *A lei da procriação medicamente assistida anotada*. 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, ISBN 978-972-32-1905-0.

STEIRTEGHEM, A. C. Van [et al.] - High fertilization and implantation rates after intracytoplasmic sperm injection. In *Human Reproduction*. [s.l.], Oxford University Press, Vol.8, nº 7, 1993, pp. 1061 e ss.

VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral - Vol.I*. 10ª ed., reimp. 2020. Coimbra, Almedina, 2017. ISBN 9789724013893.

VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral - Vol.II*. 7ª ed., reimp. 2020. Coimbra, Almedina, 2017. ISBN 9789724010403.

VASCONCELOS, Pais de - *Contratos atípicos*. Coimbra, Almedina, 1995. ISBN 972-40-0851-7.

XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias - A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão Bioética. In *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, Asociación Xuristas en Acción. ISSN 2340-860X. Nº 9, 2018, pp. 497 e ss.

ZEGGER-HOCHSILD, Fernando [et. al] - The ICMART Glossary on Art Terminology. In *Human Reproduction* [Em linha] Vol.21, nº.8, 2006, pp. 1968 e ss. [Consult. 05 Jan. 2020]. Disponível em <https://academic.oup.com/humrep/article/21/8/1968/2938650>.

Outras referências utilizadas:

CARVALHO, João Luís Silva; SANTOS, Ana - *Estudo AFRODITE – Caracterização da Infertilidade em Portugal* [Em linha]. Porto, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2009 [Consult. 24 Dez. 2019]. Disponível em static.publico.pt/docs/sociedade/AfroditeInfertilidade.pdf.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - *Parecer do CNECV Sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição*. [S.l], Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida, 2012.

Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida - *Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de PMA* [Em linha]. [S.l], Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, 2008, actual. Julho 2013. [consult. 23 Ago. 2020], Disponível em <https://www.saudereprodutiva.dgs.pt/ficheiros-de-upload-diversos/requisitos-e-parametros-de-funcionamento-dos-centros-de-pma-pdf.aspx>

Direção-Geral da Saúde – *Conduta em Infertilidade para os Cuidados de Saúde Primários*. Lisboa, Direção-Geral da Saúde, 2008, ISBN 978-972-675-186-1.

Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción. [Em linha]. Madrid, Adalia, 2007. [Consult. 24 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/completo.pdf>. ISBN 978-84-93-5464-1-0.

Parlamento Europeu, Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos - *Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética e da fecundação artificial humana*. Luxemburgo, Serviços das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990. ISBN 92-823-0210-5.