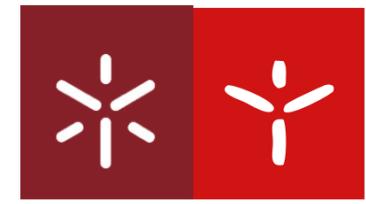


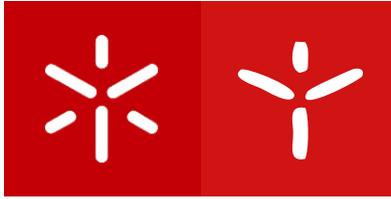


Tânia Filipa Oliveira da Cunha

**Regime Jurídico e Aspetos Sucessórios da
Procriação Medicamentemente Assistida
Homóloga *Post Mortem***

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho

Escola de Direito

Tânia Filipa Oliveira da Cunha

**Regime Jurídico e Aspetos Sucessórios da
Procriação Medicamente Assistida
Homóloga *Post Mortem***

Tese de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Cristina Araújo Dias

DECLARAÇÃO

Nome: Tânia Filipa Oliveira da Cunha

Endereço eletrónico: pg28626@uminho.pt

Telefone: +351 911927290

Número do Bilhete de Identidade: 14175255

Título dissertação /tese: REGIME JURÍDICO E ASPETOS SUCESSÓRIOS DA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Orientadora: Professora Doutora CRISTINA ARAÚJO DIAS

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado ou do Ramo de Conhecimento do Doutoramento: Mestrado em
Direito das Crianças, Família e Sucessões

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE/TRABALHO, APENAS
PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO
INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___/___/____

Assinatura:

Tânia Filipa Oliveira da Cunha

2016

AGRADECIMENTOS

A concretização deste estudo só foi possível porque tive a sorte de encontrar pessoas no meu caminho que me deram o apoio e incentivo que precisava e a quem devo, neste momento, prestar a minha gratidão e reconhecimento.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais e irmã por todo o apoio e esforço prestado estes anos para que pudesse concretizar os meus sonhos. Obrigada por estarem sempre presentes e por todo o amor que me dão.

Em especial, agradeço ao meu companheiro Tiago Barbosa por toda a dedicação e incentivo que me proporcionou ao longo destes anos. Muito obrigada por todo o amor, atenção, carinho, paciência e, acima de tudo, por acreditar que eu era capaz de conseguir realizar todas as etapas que a vida me propunha. Agradeço por nunca me ter deixado desistir e ter acreditado no meu potencial.

Agradeço, ainda, a alguns familiares que durante a minha jornada demonstraram orgulho e apoio nas escolhas que fiz para a minha vida. Ao avô António, à avó Olimpia e à avó Palmira dedico todo o meu amor. Ao avô Joaquim, fica a saudade e o desejo de poder estar cá para celebrar mais uma etapa concretizada.

Aos amigos, por mesmo estar longe e muitas das vezes ausente de momentos importantes. Um muito obrigado a André Linhares, Bruno Silva, Daniela Nogueira, Maria Terroso, Maria Lobo, Mónica Cabral, Sara Ramôa, Simão Rodrigues e aos vizinhos Bruno Barros e Helena Azevedo.

Agradeço a Coimbra pelos quatros anos de vivência e ensino que me proporcionou. Aos excelentes docentes, principalmente a Excelentíssima Doutora Professora Sandra Passinhas, pela fonte de conhecimento e vontade ensinar.

Agradeço, também, a Excelentíssima Doutora Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho Cristina Araújo Dias, que muito me aconselhou e ensinou nestes dois anos de mestrado e, principalmente, por me ter aceitado orientar neste projeto. Sem ela nada disto seria possível.

A Braga, à Universidade do Minho, agradeço por estes dois últimos anos me ter tornado mais humana e cada vez mais ligada ao ramo do Direito da Família. Sem excelentes docentes e convidados nenhuma tese seria concretizada.

*“A mais profunda raiz do fracasso em nossas vidas é pensar,
'Como sou inútil e fraco'. É essencial pensar poderosa e
firmemente, 'Eu consigo', sem ostentação ou preocupação.”*

DALAI LAMA

RESUMO

O trabalho desenvolvido tem como objetivo analisar o regime jurídico da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem*. Sendo assim, o estudo se divide numa primeira parte que trata a procriação medicamente assistida, sua admissibilidade, os beneficiários das técnicas de PMA e o tratamento dado pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com uma apreciação sobre a necessidade ou não de regulamentação legal e aspetos jurídicos. A segunda parte do estudo centra-se sobre a problemática decorrente da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem* e todas as implicações ligadas à técnica, como por exemplo a questão do estatuto jurídico do embrião humano e o destino dos embriões excedentários. A terceira e última parte do presente trabalho desenvolve os aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem*, analisando-se a vocação sucessória, dando relevo para a titularidade de uma designação prevalente e para o pressuposto de existência da pessoa que sucederá ao autor da herança, de forma a determinar a tutela sucessória da pessoa gerada após a morte daquele que forneceu o material genético e contribuiu para a sua formação e nascimento através de um projeto parental.

Assim, a evolução da ciência coadjuvada com os avanços tecnológicos e científicos permitiu à sociedade o acesso à procriação medicamente assistida para os casos em que a procriação de forma natural se mostra impossível de alcançar. Porém, a legislação atual não é capaz de responder a questões importantes confrontadas com a realidade presente, como é o caso da problemática do reconhecimento de efeitos legais de filiação do novo ser em relação ao beneficiário da técnica de PMA. Enquanto ser humano é digno de tutela jurídica e merece o respeito e a igualdade que a lei permite.

Estas questões são cruciais para a vida futura do nascituro, desde logo nos seus direitos sucessórios.

Palavras-chave: P.M.A. • Admissibilidade • Beneficiários • Regulamentação Legal • P.M.A. *Post Mortem* • Embrião • Embriões excedentários • Direito Sucessório • Vocação sucessória • Titularidade de uma designação prevalente • Tutela sucessória • Filiação • Nascituro • Conceção

ABSTRACT

The work aims to analyze the legal framework for medically assisted procreation homologous post mortem. Thus, the study is divided in a first part dealing with medically assisted procreation, its admissibility, the beneficiaries of PMA and the treatment given by Law No. 32/2006 of 26 July, with an assessment of the need or not for legal regulations and legal aspects. The second part of the study focuses on the problems resulting from medically assisted procreation homologous post mortem and the implications linked to the technique, such as the question of the legal status of the human embryo and the fate of surplus embryos. The third and final part of this work develops the succession aspects of assisted homologous procreation post mortem, analyzing the succession vocation, paying attention to the ownership of a prevalent designation and the person's existence assumption to succeed the author heritage in order to determine the succession conservancy generated person after the death of the one who provided the genetic material and contributed to its formation and birth through a parental project.

Thus, the evolution of science assisted with the scientific and technological advances allowed the company access to medically assisted procreation for cases where procreation naturally proves impossible to achieve. However, the current legislation is not able to answer important questions facing this reality, as is the case of the recognition of legal effects issue of new born filiation in relation to the beneficiary of the PMA technique. As a human being is worthy of legal protection and deserves the respect and equality that the law allows.

These issues are crucial for the future life of the unborn child, immediately in their inheritance.

Keywords: P.M.A. • Permissible • Beneficiaries • Legal Regulation • P.M.A. Post Mortem • Embryo • Surplus Embryos • Inheritance Law • Succession Vocation • Ownership of prevalent designation • Succession Trusteeship • Filiation • • Unborn Conception

ÍNDICE GERAL

SIGLAS E ABREVIATURAS	c
INTRODUÇÃO.....	e
CAPITULO I.....	1
A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....	1
2. A Procriação Medicamente Assistida (PMA)	1
2.1. Linhas introdutórias	1
2.2. Técnicas reprodutivas	3
2.3. Direito reprodutivo como um direito fundamental	8
2.4. A admissibilidade das técnicas de PMA	12
2.5. Os beneficiários das técnicas	15
 CAPITULO II	 23
A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	23
1. Aspectos jurídicos da PMA post mortem	23
1.1. Enquadramento Jurídico	23
2. A admissibilidade da inseminação ou FIV post mortem.....	24
2.1. O enquadramento na doutrina e na lei	27
2.2. Alguns casos relacionados com a inseminação <i>post mortem</i>	29
3. A transferência do embrião criopreservado <i>post mortem</i>	32
3.1. Estatuto jurídico do embrião humano	35
3.2. O destino dos embriões excedentários: Os casos RIOS, DAVIS V. DAVIS e EVANS	37
3.3. O poder de decisão sobre o destino dos embriões excedentários	42
3.4. A criopreservação dos embriões excedentários	51
3.5. A destruição dos embriões	52
3.6. O enquadramento legal e doutrinal da questão	54

CAPITULO III.....	56
ASPETOS SUCESSÓRIOS DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>.....	56
1. A PMA <i>post mortem</i> no Direito das Sucessões.....	56
2. A Vocação Sucessória.....	58
2.1. A titularidade pelo chamado da designação sucessória prevalente no momento da morte	60
2.2. A existência do chamado	61
2.2.1. A vocação dos nascituros.....	66
2.2.2. A vocação dos concepturos.....	69
2.3. A capacidade sucessória	72
3. A tutela sucessória da pessoa nascida mediante Procriação Medicamente Assistida homóloga <i>post mortem</i>	73
3.1. A filiação derivada da Procriação Medicamente Assistida <i>post mortem</i>	75
3.1.1. O consentimento	77
3.1.1.1 O Registo Civil da pessoa nascida mediante PMA <i>post mortem</i>	77
3.1.2. A sucessão da pessoa nascida mediante inseminação artificial <i>post mortem</i>	89
3.1.3. A sucessão da pessoa nascida mediante transferência <i>post mortem</i> de embrião	91
4. A petição da herança	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	i
JURISPRUDÊNCIAS.....	xvi

ANEXOS.....

ANEXO I - Lei n.º 32/2006

Recentes alterações: Lei n.º 17/2016, de 20 de junho no âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA.

Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto que regula o acesso à gestação de substituição.

ANEXO II - Parecer n.º 44/CNECV/04

ANEXO III – Modelo de consentimento informado

Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides.

SIGLAS E ABREVIATURAS

As abreviaturas utilizadas no texto são as seguintes, em ordem alfabética:

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

Al. – Alínea

Art(s). – Artigos

CC – Código Civil português

Cfr. – Confrontar

Cit. – Citado

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

Coord. – Coordenação

Constituição Brasileira – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal português

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGPI – Diagnóstico Genético Pré-Implantação

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

Ed. – Edição

FIV – Fecundação *in vitro*

GIFT – *Gamete Intra Fallopian Transfer* (Transferência Intratubária de Gametas)

HFEA – Human Fertilization and Embriology Act

IA – Inseminação Artificial

Ibidem – referência a um mesmo autor e obra, porém página(s) diversa(s)

ICSI – *Intracytoplasmic Sperm Injection* (Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide)

Idem – referência a um mesmo autor, obras e páginas

Lei da PMA – Lei n.º 32/2006

N.º(s) – Número(s)

Ob. cit. – Obra citada

Org. – Organização

P(p.). – Página(s)

PMA – Procriação Medicamente Assistida

Ss. – Seguintes

SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

T. – Tomo

TC – Tribunal Constitucional

Trad. – Tradução

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

ZIFT – *Zygote Intra Fallopian Transfer* (Transferência Intratubária de
Zigotos)

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem-se verificado um desenvolvimento avançado da medicina e, mais vincadamente nos dias que correm, é notório o crescente incentivo à discussão sobre métodos de tratamento da esterilidade e sobre as novas técnicas de procriação medicamente assistidas.

Trinta e três é o número de anos em que se fala destas técnicas e a esperança alcançada por muitos casais com dificuldades de conseguir a gravidez desejada. Por isso mesmo, desde o seu surgimento já nasceram cerca de 4 milhões de crianças para felicidade dos casais que ansiavam por um filho. No entanto, os procedimentos que estão associados despoletam questões de extrema complexidade¹ que merecem a sua análise.

Um dos temas que merece maior atenção é o da procriação medicamente assistida *post mortem*. Desta forma, imaginemos que o casal Ana e Bruno procura um centro especializado em procriação medicamente assistida e, por algum motivo, não iniciaram os procedimentos inerentes à procriação. Supondo que tivessem feito a coleta e armazenamento do sémen do marido para ulterior fecundação nos ovócitos da esposa; ou, ainda que, feita *in vitro* essa fecundação, nem todos os embriões formados pudessem ser transferidos para o útero de Ana, congelando-se e conservando-se alguns para a eventualidade de nova tentativa posterior. A questão ou entrave surge quando o marido de Ana vem a falecer antes que o sémen ou que os ovócitos já fecundados fossem implantados no útero de Ana. Seria possível a viúva, Ana, solicitar a amostra de sémen para fertilização dos seus ovócitos ou solicitar os embriões decorrentes da fertilização *in vitro* para implantar em seu útero? Qual seria a relação da pessoa que vier a nascer com aquele que forneceu o material genético para a conceção e qual o fenómeno sucessório despoletado com o nascimento da mesma? E se aquando a solicitação de transferência, Ana estivesse casada com outro homem? Qual seria a situação da pessoa que viesse a nascer, em termos sucessórios, relativamente com o *de cujus*? Seria possível verificar algum vínculo deste com a criança? E como seria afetado este novo ser enquadrado nesta situação?

¹ PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação Complementar)*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, 2011, p. 5.

Para solução das diversas questões, e visto que o tema já era acompanhado um pouco por todo o mundo, foi necessário a criação de uma lei avulsa que só foi aprovada em 2006 (Lei N.º 32/2006, de 26 de julho) para regulação das técnicas de procriação medicamente assistidas.

Portugal, à semelhança das restantes legislações dos outros Estados, tem um longo caminho a percorrer no que se trata de interpretação e adaptação da lei á prática da medicina². A Lei N.º 32/2006, de 26 de julho autoriza a transferência *post mortem* de embriões criopreservados, mas veda o uso do sémen criopreservado após a morte de quem o segregou. Na primeira situação, a lei não faz referência quanto aos efeitos paterno-filiais e sucessórios, todavia na segunda situação reconhece efeitos filiatórios à criança que vier a nascer, mas não se ocupa dos efeitos sucessórios.

Nesse sentido, vem esta dissertação refletir as principais questões acerca da procriação medicamente assistida *post mortem* homóloga, realizada com sémen proveniente do marido ou companheiro falecido, ou com embriões que se tenham formado com o seu material genético. Exclui-se como estudo desta dissertação o caso do falecimento da mulher visto que é necessário a utilização da figura da maternidade de substituição pelo marido³. Exclui-se também a modalidade heteróloga da técnica de procriação medicamente assistida em que há recurso a gâmetas de pessoa estranha ao casal.

O presente estudo divide-se em três partes: a primeira trata o âmbito geral da procriação medicamente assistida, a sua admissibilidade e o tratamento dispensado pela Lei N.º 32/2006; na segunda parte centra-se na procriação medicamente assistida homóloga *post mortem* e todas as implicações ligadas à técnica; a terceira parte desenvolve os aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem*, analisando-se a vocação sucessória e apreciando-se a tutela sucessória para a existência da pessoa gerada após a morte daquele que forneceu o material genético e contribuiu para a sua formação e nascimento através de um projeto parental.

Seguir-se-á a apresentação dos vários aspetos deste tema e uma reflexão crítica dos pontos de maior controvérsia que se suscita, nomeadamente a tutela sucessória da pessoa que vier a nascer através da técnica.

² GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspectos jurídicos da procriação assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª Edição aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 5-16.

³ O art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, relativa à Procriação Medicamente Assistida (PMA), in *D.R.*, 1ª Série, n.º 143.

Em suma, numa sociedade que se prevê mais científica e tecnológica, as novas técnicas de procriação medicamente assistidas encontram cada vez mais aderentes e o trinómio família, casal e fecundidade torna-se mais polémico na sociedade atual. Esta dissertação demonstrará a problemática em torno deste tema.

CAPITULO I

A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*

1. A Procriação Medicamente Assistida (PMA)

1.1. Linhas introdutórias

A procriação ou o direito fundamental de «constituir família»⁴ é um dos direitos juridicamente reconhecidos. Reconhecida como o desejo ou necessidade de preservação da espécie encontra-se ligada aos ideais de continuidade do ser humano desde a antiguidade.

Historicamente e inconscientemente, surgiram dilemas controversos ligados à procriação medicamente assistida. De acordo com a mitologia grega, ZEUS por “inseminação” engravidou DANAE, que se encontrava enclausurada para que não pudesse dar à luz um herdeiro. Na mitologia egípcia, ISIS procura reconstituir os restos mortais de OSÍRIS para obter fecundação, ou seja, considerada atualmente a inseminação *post mortem*.

O próprio livro de Génesis já fazia alusão ao tema, onde SARAI, mulher de ABRAÃO, pediu a este que tivesse um filho com sua escrava⁵, AGAR, para que através dela também

⁴ O art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁵ “SARAI disse a ABRAÃO: - “Visto que o Senhor fez de mim uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava, Agar. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos”. AGAR teve um filho de Abraão: ISMAEL. Esta passagem do Génesis ilustra o problema da infertilidade e a utilização de uma técnica de modo a ultrapassá-la. Ainda no mesmo livro, Génesis: “Vendo RAQUEL que não dava filhos a JACOB, teve inveja de sua irmã, e disse a JACOB: Dá-me filhos, senão eu morro. Então se acendeu a ira de JACOB contra RAQUEL; e disse: Porventura estou eu no lugar de Deus que te impediu o fruto do ventre? Respondeu ela: Eis aqui minha serva Bila; recebe-a por mulher, para que ela dê à luz sobre os meus joelhos, e eu deste modo tenha filhos por ela”. (PMA – Para quê, para quem, com que custos?. Comunicação proferida pelo senhor Vice-Presidente do CNPMA, Prof. Doutor SALVADOR MASSANO CARDOSO, na conferência do CNECV “As leis da IGV e da PMA – Uma apreciação bioética, Porto, 17 de Maio de 2011, p. 1).

SARAI se tornasse mãe⁶. Posteriormente, SARAI perante uma “intervenção miraculosa” concebeu um filho a ABRÃO chamado ISAAC⁷.

Contudo, durante o século XIX, as técnicas de procriação evoluíram. Em 1953, foi possível a conservação de sémen em azoto líquido, o que resultou na criação de bancos de esperma e no desenvolvimento da técnica de fertilização *in vitro* (FIV) em 1969. Em 1978, nasceu LOUISE BROWN, a primeira criança nascida de fertilização *in vitro*, através do Doutor ROBERT EDWARDS⁸.

Denota-se que o surgimento e o percurso das técnicas de procriação assistidas foi moroso e ainda se encontram em evolução mas, representam para muitas pessoas a esperança de alcançar o filho até então desejado⁹.

A evolução das técnicas reprodutivas tem sido evidente ao longo da história por razões de perpetuação da espécie ou como realização pessoal do ser humano. Contudo, essa mesma evolução tem despertado o crescimento de conflitos tais como LOUISE

⁶ «A procriação medicamente assistida heteróloga constitui um ponto de discórdia entre várias correntes de pensamento. O catecismo da Igreja Católica chega a afirmar que “As técnicas que provocam uma dissociação de parentesco, pela intervenção de uma pessoa estranha ao casal (doação de esperma ou de óvulo, empréstimo de útero) são gravemente desonestas. Estas técnicas (inseminação e fecundidade artificiais heterólogas) lesam o direito da criança de nascer de um pai e uma mãe conhecidos dela ou ligados entre si pelo casamento. Elas traem o direito exclusivo de se tornar pai e mãe somente um através do outro”.»

Cfr. PMA – Para quê, para quem, com que custos?. Comunicação proferida pelo senhor Vice-Presidente do CNPMA, Prof. Doutor SALVADOR MASSANO CARDOSO, na conferência do CNECV “As leis da IGV e da PMA – Uma apreciação bioética, cit., p. 4.

Embora já a Bíblia lhe fizesse alusões, a maior parte dos Estados-membros da UE não permite a prática do fenómeno denominado de maternidade de substituição. Da mesma forma, a doutrina não se apresenta unânime quanto aos fenómenos a incluir na denominada maternidade de substituição. Para alguns autores, a expressão deveria ser dedicada apenas para os casos *o supra* descritos, onde uma mulher, AGAR, se comprometesse a levar até ao fim uma gravidez de um filho geneticamente seu, mas por conta de outrem, SARAI; para as situações em que a mulher emprestasse o útero, dever-se-iam usar expressões como “barriga de aluguer”, “aluguer de útero”, locação de útero”.

GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, cit., p. 26. O Autor considera que do ponto de vista jurídico, mãe é «a mulher que gera e tem o parto» e, a título pessoal, concordo com a sua posição até porque o Código Civil nos elucida na questão através do art. 1796.º, n.º 1, demonstrando que «a filiação resulta do facto do nascimento».

⁷ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3.º, n.º 6, 2006, p. 10.

⁸ JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, ob. cit., pp. 11-12.

⁹ As técnicas reprodutivas podem afastar a adoção como opção para os pais que anseiam pelo filho desejado. Talvez, pela longevidade dos processos ou pelo simples facto de poderem gerar uma criança com vínculos biológicos com um ou ambos os pais.

FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 35, no que concerne à maternidade de substituição, evidencia a possibilidade de acesso que as progenitoras inférteis têm à maternidade biológica em detrimento da possibilidade de adoção: “Negar este argumento invocando a existência da alternativa da adoção, é não apenas subestimar a importância real da ligação biológica-genética, mas também, queira-se ou não, fazer vacilar muitas normas morais e jurídicas cuja existência deriva da primazia que é expressamente reconhecida a essa ligação”.

BROWN e BABY M., demonstrando o conflito gerado entre a Religião, a Ética, o Direito, a Moral e o avanço tecnológico. Fala-se, portanto, num verdadeiro direito fundamental de procriar.

1.2. Técnicas reprodutivas

A Lei N.º 32/2006 elencou no seu art. 2.º a utilização de um conjunto variado de técnicas de procriação medicamente assistidas¹⁰, ao contrário das restantes leis europeias, que não descrevem tão exaustivamente e exemplificativamente como a lei portuguesa¹¹.

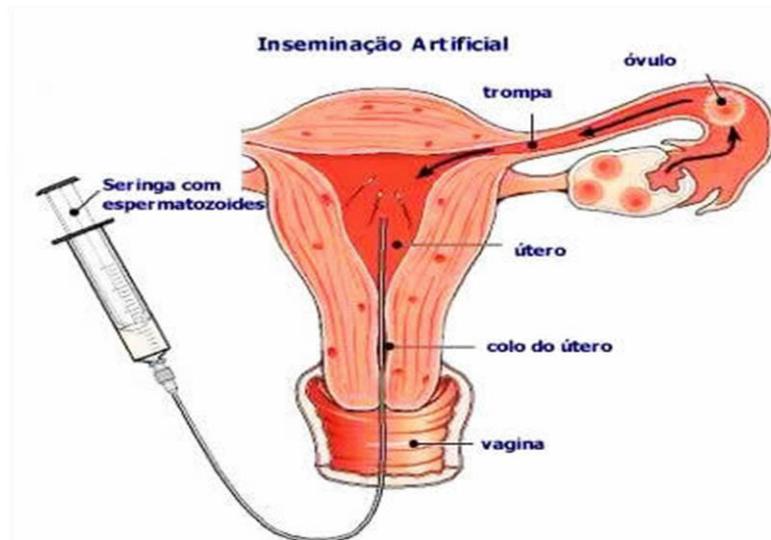
Em linhas gerais, a **inseminação artificial** consiste na introdução de esperma (proveniente do cônjuge, do convivente ou ainda de um terceiro dador) no organismo feminino (necessita da determinação do momento da ovulação da mulher), no endocolo, no interior do útero ou na própria cavidade peritoneal (introdução artificial através de cateter apropriado). Esta técnica apenas permite superar os problemas de infertilidade mais simples¹².

¹⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, “Direitos Reprodutivos”, in *Lex Medicinæ*, ano 2.º, n.º 3, 2005, pp. 117 e ss. A PMA possui um cunho subsidiário e não alternativo de procriação e, assim nem todos os que desejam ter filhos podem utilizá-la, sendo admissível apenas nos casos que verificada a infertilidade ou esterilidade ou ainda em caso de tratamento de doença grave ou de elevado risco de transmissão de doenças de ordem genética, infecciosas ou outras (art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006).

¹¹ Outros legisladores só muito mais recentemente seguiram essas pisadas, como é o caso da Itália com a proibição do DGPI, ou com a sua utilização em casos excepcionais em Espanha e na França. A lei portuguesa distingue-se das leis supra mencionadas, pela análise das técnicas que a lei visa regular e por permitir o DGPI, contrariando as práticas eugénicas de seleção de pessoas e contra clonagens reprodutivas.

J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 200.

¹² VERA LÚCIA RAPOSO, *Direitos Reprodutivos*, cit., p. 117.



¹³ Fig. 1 - Esquema representativo da Inseminação Intra-Uterina (inseminação artificial).

A fertilização *in vitro*¹⁴ ocorre dentro de um tubo de ensaio que, tal como no caso da inseminação artificial procede-se à recolha e tratamento dos espermatozoides. A mulher é submetida a um tratamento de estimulação hormonal, sendo-lhe estriados uma série de ovócitos e selecionados alguns para serem fecundados em laboratório. Esta mulher pode ser a mesma que levará a gestação do embrião ou podem ser mulheres distintas.

A injeção intracitoplasmática de espermatozoides¹⁵, popularmente chamada ICSI – sigla inglesa para *intracytoplasmic sperm injection* -, é uma modalidade da fertilização *in vitro*, apesar de se ter autonomizado da mesma. Nesta técnica, o ato de fecundação é manipulado devido ao facto do espermatozoide ser diretamente injetado no ovócito¹⁶.

A transferência de embriões, gâmetas¹⁷ (GIFT – da sigla inglesa *gamete intrafallopian transfer*) ou zigotos (ZIFT – *zigote intrafallopian transfer*) baseia-se na fecundação no corpo da mulher gestante através das trompas de Falópio. Após a

¹³ Imagem disponível no endereço eletrónico, <http://gravidezdiario.blogspot.pt/p/tratamentos.html>, 400 x 336, acesso em 22-06-2016.

¹⁴ Segundo MARCO ANTÓNIO ZANELATO, a inseminação diz-se *in vivo* pela fertilização se dar no organismo da mulher e *in vitro* quando *extra corpore* (“Fertilização artificial: efeitos jurídicos”, in *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Universidade Lusíada Editora, Porto, n.º 1-2, 2003, p. 218).

¹⁵ HELENA MARIA VIEIRA DE SÁ FIGUEIREDO, *A Procriação medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, p. 242.

¹⁶ PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação Complementar)*, cit., pp. 14-15.

¹⁷ SÍLVIA DA CUNHA FERNANDES, *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 34-35.

transferência dos embriões, gâmetas ou zigotos, o processo de fecundação ocorre de forma natural.



¹⁸ Fig. 2 - Esquema salientados as diferenças gerais entre as técnicas de PMA que exigem recolha de ovócitos.

O diagnóstico genético pré-implantação¹⁹ (DGPI) é uma técnica que permite um diagnóstico precoce das anomalias cromossômicas ou as doenças genéticas que um embrião pode ser portador e que permite evitar uma gravidez com um desfecho indesejado²⁰. É uma seleção positiva na medida em que se escolhem embriões com determinadas características genéticas e, negativa devido a excluir da implantação os que possuem características indesejadas²¹. Apesar de a lei não determinar quais as doenças

¹⁸ Imagem disponível no endereço eletrónico, http://pma_tecnicas.blogs.sapo.pt/tag/fiv, 612 × 341, acesso em 22-06-2016.

¹⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Um caso de selecção de embriões”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 1.º, n.º 1, 2007, pp.7-13.

Vale a pena diferenciar o Diagnóstico Genético Pré-Implantação da Engenharia Genética. Enquanto naquela não há qualquer alteração no código genético sendo apenas examinado o resultado da combinação do ADN dos progenitores, nesta o património genético é modificado seja retirando, alterando ou inserindo genes (LUÍS ARCHER, “Uma Tecnologia nas Fronteiras do Humano”, in *Centro de Estudos de Bio-Ética, Genética e Pessoa Humana*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1991, pp. 5-18.

²⁰ A deteção é efetuada antes da transferência uterina dos embriões.

²¹ Esta prática é criticada visto que da mesma forma que o método previne doenças consideradas hereditárias, pode conduzir à pré-selecção de seres humanos com determinadas características. Pode assim, uma criança ser selecionada pelas razões erradas e tornar-se uma mercadoria e, seguidamente um produto para satisfação de interesses de terceiros, sejam progenitores, governantes ou políticos. Por este motivo o DGPI não é possível em todos os casos de transferência embrionária por meio de técnicas de PMA, mas apenas para os casos de prevenção de doença grave de pessoas provenientes de famílias com alterações cromossômicas que causem morte precoce e quando exista risco elevado de transmissão à descendência (art. 29.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 32/2006). A intenção do legislador é evitar uma gravidez que pode não chegar a termo pela inviabilidade do feto ou evitar o nascimento de uma criança que pode falecer com pouco tempo de vida. Para VERA LÚCIA RAPOSO estamos no risco de no lugar de se ter “uma sociedade que tenta lidar com as diferenças e as especificidade de cada um” ter-se “uma sociedade a etiquetar de

que o DGPI deve atuar, só se deve operar perante um elevado risco de transmissão ou necessidade de tratamento de doença grave, devendo serem consideradas as recomendações do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que possui competência para definir o critério de aferição de doença ou anomalia grave (art. 28.º, n.º 3, e art. 30.º, n.º 2, al. f)).

O DGPI também será admitido quando houver necessidade de obter grupo HLA (da sigla inglesa *Human Leukocyte Antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave de terceiro, desde que previamente deliberado pelo CNPMA²² (art. 30.º, n.º 2, al. q)). A lei abre assim exceção para o caso de seleção de embrião com a finalidade de gerar um ser compatível que forneça células estaminais, linfócitos, medula óssea ou órgãos, para tratar um irmão que padeça de uma doença grave a qual não se encontra dador compatível²³.

Esta situação gera discussões. Por um lado, temos aqueles que negam o procedimento por considerarem que se está perante uma verdadeira instrumentalização do filho concebido e renegação do mesmo por ter nascido não por livre vontade e amor dos pais; por outro lado, temos o legislador que parece concordar que um nascimento de um irmão como finalidade de cura do outro é uma atitude de sacrifício e de heroísmo. Qualquer que seja a posição é difícil de defender, cada caso é um caso, nem todos os seres humanos são aptos para ser pais e o egoísmo por vezes fala mais alto²⁴.

'doentes' todos aqueles que são diferentes, e a impor-lhes uma cura que os torne semelhantes aos demais" (VERA LÚCIA RAPOSO, "em nome do pai (...da mãe, ou dos dois pais, e das duas mães) – Análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006", in *Lex Medicinæ*, ano 4.º, n.º 7, 2007, p. 61). É de salientar que o DGPI é permitido para a escolha do sexo quando se estiver perante uma doença ligada à escolha do sexo, ou seja, perante doenças em que a transmissão só ocorre ao homem ou à mulher (art. 28.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006).

Um dos problemas que se coloca é o de definir doença "grave" com aplicação do art. 142.º, n.º 1, alínea c) do Código Penal. Neste artigo, exclui-se a punibilidade do aborto eugénico quando "*houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou mal formação congénita (...)*" (MARIA TERESA BELEZA, "Prefácio" in JOSÉ MAGALHÃES, "Penalizar ou Despenalizar o aborto? Elementos de reflexão", Lisboa: Quetzal Editores, 1998, p. 9 e ss).

²² O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) é a entidade que, de acordo com as atribuições e competências que lhe são conferidas no n.º 2, do art. 30.º, da Lei n.º 32/2006, tem uma ampla função orientadora e fiscalizadora das práticas e técnicas de PMA. O CNPMA no que concerne à função de orientadora será a entidade de coordenação das políticas de PMA (Cfr. arts. 30.º, n.º 3, e 33.º, do referido diploma); à função de fiscalização, o CNPMA será uma entidade de garantia das disposições legais e constitucionais aplicáveis às práticas de PMA.

²³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA/ VERA LÚCIA RAPOSO, "Primeiras notas sobre a Lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)", in *Lex Medicinæ*, ano 3.º, n.º 6, 2006, p. 94.

²⁴ A DGPI ainda é possível em outro tipo de doenças: são aquelas que cumulativamente é possível prevenir o risco de transmissão através do recurso a uma técnicas de PMA, ser grave e não ser possível obter a prevenção do risco ou cura por outro método clínico.

A presente lei²⁵ também enuncia outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. O legislador português optou pela utilização de uma expressão aberta e indeterminada em contraste com a anterior escolha de elencar as técnicas legisladas.

Em função do uso de gâmetas, a procriação medicamente assistida pode designar-se homóloga e/ou heteróloga. No primeiro caso a fecundação é realizada com espermatozoides do marido ou companheiro e com o ovócito da própria mulher que recorreu à reprodução artificial, quer sejam duas pessoas casadas ou que vivam em união de facto. No segundo caso, em vez de pertencer aos gâmetas de um dos cônjuges ou da pessoa que viva em união de facto, o material genético utilizado na PMA provém de terceiro, um dador (a) estranho(a) ao casal.

Alguns autores²⁶ ainda criticam a utilização da procriação medicamente assistida heteróloga em Portugal²⁷. Acreditam que por existir uma pessoa estranha que quebra a intimidade do casal e a harmonia da unidade familiar; por haver uma quebra do vínculo genético, por um ou ambos os progenitores, a aceitação da filiação pode ser mais

Ver Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 03 de Março de 2009, in *Diário da República*, n.º 64, Série II, pp. 12452 ss. Os Recorrentes que alegavam a inconstitucionalidade da norma impugnaram a amplitude que a lei deixa em aberto (nomeadamente a permissão da escolha do sexo da criança), aceitando a eliminação do risco de transmissão de outras doenças não tipificadas, sejam genéticas ou infecciosas. O Tribunal Constitucional não compartilhou esse entendimento considerando que o art. 4.º consagra o princípio da subsidiariedade em sentido amplo, excluindo a possibilidade de escolha do sexo ou de escolha de quaisquer outras características do nascituro que não estejam diretamente relacionadas com a prevenção da doença. Logo, as “*outras doenças*” a que a norma se refere são aquelas que se venha a verificar ser possível prevenir o risco de transmissão através do recurso a uma técnica de PMA; as doenças graves, mesmo não genéticas ou infecciosas; e, a prevenção do risco para estas doenças.

O Tribunal Constitucional reporta para artigos da Lei que delimitam a norma. O art. 7.º, n.º 2 menciona que «[a]s técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo» e, o n.º 3 da mesma norma dispõe que «*exceptuam-se do disposto do número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave*».

Identicamente, o art. 29.º ao referir-se ao DGPI, prevê a sua utilização apenas em benefício de «*pessoas provenientes de famílias com alterações que causem morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência*».

²⁵ A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto que procedeu à terceira alteração à Lei da Procriação Medicamente Assistida regula o acesso à gestação de substituição. No presente artigo encontramos o n.º 2 que explica que para além das presentes técnicas, a lei também se aplica às situações de gestação de substituição previstas no art. 8.º.

²⁶ Como VERA LÚCIA RAPOSO afirma, o anseio dos pais de terem filhos juridicamente reconhecidos, por força da lei ou por sentença judicial, muitas das vezes não é satisfeito através da adoção mas do facto de os pais estarem vinculados biologicamente aos filhos (VERA LÚCIA RAPOSO, *Direitos Reprodutivos*, cit., p. 112).

²⁷ A PMA heteróloga é proibida em alguns países como Itália, de acordo com o disposto no art. 4º, n.º 3, da Lei n.º 40, de Fevereiro de 2004.

permissiva²⁸; e, por não aceitarem a existência de terceiro²⁹, muitas das vezes a adoção torna-se mais simples e reparador das questões de carência social³⁰.

A realidade é que, apesar dos críticos, a Lei n.º 32/2006 prevê duas modalidades de PMA, quando admite, nos termos do art. 10.º, a possibilidade de os casais se reproduzirem por meio de dadores. No entanto, a procriação medicamente assistida heteróloga só pode acontecer quando subsidiariamente à homóloga, ou seja, a procriação heteróloga só deve avançar/ser permitida quando a procriação homóloga não for possível, quando implicar elevados riscos de saúde ao casal ou ao nascituro ou os conhecimentos científicos disponíveis não sejam eficazes.

Estas duas formas de reprodução destacam temas problemáticos. No que concerne é procriação homóloga destaca-se a problemática da inseminação ou transferência de embriões *post mortem* do marido e o destino dos embriões excedentários. Na procriação heteróloga, além das dificuldades existentes na reprodução homóloga, destaca-se a questão da filiação, do anonimato do dador, o uso da maternidade de substituição e da gratuidade da dádiva de gâmetas.

1.3. Direito reprodutivo como um direito fundamental

O Mundo é feito de pessoas e para pessoas. Constantemente se assiste a uniões de pessoas com a finalidade do desejo de procriar, associado a uma realização pessoal e ao afastamento da solidão. Por estas razões, entende o Professor DIOGO LEITE DE CAMPOS³¹

²⁸ Muitas das vezes o sentimento de culpa ou de incapacidade de gerar filhos apenas por um dos progenitores pode causar entrave a uma relação de proximidade com a criança e com o outro progenitor.

²⁹ Em contraposição do argumento que a existência do dador (a) possa destruir a relação do casal, em muitos casos o terceiro pode ter a posição positiva, de união familiar do casal. Ter um filho é dos desejos que muitos dos casais anseiam e a frustração e sofrimento por não o conseguirem alcançar leva, muitas das vezes, ao divórcio. Não sendo, portanto, estranha ao direito a sua intervenção, o ordenamento jurídico português prevê muitos diversos dispositivos em que o terceiro interfere: o art. 1839.º, n.º 3, do Código Civil que regulamenta a adoção singular do filho do cônjuge; o art. 1883.º do Código Civil, que possibilita ao filho de apenas um dos cônjuges viver no lar conjugal.

A existência de um terceiro não é o facto de ser um ser estranho ao casal, mas apenas reconhecer que o filho não está biologicamente vinculado ao casal. Negar isso e invocar a adoção, que apenas reconhece juridicamente os filhos, seria não apenas subestimar a *“importância real da ligação biológica-genética, mas fazer vacilar muitas normas morais e jurídicas cuja existência deriva da primazia que é expressamente reconhecida a essa ligação”* (FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, cit., p. 35).

³⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Procriação Assistida e Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra: Almedina, 2000, Vol. I, p. 649.

³¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Procriação Medicamente Assistida heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito*, (Separata de Estudos de Direito da Bioética), Coimbra, 2008, p. 85.

que o direito de procriar se encara como uma necessidade fundamental de muitos seres humanos e justifica-se a configuração do direito reprodutivo como um direito fundamental³². Assim, o direito fundamental de «constituir família» é um direito juridicamente reconhecido³³, um direito de estabelecer relações, inclusive a de filiação³⁴. A questão que se coloca e que nos interessa é a de saber o enquadramento do direito de reproduzir em relação à procriação medicamente assistida.

Legislar sobre PMA torna-se uma tarefa extremamente complicada tendo em conta que na altura da sua elaboração a situação era distinta. Os avanços tecnológicos, os casos judiciais mediáticos e os debates de imprensa fazem com que seja necessária uma nova interpretação da lei, para que esta não se torne obsoleta e desadequada³⁵. Porém, muitas das situações, devido à inexistência ou insuficiência de normas que regulem a PMA, a resposta não se encontra no ordenamento jurídico sendo necessária a solução, em último recurso, nos tribunais.

Não há convergência quanto à necessidade de uma regulamentação legal. Todavia, este direito de procriar comporta duas dimensões distintas. Por um lado, todos têm direito a reproduzir sem interferência de ninguém enquanto o outro lado pressupõe um direito à assistência na reprodução³⁶.

A doutrina majoritária entende que o Estado não deve intervir na área que cabe à escolha dos cidadãos no contexto da reserva da intimidade da vida familiar³⁷, mas a

³² Tem sido discutida a extensão que deve dar-se ao reconhecimento da união de facto em face do art. 36º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

³³ O direito a constituir família não é absoluto, estando sujeito a limitações de acordo com o artigo 18º, n.º 2 e 3, da lei fundamental (PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil Constitucional da Bioética*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 19 e ss).

³⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 209.

³⁵ A norma deve ser entendida como um direito de utilização dos meios científicos à procriação. Desta forma e em concordância com o posicionamento de GUILHERME DE OLIVEIRA, o preceito não foi elaborado como fim de garantia ao acesso do recurso às novas tecnologias, mas nada exclui a sua aplicação (GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 49.º, Vol. III, 1989, p. 768). Em posição contrária, AUGUSTO LOPES CARDOSO refere que o direito fundamental de «constituir família», aplicado às técnicas de PMA, iria contra o *status* da sociedade conjugal, que integra “a integração psico-física do homem e da mulher e, assim, à continuidade da família que resulta da procriação, integração não conseguida com práticas diversas da relação sexual física” (AUGUSTO LOPES CARDOSO, “Procriação Humana Assistida: Alguns Aspectos Jurídicos”, in *Revista da ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51.º, Vol. I, 1991, p. 9).

³⁶ TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na constituição e na Lei*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 66.

³⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, cit., p. 7, entende que “a reserva da intimidade da vida familiar não pode assumir o alcance de excluir o Estado e a lei de uma intervenção extensa, nesta matéria. Não creio que, na Europa e no nosso país, o Estado venha apenas a fixar as

vertente positiva considera que não é possível exigir ao Estado um custo demasiado elevado para permitir o acesso às técnicas de procriação assistida³⁸.

É impossível não haver intervenção estatal nestas matérias, até pelo facto de não haver consenso quanto à regulamentação a ser aplicada. Considera-se, por isso, necessário criar soluções para os casos de infertilidade, de modo a permitir o acesso à PMA, já que para TIAGO DUARTE é “*tarefa do Estado no âmbito da proteção da família, a regulamentação da Procriação Medicamente Assistida como salvaguarda da dignidade da pessoa humana*”³⁹.

Para VERA LÚCIA RAPOSO nem sempre o Estado deve intervir economicamente e, por isso, se deve separar a vertente jurídica da económica sem que este se esquive de regulamentar o campo que dê acesso a todos os instrumentos que ajudem a se reproduzir.

Em matéria legislativa a PMA provoca divergência de opiniões. Por um lado, vêm-se propostas liberais que sugerem que uma excessiva regulamentação poderia “*limitar as possibilidades de acesso a essas técnicas e de escolha dos particulares*”⁴⁰ e, deveria limitar-se a intervenção estatal a aspetos gerais da PMA mediante os avanços das técnicas reprodutivas. No lado oposto, temos propostas mais conservadoras que consideram que deve legislar-se de forma a proibir a PMA, com imposição de restrições e deixando de lado a esfera da discricionariedade. Esta proposta acredita-se que assenta em razões morais e religiosas.

Merece ainda referência, neste momento, o art. 67.º da Lei Fundamental que garante à família a «*efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos*

barreiras longínquas da legalidade, deixando à mera consciência dos particulares o poder de fixar o que é lícito e bom.”

De acordo com VERA LÚCIA RAPOSO, o direito reprodutivo como um direito a constituir família, não é identificável como um Direito Económico, Social e Cultural, mas um Direito de Liberdade e Garantias Fundamentais (VERA LÚCIA RAPOSO, *Direito à Imortalidade: o Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, Vol. I, p. 268).

³⁸ VERA LÚCIA RAPOSO entende que o direito reprodutivo por ser um direito «a constituir família», que se encontra entre os Direitos de Liberdade e Garantias Fundamentais, não é enquadrado como um Direito Económico, Social e Cultural, que demande do Estado o dever de assegurar economicamente o acesso das técnicas de reprodução (VERA LÚCIA RAPOSO, *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, cit., p. 268). Já AMÉLIA COSTA acredita que o recurso às técnicas de PMA não é considerado como parte integrante do Direito à Saúde e, por isso, não pode ser incluído nos chamados cuidados básicos de saúde. Dessa forma, os custos da utilização dessa técnica não devem ser suportados pelo Estado, até mesmo por uma questão de justiça social (AMÉLIA COSTA, *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000, pp. 54-55).

³⁹ TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas?*, ob. cit., p. 29.

⁴⁰ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito e Bioética”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º, 1991, p. 444; PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, cit., pp. 26-27.

seus membros». A Constituição da República expressa que na regulamentação da PMA deve o Estado garantir a proteção da família no que concerne ao respeito pela dignidade humana, bem como à identidade genética do ser humano⁴¹. A procriação pode constituir um aspeto de realização pessoal dos indivíduos e dos casais e, deve o Estado garantir todos os instrumentos de combate à esterilidade e o acesso aos novos meios de procriação assistida⁴².

Mais ainda, não deve o Estado controlar ou intervir nas escolhas privadas dos cidadãos, desde logo no que concerne às possibilidades de escolha pelos casais inférteis como por exemplo a tipologia de beneficiários para as técnicas de PMA e outros pontos relacionados.

A PMA e matérias conexas foram regulamentadas com a publicação da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. Contudo, até que se chegasse a um consenso ocorreram vários debates e tramitaram quatro projetos na Assembleia da República⁴³.

Várias são as matérias relacionadas à PMA que a lei retrata e, também, várias são as opiniões que surgem com a mesma regulamentação. A matéria da proibição da maternidade de substituição, a permissão das técnicas heterólogas de procriação e a vedação à inseminação artificial *post mortem* são algumas das matérias retratadas nesta lei. A necessidade de intervenção legislativa na matéria foi discutida mundialmente⁴⁴.

⁴¹ A Lei Fundamental evidência estas garantias tanto no art. 67.º, n.º 2, alínea e) como no art. 26.º, n.º 3. Este preceito constitucional tem uma dupla função: por um lado, cria uma imposição constitucional de regulação da procriação assistida; por outro lado, limita a extensão da sua admissibilidade. De forma a apenas considerar lícitas as formas de procriação assistida que respeitem a dignidade humana (J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 859).

O art. 26.º da Lei Fundamental releva sobretudo quando as técnicas de PMA fazem intervir um terceiro, um dador de gâmetas, relativamente ao casal que quer um filho. Poderá o filho nascido através desta técnica ter conhecimento da identidade do seu progenitor? Daí resulte o artigo que releva o reconhecimento do direito à identidade pessoal.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 03 de Março de 2009, in *Diário da República*, n.º 64, Série II, pp. 12452 ss, evidência a dignidade humana como um princípio protetor dos «*direitos das pessoas que mais directamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à integridade física e moral (art. 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º), o direito a constituir família (art. 36.º), e, ainda, o direito à saúde (art.64.º). No universo subjectivo de protecção estão não apenas os beneficiários e as pessoas envolvidas como participantes no processo, mas também as crianças nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida*».

⁴² A Lei n.º 3/84, de 24 de Março, já significaria uma concretização deste preceito.

⁴³ Projeto de Lei n.º 141/X/1, do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda; Projeto de Lei n.º 151/X/1, do Grupo Parlamentar do Partido Socialista; Projeto de Lei n.º 172/X/1, do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português; Projeto de Lei n.º 176/x/1, do Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata.

⁴⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, “A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 201-214.

1.4. A admissibilidade das técnicas de PMA

O legislador português consagrou a possibilidade de recurso às técnicas de PMA, sempre preferivelmente de forma subsidiária⁴⁵. Desta forma, considera-se que a procriação humana seja de acordo com o modo natural de procriação e que apenas seja permitida a PMA quando não haja outra forma terapêutica de promover naturalmente as potencialidades do casal⁴⁶.

Não significa que se possa traduzir que o acesso à PMA seja aceite e recomendado para quaisquer situações de impossibilidade ou dificuldade de ter filhos segundo a procriação natural. Por isso mesmo, a lei italiana restringiu o recurso às técnicas reprodutivas aos casos que não se verifique outra solução para remover as causas de esterilidade ou infertilidade⁴⁷; o legislador francês autorizou a mobilização para «*éviter la transmission à l' enfant d' une maladie particulière grave*». O legislador espanhol, nos termos do art. 1.º, da Lei N.º 14/2006, de 26 de Maio, determinou que as técnicas de PMA podem ser utilizadas «*en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes t sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley*»⁴⁸.

A falta de consenso e os conflitos existentes quanto à necessidade de regulamentação legal⁴⁹, dividem aqueles que entendem que não há necessidade de o

⁴⁵ VERA RAPOSO/ANDRÉ PEREIRA, “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, cit., p. 92. Sobre esta matéria, v. HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, Almedina, Coimbra, 2008. A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho consagrou a subsidiariedade da PMA no art. 4º, n.º 1.

O legislador português seguiu a tendência europeia, mas foi mais longe que o legislador italiano, permitindo aos beneficiários aceder a estas técnicas para um “*diagnóstico de infertilidade*” ou para “*tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doença de origem genética, infecciosa ou outras*”, de acordo com a solução francesa.

⁴⁶ A subsidiariedade da PMA é aconselhada por vários, entre os quais, FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, cit., p.24; TIAGO DUARTE, *In vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, cit., p. 36.

Existem normas e recomendações que aconselham o recurso a este tipo de procriação unicamente nos casos de infertilidade ou esterilidade. É o caso da *Resolução sobre fecundação artificial in vivo e in vitro* (ponto 9), do Parlamento Europeu, parte integrante do Relatório denominado *Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética e da fecundação artificial humana*, da Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos, de 16 de Março de 1989. V. também: Parecer 3/CN E/93, in «*Documentação*», Vol. I, 1991-1993, p. 75.

⁴⁷ Nos termos do art. 1.º e 2.º da Ley N.º 40, de 19 de Fevereiro de 2004.

⁴⁸ PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação Complementar)*, cit., pp. 19-20.

⁴⁹ Foi no meio dessas discussões que se desenvolveu a regulamentação em Portugal. O primeiro passo dado foi a criação da Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias (Despacho n.º 37/86, de 14 de Abril), pelo então Ministro da Justiça, MÁRIO RAPOSO e acompanhado de três projetos de lei. Como resultado da Comissão surgiu o primeiro diploma que tratou diretamente a PMA e que previa

Estado intervir no assunto e aqueles que consideram que é necessário legislar (entendimento majoritário). FERNANDO ARAÚJO concorda com o primeiro grupo que considera que a PMA deveria ser deixada à livre consciência dos particulares, bastando os princípios e normas já existentes para regulamentar as situações concretas de conflito⁵⁰.

Autores que defendem a necessidade de legislar, como é o caso de ASCENSÃO e OTERO, afirmam que a sua inexistência é extremamente perigoso, sendo tudo tecnicamente possível, mas que não é juridicamente proibido, admissível. A ausência de legislação não elimina os problemas jurídicos e provocaria situações de insegurança.

A questão torna-se complexa tendo em conta que, de um lado, temos direitos individuais como o direito à liberdade, à privacidade, à saúde da pessoa ou casal que pretenda efetuar-la e o direito de constituir família; de outro lado, da tutela do indivíduo nascido sob o auxílio dos métodos respetivos, ou seja, o direito a nascer no seio de uma família estruturada de determinada forma e o direito a conhecer a sua origem genética⁵¹.

Dessa forma, releva esclarecer que as técnicas reprodutivas não representam a cura para os problemas de infertilidade e esterilidade⁵². Na verdade, as técnicas reprodutivas

normas relativas à procriação assistida heteróloga e a atividade dos bancos de esperma (Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro). Apenas em 1997, com a revisão constitucional, foi dado um salto maior e em que se passou a prever no seu art. 67.º, n.º 2, alínea e), a regulamentação da procriação assistida em termos de salvaguarda da dignidade da pessoa humana e, no seu art. 26.º, n.º 3, a garantia da dignidade pessoal e a identidade genética na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica, pela lei. Durante anos se mantiveram discussões relativamente à PMA, entre os quais se destacou as conclusões exprimidas pelo Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida com o Relatório Parecer sobre reprodução medicamente Assistida n.º 37CNE/93 de 1993, o Relatório e Parecer n.º 15/CNECV/95 de 1995 e, por último o Relatório e Parecer n.º 44/CNECV/04 de 2004. Apenas no início de 2006 se verificou a aprovação e promulgação de uma lei referente às técnicas de produção assistida, a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro.

⁵⁰ FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, cit., p. 171.

⁵¹ CARLOS LEMA AÑON, *Reproducción, poder y Derecho*, Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida, Madri: Editorial Trotta, 1999, p. 109.

⁵² Cfr. Informação obtida na Página Oficial da Sociedade Portuguesa da Medicina de Reprodução, disponível em www.spmr.pt, acesso em 10-11-2014. No sistema jurídico português, a infertilidade conjugal define-se como a “incapacidade de um casal conceber ou levar a bom termo uma gravidez, depois de pelo menos um ano de relacionamento sexual regular sem qualquer proteção”. Pelo facto de ser cada vez maior o número de casais nesta situação, foi necessário criar medidas e tratamentos para combater este flagelo. O uso de hormonas para estimulação dos ovários, o desenvolvimento de técnicas cirúrgicas sofisticadas, a possibilidade de rastreio dos embriões quando possível, foram algumas delas, contudo para tudo isto ser possível é necessário obter um diagnóstico correto juntamente com o médico e só em situações mais complexas se indicará para Unidades técnicas de Procriação Medicamente Assistida (FIV e ICSI). Porém, quando realmente estamos perante uma situação de infertilidade como “resultado de uma falência orgânica devida à disfunção dos órgãos reprodutores, dos gametas ou do conceito” temos de saber distinguir os casos de infertilidade feminina dos de infertilidade masculina, não obstante as situações em que ambos são inférteis. A infertilidade masculina acontece nos casos de diminuição do número de espermatozoides, espermatozoides com mobilidade reduzida, espermatozoides com configuração anormal ou pode até mesmo haver casos de ausência de espermatozoides. A razão do número reduzido de espermatozoides no homem não é conhecida, todavia considera-se que pode ser de

criam a possibilidade, com ou sem êxito, de procriar com gâmetas de um dador, a criação com os próprios gâmetas ou até o recurso à gestação por uma mãe de substituição. Não é simples, portanto, o tratamento a que os casais ou indivíduos estão sujeitos e, muitas das vezes, demoraram anos a que resulte com êxito, podendo até mesmo tal nunca acontecer.

Quando tal não acontece, por razões que a ciência ainda desconhece, a frustração é evidente nos casais, tão evidente que muitas vezes atinge proporções obsessivas na pessoa ou casal que não consiga alcançar o filho desejado. Fala-se, portanto, do direito de proteção à saúde, sobretudo na forma psíquica, mas é necessário entender que as técnicas reprodutivas ainda se encontram numa fase experimental⁵³ e podem muitas das vezes não ser eficazes. Compreende-se também que os tratamentos efetuados pela PMA

natureza hormonal, ambiental ou genético. No caso de situações de infertilidade feminina, estas acontecem nas situações de falência da ovulação (cerca de 20-25% das mulheres), obstrução das trompas (cerca de 30% das mulheres), doença do útero (cerca de 5% das mulheres), muco cervical desfavorável, endometriose ou devido a aborto de repetição. Podem também existir situações designadas de infertilidade inexplicável, ou seja, significa que não foram detetados, nos testes feitos, nenhuns desvios da normalidade (pode acontecer que a evolução da ciência consiga dar resposta a estes casos).

V. também informação obtida na Página Oficial da Associação Portuguesa de Fertilidade, disponível em www.apfertilidade.org, acesso em 10-11-2014.

Tabela 1. Dados Demográficos e Reprodutivos dos Participantes no Momento em que Foram Entrevistados - Estudo 1.

Casais	Idade		Escolaridade*		Diagnóstico infertilidade**
	H	M	H	M	
I	32	35	1	1	F
II	37	37	1	1	M
III	42	31	2	2	F
IV	33	30	2	2	F
V	24	33	1	1	F
VI	42	36	1	1	F e M
VII	39	35	2	2	F

(H) Homens; (M) Mulheres

*Escolaridade no momento da participação do FIV: (1) Primário até Ensino Médio; (2) Universitário.

** Diagnóstico de infertilidade: Feminino (F), Masculino (M).

Tabela 2: Dados Demográficos e Reprodutivos dos Participantes no Momento que Iniciavam os Procedimentos - Estudo 2

Casais	Idade		Escolaridade*		Diagnóstico infertilidade**	Tempo de fracasso
	H	M	H	M		
I	38	38	1	1	F	6
II	39	38	1	1	F e M	4
III	29	43	1	1	F e M	5
IV	36	34	1	2	F	6
V	41	36	2	2	F	6

(H) Homens; (M) Mulheres

* Escolaridade no momento da participação na entrevista: (1) Primário até Ensino Médio; (2) Universitário.

** Diagnóstico de infertilidade: Feminino (F), Masculino (M).

Cfr. MARÍA YOLANDA MAKUCH/ JULIANA NICOLAU FILETTO, *Procedimentos de fertilização in vitro: experiência de mulheres e homens*, Psicol. Estud, vol. XV, n.º 4, Maringá Oct./Dec. 2010, disponível no endereço eletrónico <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-73722010000400013>, acesso em 22-06-2016.

“Em relação às características sociodemográficas dos homens e mulheres cujas entrevistas foram analisadas para este estudo, pôde-se observar que todos tinham cursado o Ensino Médio, a maioria apresentava diagnóstico de infertilidade de causa feminina e somente um casal tinha causa masculina e idades semelhantes no momento em que os participantes realizavam os procedimentos”.

⁵³ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos jurídicos da procriação assistida*, cit., p. 33 argumenta que a “sociedade não está vinculada a entregar um filho ao casal infértil, como não está obrigada a garantir a saúde plena a qualquer moribundo, ou a dar um marido a quem é solteira e goza do direito de contrair casamento”.

não comportam qualquer risco para a saúde, qualquer risco para a sua integridade pessoal.

1.5. Os beneficiários das técnicas

Os beneficiários são aqueles que podem ter acesso às práticas de procriação medicamente assistida. De acordo com a lei só podem ser as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos⁵⁴ (art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006).

Os beneficiários devem, também, possuir mais de 18 anos e não se encontrarem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica (art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006)⁵⁵.

A lei nada especifica em relação à pessoa solteira ou aos casais homossexuais, tendendo-se a permiti-lo aos casais heterossexuais legalmente casados ou que vivam em união de facto. Esta limitação é defendida sob o argumento que o direito de procriar, como um direito fundamental ou interesse juridicamente tutelável, apenas se restringe à reprodução natural com o intuito de proteção do nascituro.

O direito de procriar está intimamente limitado pela salvaguarda do desenvolvimento integral da criança (art. 69.º da Lei Fundamental)⁵⁶. Embora se trate

⁵⁴ Para JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2007, p. 197, a união de facto não é considerada uma relação familiar e, por isso mesmo no acesso à PMA devem ser impostos “os mesmos requisitos formulados na adoção plena conjunta, quanto aos adoptantes”.

⁵⁵ No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/92 determina o carácter subsidiário desta técnica, além de que a seleção do sexo somente é admitida para evitar doenças ligadas ao sexo da criança que venha a nascer, e que o número ideal de ovócitos e pré-embriões a transferir é de quatro.

⁵⁶ Questiona-se se a limitação dos potenciais beneficiários de técnicas de PMA não será considerado inconstitucional por violar o direito fundamental de procriar, nos termos do art. 36.º, n.º 1, da CRP. VERA LÚCIA RAPOSO a este respeito explica que «... a norma que mais directamente consolida os direitos reprodutivos é o direito a constituir família. Família, não apenas enquanto direito ao matrimónio, mas também direito a procriar, livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação. Claro que, no momento da feitura do preceito não se pensou na procriação mediante técnicas médicas, que à data estavam longe de constituir um problema jurídico. Mas a interpretação tem necessariamente que ser uma tarefa dinâmica, sob pena de a Constituição se tornar obsoleta e desajustada ao alucianante ritmo dos tempos» (“Direitos reprodutivos”, in *Lex Medicinæ*, cit., p. 117). GUILHERME DE OLIVEIRA escrevia em 1989 que «Não está excluído, porém, que a norma venha a ganhar também o valor de conferir aos indivíduos um direito à utilização dos meios cientificamente comprovados e aptos para a procriação» (“Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49.º, Vol. III, 1989, p. 768).

DIOGO LEITE DE CAMPOS parece reconhecer este direito, salientando a possibilidade da sua limitação. Escreve o Autor que «Trata-se, diria, de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, a de procriar, que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias» (“A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”, in *Revista*

de uma simples «garantia institucional» deve sempre surgir a questão se a utilização de novas técnicas de PMA é inofensiva ou possam comprometer o desenvolvimento mental e afetivo dos filhos. Como refere GUILHERME DE OLIVEIRA é necessário refletir no futuro e ver “*quem pode asseverar que todas ou algumas técnicas de procriação assistida lesam as crianças ou não-de lesá-las daqui a vinte anos?*”⁵⁷”.

«FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO⁵⁸ interpreta o direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República) e o direito de constituir família (art. 36.º, n.º 1, 1ª Parte da Constituição da República) como “*um verdadeiro direito de procriar e de estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade*”, porém não absoluto, como quaisquer direitos fundamentais, “*podendo ser limitados, nos termos do art. 18.º da Constituição da República, se tanto for necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”⁵⁹.» Entende o autor que devem ser pesados os dois pólos: o direito ao filho em contraposição aos direitos do filho. Acima de tudo deve estar o *superior interesse da criança* e qualquer decisão tomada é justificativa das limitações introduzidas ao direito de constituir família.

Uma destas normas, o art. 26.º da Lei Fundamental, releva sobretudo nas situações em que existe um dador de gâmetas, um terceiro relativamente ao casal que quer ter o filho. No que concerne ao direito à identidade pessoal poderá, o filho nascido através das técnicas de reprodução, descobrir quem é o seu progenitor? O eventual conhecimento da ascendência genética requer que a operação em si se conserve secreta e que o dador permaneça anónimo.

Visível a necessidade de regulação desta matéria surge a questão de até que ponto deve haver intervenção estatal, sobretudo no que se trata de afastar pessoas pelo seu estado civil ou opção sexual? Será que essas pessoas possam determinar qual o grupo que está mais apto para o papel de pai e mãe? Não estaremos a chegar a um patamar inconsciente de discriminação ou estaremos a zelar pelo superior interesse da criança?

da *Ordem dos Advogados*, Vol. III, 2006, ponto 8). V. também JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, que entendem poder extrair-se do art. 36.º da CRP «*um direito fundamental, não apenas a procriar, mas também ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e maternidade*» (CRP Anotada, T.I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 399).

⁵⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Temas de Direito da Medicina”, in *Lex Medicinæ*, cit., p. 10.

⁵⁸ Cfr. “Procriação assistida com gâmetas do casal” in *Publicação do Centro Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 2, 1993, p. 13.

⁵⁹ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010, p. 32.

É reconhecida a qualquer pessoa a liberdade de constituir família (art. 36.º, n.º 1 da Constituição da República). No entanto, a discussão surge do que se compreende como relação familiar e se estará a união entre homossexuais e a união de facto incorporadas nessa relação⁶⁰. Respeita-se, portanto, a constituição da família de acordo com a salvaguarda da vida privada e intimidade familiar, com o controle do Estado sempre que necessário para proteção de direitos fundamentais.

Fala-se no direito da criança à biparentalidade⁶¹ em oposição à família monoparental⁶², composta por apenas um pai ou uma mãe com um ou mais filhos. No que tange à pessoa solteira, alega-se ser incomparável a situação em que a família é apenas constituída por um dos progenitores ou a adoção singular com a família formada com recurso às técnicas de produção assistida, porque na primeira situação a criança já carece de progenitores e se não pode ter uma família formada por dois elementos que pelo menos tenha um que lhe possa dar a estabilidade e o crescimento que necessita⁶³. No caso do recurso às técnicas de PMA estamos perante a situação de que a criança pré-determinadamente apenas terá um progenitor/elemento parental e não será de acordo com o melhor interesse da criança⁶⁴.

⁶⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, cit., pp. 61-62, compreende que a união de facto e a convivência em economia comum “*não são, por enquanto, relações jurídicas familiares*”. Cfr., em posição semelhante, FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pp. 107-108.

TIAGO DUARTE, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, cit., p. 49, evidencia nos casais heterossexuais os únicos que “*têm condições para exercer uma paternidade ou uma maternidade conscientes*”.

⁶¹ Para JORGE DUARTE PINHEIRO, “*a biparentalidade exprime uma característica do que socialmente se entende que deve ser a família composta por filhos menores. Mal ou bem, é a biparentalidade que inspira o regime do estabelecimento da filiação e que é incentivada pelas regras da constituição do vínculo da adoção plena e do exercício do poder paternal.*” O Autor acrescenta que “*é exacto que há famílias monoparentais e que a lei até permite a sua formação por sentença de adoção. No entanto, isto não legitima o acesso de uma pessoa só à procriação assistida. Como já se demonstrou, o modelo familiar tido como juridicamente desejável para o filho menor é aquele em que este tem dois progenitores. E a possibilidade de adoção singular não se opõe a tal conclusão, porque se detecta uma diferença importante entre a adoção e a procriação assistida.*” (*Procriação Medicamente Assistida*, disponível em www.balzaca.info acesso em 16-01-2016, p. 19).

⁶² Famílias monoparentais não apenas causadas por divórcio ou morte de um dos progenitores, mas também aquelas que a pessoa se reproduz sem possuir qualquer vinculo jurídico com outras e no caso de possibilidade de adoção singular.

⁶³ A lei portuguesa seguiu as linhas já consagradas em França, onde os beneficiários são somente os cônjuges e os conviventes *more uxorio*, heterossexuais, cuja relação tenha uma duração superior a dois anos.

⁶⁴ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga”, in *Lex Medicinæ*, cit., pp. 34-36, de acordo com o direito à biparentalidade, entende que “*o interesse do filho à presença da complementaridade do masculino e feminino*”. Também refuta que «*A situação histórica de crianças educadas apenas por um dos pais e também das chamadas “homoparentalidades” incluem-se nas situações de defectividade. Com efeito, quanto ao primeiro caso, pode crescer-se órfão ou como um órfão, mas não se deve admitir que o direito autorize a criação, por via da procriação medicamente assistida, de órfãos ab initio; no segundo, sem fazermos qualquer juízo*

Já em relação aos casais homossexuais, o entendimento da sociedade portuguesa é de não considerar em termos igualitários as famílias constituídas por homossexuais e heterossexuais⁶⁵.

Nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO “*a homossexualidade já não escandaliza profundamente a maioria da sociedade. Todavia, continua a ser uma orientação minoritária que ainda não é tida como ‘normal’. A ideia, por exemplo, de um casal de lésbicas com um filho causa estranheza. Na óptica social dominante, é aconselhável que a parentalidade seja exercida por um casal ‘mais padronizado’*”⁶⁶”.

Com a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, algumas mudanças surgiram, mediante a epígrafe do art. 1577.º, que veio permitir a celebração de casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo, alterando o pensamento da sociedade portuguesa que até então vigorava⁶⁷. Estabelece o art. 1577.º do Código Civil que «*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*».

Alguns autores consideram que essa alteração legislativa incentivou a diferenciação de acordo com a orientação sexual, já que veio permitir a igualdade no casamento civil mas a diferenciação no que cerne ao acesso à PMA⁶⁸. Atendendo às alterações

de desvalorização do empenhamento de muitos homossexuais enquanto pais, objectivamente não se verifica o estímulo da diversidade sexual».

Contrariamente, VERA LÚCIA RAPOSO, *Direitos reprodutivos*, cit., pp. 120-121, vislumbra “*a consideração das famílias não tradicionais como manifestações de comportamentos desviantes, danosas para os seus elementos, mormente as crianças, não passa de um resquício de concepções morais hoje já (supostamente) ultrapassadas*”. Cfr. da mesma opinião CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)”, in A.Menezes Cordeiro et al. (Coord.), *Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 355-356.

⁶⁵ Aos homossexuais não lhes é negado o direito de procriar e a Lei Fundamental recusa qualquer discriminação com base na orientação sexual (art. 13.º, n.º 2).

⁶⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, DÁRIO MOURA VICENTE, (Coord.), *Procriação Medicamente Assistida*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 773.

⁶⁷ Em Espanha, a Ley n.º 14/2006, de 26 de Maio, mantendo o que já ocorria na vigência da Ley n.º 35/1988, de 22 de Novembro, admite a utilização das técnicas de reprodução assistida a toda mulher capaz, maior de 18 anos, independentemente de seu estado civil e orientação sexual (art. 6.º, n.º1).

No Brasil, a Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal da Medicina prevê que toda a mulher capaz pode ser “receptora” das técnicas (item II, n.º1).

⁶⁸ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Há mais vida para além da letra: A questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei de procriação medicamente assistida”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, 2010, ano 19.º, n.º 11, pp. 278 ss, considera que a exclusão do legislador foi propositada, visto que o tratamento dado aos casais homossexuais e heterossexuais deve ser dado de forma diferenciada. Para o autor, quando o legislador redigiu as regras de PMA, fê-las tendo em conta duas pessoas casadas de sexo distinto, prevendo da mesma forma para os unidos de facto, sem mencionar as pessoas casadas do mesmo sexo visto que a lei do casamento civil por pessoas do mesmo sexo ainda não tinha sido aprovada.

legislativas, é possível rever na letra da lei que podem recorrer a estas técnicas os cônjuges, hétero ou homossexuais, e os conviventes heterossexuais. Porém, o CNPMA emitiu, em 18 de Junho de 2010, uma Declaração onde esclarece que «*actualmente o acesso às técnicas de PMA continua legalmente vedado às pessoas do mesmo sexo*». É difícil compreender a diferenciação relacionada com a orientação sexual quando temos como exemplo o caso da adoção, ou seja, por um lado, a Lei n.º 9/2010 afasta expressamente a possibilidade dos casais homossexuais poderem adotar conjuntamente, mas por outro, os conviventes *more uxorio* heterossexuais podem ser candidatos à adoção conjunta.

ANA PAULA GUIMARÃES transcreve o seu posicionamento encarando “*as técnicas de procriação artificial não só como uma terapia de combate à esterilidade, mas também como um novo meio de procriação colocado à disposição de todos aqueles que pretendem, em qualquer circunstância, dar expressão à sua liberdade, especificamente, à sua liberdade procriativa, terá de se concluir pela não limitação desta liberdade, ou seja, pela possibilidade da mulher decidir se quer ser mãe e de optar pelos meios disponíveis sejam os naturais, sejam artificiais. É o que resulta do respeito pela liberdade de procriação em toda a sua extensão.*”⁶⁹

Vale, portanto, considerar que o desejo de ter descendência conectada por laços de sangue deve ser entendida como um direito reprodutivo fundamental e, qualquer posicionamento contrário a esta aceitação é atentatória aos princípios constitucionais da igualdade e do respeito pela liberdade de orientação sexual.

O art. 6.º da Lei n.º 32/2006 não estabelece uma idade máxima para que os elementos do casal possam recorrer às técnicas de PMA, mas esclarece que os beneficiários devem ser maiores de idade⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da procriação medicamente Assistida*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 38-39.

⁷⁰ Foi questionada a constitucionalidade da norma que apontavam a inconstitucionalidade por violação dos arts. 67.º, n.º 1, al. e), da Constituição Portuguesa, por a utilização das técnicas reprodutivas dever ser dirigida para a proteção da família, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP), o direito à saúde (art. 64.º da CRP), o direito à proteção na maternidade (art. 68.º da CRP) e o direito da criança à proteção (art. 69.º da CRP). Com efeito, o art. 6.º, n.º 2, da Lei determina um requisito etário somente no que concerne à idade mínima e, é assegurado pelo art. 3.º da referida Lei, que estatui que «*as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana*». Acresce que o art. 4.º esclarece que a utilização das técnicas de PMA pressupõe um diagnóstico de infertilidade, o que significa que a mulher deve estar numa idade que, normalmente, poderia procriar se não existisse um fator inibitório. Desta forma, o Tribunal Constitucional julgou a presente disposição constitucional (Cfr. Acórdão do TC 101/2009, cit.).

No panorama europeu as soluções foram consideradas próximas à portuguesa. Em Itália, estabelece-se para utilização das técnicas de PMA que ambos os membros do casal estejam numa «*idade potencialmente féril*⁷¹»; na França, o legislador determinou que ambos os membros do casal estejam «*em idade de procriar*⁷²»; e, em Espanha não foi fixado um limite máximo de idade, mas determinou-se que apenas é permitido recorrer às técnicas de PMA quando se considere que hajam grandes possibilidades de êxito, sem risco grave para a saúde, física ou psíquica, da progenitora ou dos nascituros⁷³.

Na legislação italiana, no que concerne aos beneficiários das técnicas de PMA, considera-se que podem aceder às técnicas de PMA os cônjuges e os conviventes *more uxorio* heterossexuais, maiores de idade e sem qualquer limite mínimo de idade estabelecido⁷⁴. A maioria dos autores considera positiva a solução adotada pelo legislador italiano admitindo que para o superior interesse da criança, deveria ter não só uma mãe e um pai, mas que estes se encontrassem ligados através do casamento⁷⁵.

Parece, efetivamente que o legislador italiano não foi coerente na opção por não se coadunar com a matéria de adoção. Isto é, a adoção não pode ser considerado um instituto para um casal encontrar um filho, mas para dar uma família ao adotando, de acordo com o seu superior interesse. Diversamente, o recurso às técnicas de PMA tem como objetivo conceber o filho desejado pelo casal e não fim único de a tornar órfã ou vulnerável⁷⁶. Considero, portanto, que o legislador italiano deveria estender a escolha aos conviventes *more uxorio* heterossexuais no que concerne ao instituto da adoção, apesar de lhes ser permitido recorrer às técnicas de PMA⁷⁷.

⁷¹ Art. 5.º, n.º 1, da *legge 19 Febbraio 2004*, n. 40.

⁷² Art. L-2141-2, do Code de la Santé Publique.

⁷³ Art. 3.º, n.º 1, da *Ley 14/2006*, de 26 de Maio.

⁷⁴ A exclusão das mulheres singulares mostrava-se de acordo com a Recomendação do Conselho da Europa de 1981 e de acordo com o interesse de autores como CARLO CASINI, MARIA LUISA DI PIETRO E MARINA CASINI, com o intuito de afastar a licitude da inseminação heteróloga. Estes autores consideram que a biparentalidade é a condição prioritária para a estrutura da própria identidade pessoal e a PMA heteróloga prejudica o direito primário da criança (CARLO CASINI/ MARIA LUISA DI PIETRO/ MARINA CASINI, “La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita”, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, n.º 2, 2004, p. 515).

⁷⁵ CARLO CASINI/ MARIA LUISA DI PIETRO/ MARINA CASINI, “La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita”, cit., p. 519.

⁷⁶ O instituto da adoção e a PMA também se distinguem no facto de na segunda prevalecer o desejo de ter filhos próprios, biológicos enquanto na primeira assenta o aspeto da solidariedade social.

⁷⁷ Para que os cônjuges possam adotar é-lhes aplicada a condição de que o casamento tenha uma duração mínima de três anos, sem separação pessoal ou de facto.

PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação Complementar)*, cit., pp. 24-37.

Outra dificuldade assente é a ausência do período de convivência *more uxorio* relacionada com a possibilidade de defraudar a lei. Ou seja, situações como o caso de uma mulher singular ou membro de uma relação homossexual a recorrer às técnicas de PMA com o objetivo de ter um filho, declarar que um dador de esperma é seu convivente. Logo, o legislador utilizou conceitos muito ambíguos sendo mais correto a opção de qualificação do beneficiário de forma mais definida⁷⁸.

Porém, de acordo com tudo o que foi dito anteriormente, existem algumas alterações recentes que devem ser tidas em conta neste ponto do tema. A Lei da PMA sofreu duas recentes alterações⁷⁹ sendo que uma delas incidiu sobre o alargamento no âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida. A Lei n.º 17/2016, de 20 de junho veio alterar o art. 6.º, n.º 1 dizendo que “*podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual*”.

Esta alteração foi uma verdadeira revolução ao *status* inicial da Lei da PMA. Isto porque, uma lei considerada tao restrita quanto aos beneficiários conseguiu alargar o seu âmbito em vários pontos desde a orientação sexual ao estado civil. A ideia de que o casal que recorresse a estas técnicas fosse de sexo diferente já está deveras ultrapassado demonstrando que deixamos de viver num país discriminatório ou que estamos a avançar gradualmente para o deixar de ser.

Também, ao art. 4.º foi acrescentado o n.º 3 que diz que “*as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”. Anteriormente, a lei especificava que só depois de um diagnóstico de infertilidade é que conjuntamente com o médico se decidia se aquele tipo de infertilidade era adequado ao uso das técnicas de PMA. Neste momento, seja qual for o diagnóstico de infertilidade todas as mulheres têm a possibilidade de recorrer à PMA, embora o art.

⁷⁸ A Comissão Europeia dos Direitos do Homem pronunciou-se sobre a Petição n.º 16944/90, de 8 de Fevereiro de 1990, M/PAÍSES BAIXOS, onde o requerente, casado tinha aceitado doar o esperma para uma inseminação artificial, sensibilizado por um pedido de um casal formado por duas mulheres que desejavam ter um filho. Durante a gravidez, o Requerente visitou regularmente o casal e, após o nascimento, esteve com a criança todas as tardes de segunda-feira. Quando este impingiu que as visitas passassem a um fim-de-semana por mês o casal cessou relações com ele. O Requerente considerou que estava a ser violado o direito ao respeito e exercício da vida familiar (art. 8.º da CEDH), porém a Comissão de Estrasburgo não concordou por não se verificar «*relações pessoais estreitas em virtude do parentesco*».

⁷⁹ Recentes alterações à Lei n.º 32/2006: Lei n.º 17/2016, de 20 de junho no âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA e a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto que regula o acesso à gestação de substituição.

4.º disponha no sentido de considerar as técnicas de PMA como um “*método subsidiário e não alternativo de procriação*”.

Dessa forma, considero mais um avanço na lei de forma a não distinguir as pessoas por causa do tipo de infertilidade que apresentem quando não têm culpa de a ter.

Em suma, pode dizer-se que o direito de igualdade que tanto se almejou finalmente deu os seus frutos. Esta lei tornou-se mais igualitária e menos discriminatória no que concerne à orientação sexual e ao estado civil dos beneficiários que podem aceder às técnicas. A luta de vários críticos foi conseguida e isto é o início na abertura a vários temas como é o caso do sistema de adoção em Portugal⁸⁰. Se somos todos iguais perante a lei devemos de na realidade viver de acordo com esses princípios e acreditar que podemos construir um país melhor em que as crianças que tenham pais do mesmo sexo tenham a mesma educação, desenvolvimento e felicidade que uma criança que tenha dois pais de sexo distinto.

Por resolver ficam as questões das crianças nascidas antes da aprovação da presente lei e que foram geradas com recurso às técnicas de PMA no estrangeiro. As mulheres solteiras que recorram às técnicas de PMA no estrangeiro continuam de ter de aguardar pelo desenrolar do processo oficioso da averiguação da paternidade. Também os casais de mulheres casadas ou unidas de facto têm de continuar a dar uso ao regime de adoção do filho do cônjuge.

⁸⁰ TERESA ALMEIDA SANTOS, Presidente da Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução entende que em relação às novas alterações à lei da PMA “*se o resultado da votação for aquele que se prevê, até vamos ter uma lei bastante moderna em relação a outros países da Europa*” (Cfr. CAMILO SOLDADO, *Alteração à lei da PMA implica “longo período de adaptação”*, Jornal *O Público*, disponível no site <https://www.publico.pt>, acesso em 28-09-2016).

CAPITULO II

A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

1. Aspectos jurídicos da PMA post mortem

1.1. Enquadramento Jurídico

Após um retrato geral no tema da procriação medicamente assistida, agora é necessário esclarecer o assunto central deste tema que envolve diversos aspetos: a procriação medicamente assistida *post mortem*.

Sendo óbvio que as tecnologias reprodutivas conseguem o distanciamento físico e temporal do ato sexual em relação à procriação, a ausência do homem ou da mulher não impossibilita a que os seus gâmetas se encontrem e o embrião resultante seja transferido para o útero que irá gestá-lo; da mesma maneira que não o é a morte da pessoa de quem provém o material genético que já tenha formado ou venha a formar um novo ser.

O problema/questão surge quando durante o procedimento das técnicas de procriação medicamente assistida um dos membros do casal falece. Como consequência, o membro sobrevivente do casal vê o seu desejo a desvanecer e encontra na PMA *post mortem* (seja através da técnica da inseminação artificial *post mortem* ou através da transferência de embrião *post mortem*) a solução para realização do desejo pretendido. A vontade inexplicável desse desejo encontra fundamento na tentativa de prolongar a vida da pessoa amada que se perdeu e não se encarou da melhor forma a sua perda; de evitar a solidão; ou para realização de um sonho do falecido/a de ter um filho com a pessoa com quem partilhou anos da sua vida⁸¹.

Independentemente da razão pela qual a pessoa procura a PMA *post mortem*, os problemas em resultado dessa procura são diversos e complexos. Os efeitos da PMA *post mortem* no campo sucessório e da filiação estão na base de toda a problemática, por

⁸¹ O desejo do falecido de ter descendentes pode estar ligado à questão da imortalidade ou por causa de efeitos sucessórios (JORGE DUARTE PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Procriação Medicamente Assistida, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 780).

afetarem a esfera jurídica da criança que vier a nascer e por afetarem, sobretudo, os interesses patrimoniais de outras pessoas.

É visível a lacuna da Lei n.º 32/2006, porém é satisfatório o facto de ter sofrido duas recentes alterações⁸² que demonstram a preocupação e seriedade com o tema. A igualdade e os interesses da criança que nascer através destes procedimentos são a chave no combate a todos os problemas inerentes à sua procura.

2. A admissibilidade da inseminação ou FIV post mortem

As questões que envolvem a admissibilidade da PMA *post mortem* encontram-se num contexto de argumentos favoráveis e na formação de famílias não tradicionais, monoparentais.

Com a criação dos bancos de esperma e a facilidade de congelá-los para posterior utilização, a concretização de um desejo torna-se possível para pessoas que recebam um diagnóstico de uma doença que os tornam estéreis (como é o caso do cancro), sendo a possibilidade de ter um filho biológico⁸³.

Recusa-se, portanto, a ideia do nascimento de uma criança sem propósito. A criança que vier a nascer necessitará de uma família que seja formada por um pai e uma mãe e não segundo as formas familiares não tradicionais⁸⁴.

⁸² A Lei n.º 32/2006 sofreu recentes alterações no âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA (Lei n.º 17/2016, de 20 de junho) e alterações na regulação ao acesso à gestação de substituição (Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto).

⁸³ Apesar de o homem encarar como um desejo natural a perpetuação da vida para além da morte, alguns defendem a proibição da inseminação *post mortem*, afirmando que a livre disposição do material genético deveria de ser restringida à vida do marido ou companheiro. A doutrina entende que essa técnica fere o princípio da biparentalidade (art. 67.º da CRP), de modo que a criança desde o momento do seu nascimento não teria a figura paternal (art. 69.º, n.º 1 da CRP). Para JORGE DUARTE PINHEIRO programar o nascimento de uma criança órfã de pai representa uma secundarização do interesse da criança em relação ao interesse dos progenitores (JORGE DUARTE PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), *Procriação Medicamente Assistida*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, cit. pp. 780-781). A doutrina também argumenta que da paternidade emerge o dever e direito dos pais de dar a educação e manutenção dos filhos (art. 36.º, n.º 5 da CRP), o que no caso da PMA *post mortem* o progenitor falecido nunca poderá assumir o poder-dever de ser pai; perante o momento em que se desencadeia o procedimento de PMA podemos deduzir que nunca estremos perante um casal, visto que este se dissolve com a morte contrariando os requisitos do uso das técnicas de PMA (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho); e, muitas das vezes a razão de procriação após a morte do marido, resulta apenas de questões económicas, de obtenção de herdeiros.

⁸⁴ São figuras indispensáveis para o saudável desenvolvimento da criança que vier a nascer. O art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República considera que só desta forma estaria resguardado o superior interesse da criança e o combate contra qualquer forma de abandono (art. 69.º, n.º 1 da Lei Fundamental).

PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, cit., pp. 77-78.

Perante casos de inseminação artificial ou a transferência de embriões após a morte do marido ou companheiro da mulher que trará ao mundo um filho deste, conclui-se que estar-se-á a permitir a formação de uma família monoparental e a excluir soluções como o sistema da adoção. A existência de uma família monoparental não é rejeitada, mas a sua constituição voluntária por meio das técnicas de PMA não seria legítimo por atentar contra o direito da criança conviver com o pai e a mãe⁸⁵.

As críticas são visíveis e pode-se apontar a incongruência na permissão da adoção plena por pessoas solteiras⁸⁶, mas não aceitar que estas se submetam às técnicas de PMA⁸⁷. Esta questão é sensível porque se o importante é o superior interesse da criança, admitir que ela possa viver apenas com um progenitor iria desencadear ações que colocariam esse interesse em causa em prol do(s) interesse(s) dos progenitores.

Ao admitir que se possa recorrer às técnicas de PMA *post mortem* está a permitir-se que a inseminação artificial com sémen do marido ou companheiro e a transferência de embrião criopreservado para o útero da viúva ou companheira possa ocorrer quando o

STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao património genético*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 132.

⁸⁵ A Constituição da República não pode negar à família monoparental o carácter de relação familiar, advenha ela de viuvez, divórcio, por opção pessoal ou de adoção por pessoas solteiras.

A afirmação não está isenta de críticas, já que no exemplo de uma mãe que tenha concebido por meios naturais, opte por não revelar a identidade do progenitor ou a desconhece, desencadeando o resultado em que a criança cresça sem conhecer ou saber a identidade do seu pai. Não existe nenhuma norma legal que obrigue a mãe a revelar esses dados.

⁸⁶ Vide art. 1979.º, n.º 2 do Código Civil.

⁸⁷ A adoção é o instituto com o objetivo social e solidário, preocupado com a diminuição do abandono da criança já nascida e não com a satisfação da pessoa que deseja adotar.

Nesse sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA faz o paralelo entre a adoção e PMA ao comentar a inseminação artificial *post mortem*, argumentando que não se pode exigir a biparentalidade como um requisito absoluto, uma vez que “a actual redacção do art. 1979.º, n.º 2, CC, dada pelo Dec.- Lei n.º 496/77, de 25-11, veio permitir a adopção plena por pessoa solteira ou viúva com mais de 35 anos. De todo o modo, o direito da criança a uma família biparental não é absoluto, sob pena de se negar à própria criança o direito à existência em casos específicos de intenso desejo de gerar por parte de ambos os progenitores, mas em que a procriação natural surja dificultada por causas alheias à vontade destes” (*O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra: Editora, 1995, pp. 215-216, nota 427).

FRANCISCO PEREIRA COELHO ressalva que no caso de mulher solteira o pai seria “um simples número de código”, enquanto no caso de inseminação *post mortem*, o pai morreu “mas tem um rosto; a memória e a imagem dele ficariam na casa, na família e no imaginário do filho” (“Procriação Assistida com Gâmetas do Casal”, Colóquio interdisciplinar, 12-13 de dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 1993. p. 25).

NATHALIE MASSAGER critica a proibição da PMA *post mortem* afirmando que “interdire l’IA *post mortem* sous prétext que l’enfant ne pourra bénéficier d’une vie familiale normale revient à reconnaître officiellement le prototype de la famille parfaite composée de deux parents envie et réunis, et à limiter recours aux PMA à CE modèle familial. Tout schéma familial dérogatoire porte atteinte à l’intérêt de l’enfant et doit, dès lors, être prohibé. De là à interdire le divorce au nom de l’intérêt de l’enfant, Il n’y a qu’un pas [...]” (*Les droits de l’enfant à maître*, Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 464).

suposto pai não mais existir⁸⁸. Sendo assim, estar-se-á a autorizar a formação de uma família monoparental voluntária.

Dessa forma, acreditando que a entidade familiar deva ser bilinear, a sua formação deve ser protegida pelo art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República. Em relação à questão de não poderem assumir os poderes-deveres incutidos aos pais, (art. 36.º, n.º 5 da CRP), a lei expressamente refere que os que procriam têm uma obrigação direta de responsabilidade para com os filhos, mas que a responsabilidade não é aferida conjuntamente, podendo tanto o pai como a mãe realizá-la individualmente.

Mais importante que o número de progenitores, o intuito da norma é a proteção dos filhos pelos pais, de forma a garantir o seu pleno desenvolvimento físico e emocional. A norma não pretende que a criança nasça órfã de pai ou de mãe, mas assegurar a proteção da mesma, seja apenas com um ou ambos os progenitores⁸⁹.

No caso de inseminação *post mortem* os poderes-deveres mencionados anteriormente não são totalmente excluídos, produzindo efeitos legais que derivam da filiação⁹⁰. Visto isso, se o interesse da mãe no novo filho tiver a finalidade económica, não seria através da sucessão que iria obtê-la, pois a existência de um filho vivo ou concebido no momento da abertura da sucessão apenas afasta ascendentes na concorrência com o cônjuge (art. 2133.º, n.º 1, CC).

Em relação à companheira, essa não tem direitos sucessórios, mas o direito real de habitação sobre a casa de morada comum e o direito a requerer alimentos sobre a herança do *de cuius*⁹¹. Não faz, portanto, pensar em ter um filho do *de cuius* com interesse económico se o direito a protege⁹².

⁸⁸ A segunda hipótese de PMA *post mortem* comporta maior adesão, em face da proteção a ser dada ao embrião já formado.

⁸⁹ No mesmo sentido, referindo-se sobre a Constituição espanhola: YOLANDA GOMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Marcial Pons, 1994, pp. 130-131.

⁹⁰ O filho levará o nome do falecido, terá direitos hereditários e uma família paterna.

⁹¹ O membro sobrevivente goza de direito real de habitação sobre a casa de morada de família e o direito de preferência na sua venda (art. 5.º, n.º 1 e 9, da Lei n.º 7/2001, na redação da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto), tenham ou não sobrevivido descendentes do *de cuius*. Se a união de facto tiver começado há mais de cinco anos antes da morte, o direito de habitação é conferido por tempo igual ao da duração da união (art. 5.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, na redação da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto). Ao companheiro sobrevivente também é possível pedir alimentos da herança, se vivia com ele em união de facto há mais de dois anos (art. 2020.º, n.º 1, do Código Civil, na redação da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto).

Ver Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07 de Outubro de 1993, Recurso n.º 7552 – 2.ª Secção, ementa em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 430, p. 503.

⁹² Ainda que se argumentasse que esse direito fosse insuficiente e a mulher tivesse interesse nos bens que seu filho viesse a herdar, esses nunca seriam da sua propriedade, apenas os administrava até atingir a maioridade (art. 1888.º e ss do CC).

2.1. O enquadramento na doutrina e na lei

Atualmente, em Portugal, não se permite a inseminação *post mortem* (art. 22.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006), devendo o sémen conservado ser destruído se o homem que o forneceu falecer durante o período máximo admitido para conservação do material genético⁹³ mesmo que recolhido com o fundamento de receio de esterilidade para fins de utilização por parte da mulher ou companheira (art. 22.º, n.º 2, da respetiva lei). No caso de a inseminação vir a acontecer, contrariamente à lei, o legislador prevê que será considerado filho(a) do falecido a criança que vier a nascer⁹⁴.

⁹³ Tendo em conta o que se passa nas diversas legislações estrangeiras é possível evidenciar um a diversidade de regulamentação acerca da matéria.

A Lei alemã n.º 747/1990 de 13 de dezembro, proíbe inseminação *post mortem* e pune com prisão de até três anos ou multa quem fecunde um óvulo com sémen de homem após sua morte (§ 4, (1) 3).

Na França, o art. L2141-2 do Código da Saúde Pública (*Code de la santé publique*) explica que o obstáculo para a inseminação ou transferência de embriões é a morte de um dos membros do casal, como se vê aqui mencionado: "*L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation*".

Na Itália, o art. 5.º da Lei n.º 40, de 19 de fevereiro de 2004, consagra que somente podem aceder às técnicas de PMA duas pessoas maiores de idade, de sexo oposto, casadas entre si ou que vivam em união de facto, em idade potencialmente fértil, e estando ambas vivas.

No Reino Unido, de acordo com o *Human Fertilization and Embryology Act*, é permitida a PMA *post mortem*. É reconhecida a paternidade do falecido em relação ao nascituro desde que à data da morte esse estivesse casado ou vivesse maritalmente com a beneficiária (Secção 39.º, 40.º e 46.º).

Da mesma forma a Espanha, o art. 9.º, da Lei n.º 14/2006 de 26 de maio, permite tanto para cônjuges como para unidos de facto a inseminação *post mortem* desde que feita nos doze meses seguintes à morte do marido e com o seu consentimento por escritura pública ou por testamento.

No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/92, alterada pela Resolução n.º 1.957/2010, no que concerne às regras da PMA, prevê que não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado.

Cfr. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, cit., p. 56, nota 226.

⁹⁴ Art. 23.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, a não ser que à data da inseminação a mulher esteja casada ou viva em união de facto com um homem há pelo menos dois anos (art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006). Nessa hipótese, se o atual marido ou companheiro der o seu consentimento para o ato, a ele será atribuída a paternidade quanto ao filho que nascer (art. 1839.º, n.º 3, do Código Civil).

VERA LÚCIA RAPOSO defende a possibilidade de inseminação *post mortem*, desde que ocorra por um período de tempo limitado após o seu falecimento e que o marido tenha declarado expressamente o seu consentimento para uso do material genético após a sua morte ("Direitos Reprodutivos", in *Lex Medicinæ*, cit., p. 124).

STELA BARBAS defende que a inseminação *post mortem* pode acontecer em algumas situações especiais, desde que autorizado pelo falecido em documento autêntico, testamento ou escritura pública, e seja utilizado em um prazo estipulado («Aspectos jurídicos da inseminação artificial "post mortem"», in *Colectânea de Jurisprudência: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Coimbra, ano 7.º, Tomo II, 1999, pp. 21-24*).

MARÍA ADELINA MOSCONI e ORIETA PONTORIERO consideram que a prática da PMA *post mortem* é fundamentada desde que verificados certos requisitos á luz do ordenamento jurídico argentino: a

De acordo com os argumentos invocados parece adequado a permissão da inseminação *post mortem*⁹⁵, todavia é encarada regularmente com argumentos a favor e contra a sua admissibilidade. As posições a esse respeito podem resumir-se na admissibilidade do procedimento, mas sem atribuição de filiação relativamente ao *de cuius* e respetivos direitos sucessórios⁹⁶; a admissibilidade do procedimento, estabelecendo requisitos na atribuição de direitos sucessórios e a prazos legalmente estabelecidos para que a concepção e o nascimento com vida aconteçam⁹⁷; e, a vedação à inseminação *post mortem*.

Porém, para refletir acerca da posição a tomar no que concerne à admissibilidade da inseminação *post mortem* é necessário entender qual o fundamento do *direito de constituir família* da mulher do *de cuius*, ou seja, se é o desejo de prolongar a vida e a família após a morte do marido ou apenas uma forma de combater o sofrimento e fazer o luto (verificação de qual o interesse que está em causa).

Deve, também, o procedimento ser efetuado de acordo com a vontade expressa do falecido e dentro de um prazo estipulado a contar da morte do marido ou do companheiro. O facto de estipular um prazo pode ocasionar discussões acerca da arbitrariedade desse tempo, mas permitir que o falecido estipule o prazo para que o sémen seja utilizado após a sua morte, pode ocasionar o nascimento de uma criança muito tempo depois do falecimento do *de cuius*⁹⁸.

Quanto à inseminação heteróloga *post mortem* a questão é muito mais complexa para haver consenso. Apesar de o dador do esperma abdicar de todo o direito sobre os gâmetas doados, a utilização de sémen para inseminação heteróloga implicaria que o

reprodução deve ser homóloga; a vontade deve ser expressa de forma solene; o procedimento de inseminação deve ser efetuado até noventa dias após a morte do homem que forneceu o material genético; e, após o procedimento devem ser destruídos os gâmetas sobrantes para evitar o uso em inseminação heteróloga (“La Genética y El Derecho: La Inseminación *Post Mortem*”, in *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n.º 857, 1999, p. 58).

⁹⁵ Ver art. 18.º, n.º 1 do Decreto n.º 415/VII, que foi aprovado pela Assembleia da República em 17 de Julho de 1999, mas vetado pelo Presidente que previa a possibilidade de inseminação *post mortem* desde que houvesse vontade expressa do falecido e fosse realizada três meses após a morte do *de cuius*. Entretanto não foi essa a opção legislativa que prosperou (Ver os comentários dos dispositivos do Decreto n.º 415/VII por TIAGO DUARTE, *In vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, cit., p. 101, nota 215).

O prazo para realização da inseminação parece curto e legislações como a lei espanhola n.º 14/2006, de 26 de maio, no seu art. 9.º, n.º 2, que prevê o prazo de doze meses seguintes à morte do progenitor para que a inseminação seja efetuada, período que parece mais adequado de acordo com as circunstâncias.

⁹⁶ FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ, “La fecundación artificial «post mortem»”, cit., pp. 873-880.

⁹⁷ É o que ocorre na Espanha com a Ley n.º 14/2006.

⁹⁸ Art. 23.º, da Lei n.º 32/2006 expõe que a ilegalidade não contamina a filiação quanto à pessoa concebida após o prazo legal. O que está em causa é o superior interesse da criança, o reconhecimento da filiação.

falecido tivesse direito a dispor do sémen a uma terceira pessoa, o que é juridicamente impossível, enquanto direito pessoal que apenas pertence ao titular⁹⁹.

Em suma, a prática da fecundação *post mortem* exige que a mulher/companheira sobreviva ao marido/companheiro, porque o inverso implica a gestação por outra mulher que não a biológica¹⁰⁰.

2.2. Alguns casos relacionados com a inseminação *post mortem*

Em diversos textos em que a PMA *post mortem* é examinada podemos verificar que os casos Parpalaix, Gallon e Blood são referência recorrente para debate e divulgação e, por isso mesmo, merece a nossa reflexão.

Em 1995, no Reino Unido, o senhor Blood, em decorrência de uma meningite, entrou em coma e a senhora Blood convenceu o hospital a que fosse coletada uma amostra de sémen do marido, cuja morte era certa. Após o falecimento do marido, a esposa quis utilizar o sémen do marido que havia sido extraído quando este se encontrava inconsciente. A HFEA (*Human Fertilisation and Embryology Act*), responsável pela regulação da PMA no Reino Unido, não autorizou à viúva o uso daquele sémen nem que o levasse para ser utilizado noutro país¹⁰¹.

Em grau de recurso, na *Court of Appeal*, foram apreciados aspetos como a ausência de consentimento expresso do senhor Blood e a recusa da HFEA em autorizar que a

⁹⁹ Cfr. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, cit., p. 58.

YOLANDA GOMEZ SANCHEZ entende que não existe uma verdadeira fecundação *post mortem* quando a viúva/ companheira é fecundada com gâmeta do dador (*El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 129). Sendo assim e de acordo com o art. 6.º, n.º 1 da Lei N.º 32/2006, não pode a mulher continuar com a técnica de PMA quando a legislação portuguesa veda o uso a mulheres solteiras.

Diferentemente, na lei espanhola, FRANCISCO HERNÁNDEZ considera que quando se trata de inseminação *post mortem* com sémen de dador, havendo consentimento expresso para a inseminação depois da sua morte, é plenamente possível que ocorra desde que respeitados os requisitos previstos (“La Fecundación Artificial «Post Mortem»”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, n.º 4, 1987, pp. 41-74).

¹⁰⁰ Vide art. 8.º, da Lei n.º 32/2006.

De acordo com as recentes alterações à Lei n.º 32/2006 verifica-se que ainda existem algumas lacunas que têm de ser retificadas. MOISÉS FERREIRA, deputado bloquista, entende que “*Há hoje um avanço que é dado na lei em Portugal e no respeito pelos direitos das mulheres e pelos vários tipos de família que é importante. Mas há um passo que fica por dar, que é o da gestação de substituição e que deve ser dado para que, de facto, todas as mulheres possam ser mães*” (*Alterações à procriação medicamente assistida são “avanço no respeito pelos direitos das mulheres”*, Esquerda.net, disponível em <http://www.esquerda.net/>, acesso em 06-10-2016.

¹⁰¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *Direitos Reprodutivos*, cit., p.123.

senhora Blood levasse a amostra de sémen para outro país¹⁰², neste caso a Bélgica, para a submissão à PMA. A Corte determinou à HFEA que reconsiderasse e permitisse à viúva o “transporte” do sémen do seu marido para outro país, desde que o fizesse com a devida proteção do bem-estar da criança que viesse a nascer¹⁰³.

Na França, Alain Parpalaix¹⁰⁴ descobriu que tinha um cancro nos testículos e, de forma preventiva¹⁰⁵, submeteu-se aos procedimentos necessários para coleta e congelamento de amostra de seu sémen para uma eventual utilização. Alain Parpalaix vivia um relacionamento afetivo com Corinne e, logo após dois dias do casamento, Alain faleceu.

Como Corinne e familiares solicitaram, alguns meses depois da morte de Alain, a amostra de esperma para utilização, o *Tribunal de Grande Instance de Créteil* teve de se manifestar acerca do caso, mais propriamente acerca da natureza do contrato¹⁰⁶ efetuado com o Centro¹⁰⁷.

Em sentença a 01 de Agosto de 1984, aquela Corte determinou que o material requisitado pela viúva lhe fosse entregue¹⁰⁸. A utilização ulterior pela viúva não foi possível pelo largo lapso temporal entre a coleta e armazenamento do sémen até à sua entrega, prejudicando a qualidade do sémen.

¹⁰² Arts. 28.º e ss. e arts. 49.º e ss., do Tratado que institui a Comunidade Europeia, em que permitem a inseminação *post mortem* e a livre circulação de capitais, pessoas, serviços e mercadorias na Europa.

¹⁰³ Diane Blood tem duas crianças, sendo que a primeira foi concebida quatro anos após o falecimento do marido. Diane teve dificuldades em registar o filho com o nome do pai na Inglaterra, o que aconteceu com êxito após a publicação do *Human Fertilisation and Embryology Act* em 2003, que veio a permitir o reconhecimento de filiação no caso da inseminação *post mortem*.

¹⁰⁴ NATHALIE MASSAGER, *Les droits de L' enfant à naître*, Bruxelles: Bruylant, 1997, pp. 433-440.

¹⁰⁵ O tratamento quimioterápico poderia levar à esterilidade e ainda tinha o desejo de ter mais filhos.

¹⁰⁶ Entendeu inaplicáveis as regras relativas ao contrato de depósito quanto ao sémen guardado no Centro, por se tratar *res extra commercium*, ou seja, que o material genético não era comerciável e não havia nenhuma legislação no ordenamento jurídico francês que permitisse a inseminação após a morte. Existe, por parte do Centro, uma obrigação terapêutica, um direito de natureza pessoal que se extingue após a morte e é intransmissível. Pelo contrário, a viúva e familiares alegaram que tratando-se de um contrato de depósito, o depositário deveria de restituir a coisa depositada e, em caso de morte do depositante, a coisa depositada deveria de ser entregue aos seus herdeiros (*vide* artigos 1932.º; 1939.º e 1951.º do Código Civil francês).

FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ, “La fecundación artificial «post mortem»”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, cit., p.883; EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos”, São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, 1995, pp. 236-237.

¹⁰⁷ CECOS – *Centres d'Etude et de Conservation des Oeufs et du Sperme humains*.

¹⁰⁸ A Corte considerou que a relação estabelecida entre o *de cuius* e o Centro tinha natureza de contrato atípico, e as circunstâncias de conservação e utilização do sémen não eram admitidas nem proibidas pelo sistema jurídico francês. A vontade tácita do *de cuius* e a procriação como um dos fins do casamento foram a chave do processo.

Questões como o estabelecimento da filiação e a atribuição de direitos sucessórios não foram apreciados e discutidos, porém Corinne, felizmente, casou novamente e é mãe de um menino concebido naturalmente.

Em 1985, Michel Gallon ao descobrir um tumor nos testículos, depositou o seu esperma no Centro especializado de Toulouse. No ano de 1989, faleceu¹⁰⁹ e a viúva reclamou, dois dias após a sua morte, os gâmetas criopreservados do marido, todavia o Centro recusou a entregá-lo¹¹⁰.

Neste caso, o Tribunal decidiu por não autorizar a inseminação artificial *post mortem* com fundamento na privação do poder paternal e dos direitos patrimoniais pela criança assim como o facto de o falecido ter assinado o contrato que continha uma cláusula que estipulava que o material não poderia mais ser utilizado na sua ausência¹¹¹. O Tribunal não fundou a sua condenação na prática em si mesmo, mas na existência de uma cláusula que proibia a PMA após a morte pela vontade expressa do *de cuius*.

No Brasil, o primeiro caso a chegar ao sistema judiciário que envolveu a inseminação póstuma aconteceu no ano de 2010. Katia Lerner e o seu marido tentavam engravidar naturalmente quando este descobriu um cancro, em janeiro de 2009. Por indicação médica, congelou o sémen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia ter como efeito a infertilidade. Sete meses depois, não resistiu aos tratamentos e acabou por falecer quando o cancro já se teria espalhado pelos ossos¹¹².

A esposa quis dar continuidade ao desejo de ambos e recorreu ao laboratório para proceder a inseminação do sémen congelado, porém foi-lhe negado tal pedido por não haver consentimento prévio do marido para utilização do sémen *post mortem*. Em decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (Paraná) – processo n.º 0027862-73-2010.8.16.0001 – a viúva obteve autorização a utilizar o sémen congelado do *de cuius*.

¹⁰⁹ A causa da morte não foi devido ao tumor nos testículos, mas de SIDA.

¹¹⁰ MARINA PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción assistida*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 268; NATHALIE MASSAGER, *Les droits de L' enfant à maître*, cit., pp. 450-458.

¹¹¹ STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao património genético*, cit., p. 130, admite a possibilidade das viúvas recorrerem à inseminação de esperma do marido falecido “*apenas por motivações de natureza económica, de «fabricar» possíveis herdeiros*”. A possibilidade não é remota nem impossível e, por isso mesmo uma possibilidade que a meu ver pode acontecer pelo facto dos seres humanos serem imprevisíveis. Acredito no ser humano que tenha o desejo de conceber um filho da pessoa amada como homenagem e demonstração do amor e afeto, mas também do ser humano com ânsia de poder económico e capacidade para realização de determinados atos em prol de um único objetivo: o seu bem-estar.

¹¹² Vide VERA LÚCIA RAPOSO, *Direitos Reprodutivos*, cit., p.123.

Estes são apenas alguns casos que podemos encontrar que retratam questões relativas à inseminação *post mortem*, mas em todos não são pacíficas as decisões tomadas pelos Tribunais. Existem diversas posições acerca o tema, seja por se acreditar que o falecido não deu o seu consentimento expresso e não planeou um filho (não existiu um projeto parental previamente definido) após a sua morte, seja pelo anseio da viúva de ser mãe e de ter um filho da pessoa com quem tinha uma relação afetiva.

Os casos retratados denotam a relevância do direito da criança à biparentalidade. Este direito desencadeia complicações ao nível do estabelecimento da filiação de uma criança que nasce através da inseminação *post mortem* (como foi o caso da Sra. Blood que acabou por gerar problemas no registo da filiação) e a busca, incansável, por tais direitos noutros países¹¹³.

3. A transferência do embrião criopreservado *post mortem*

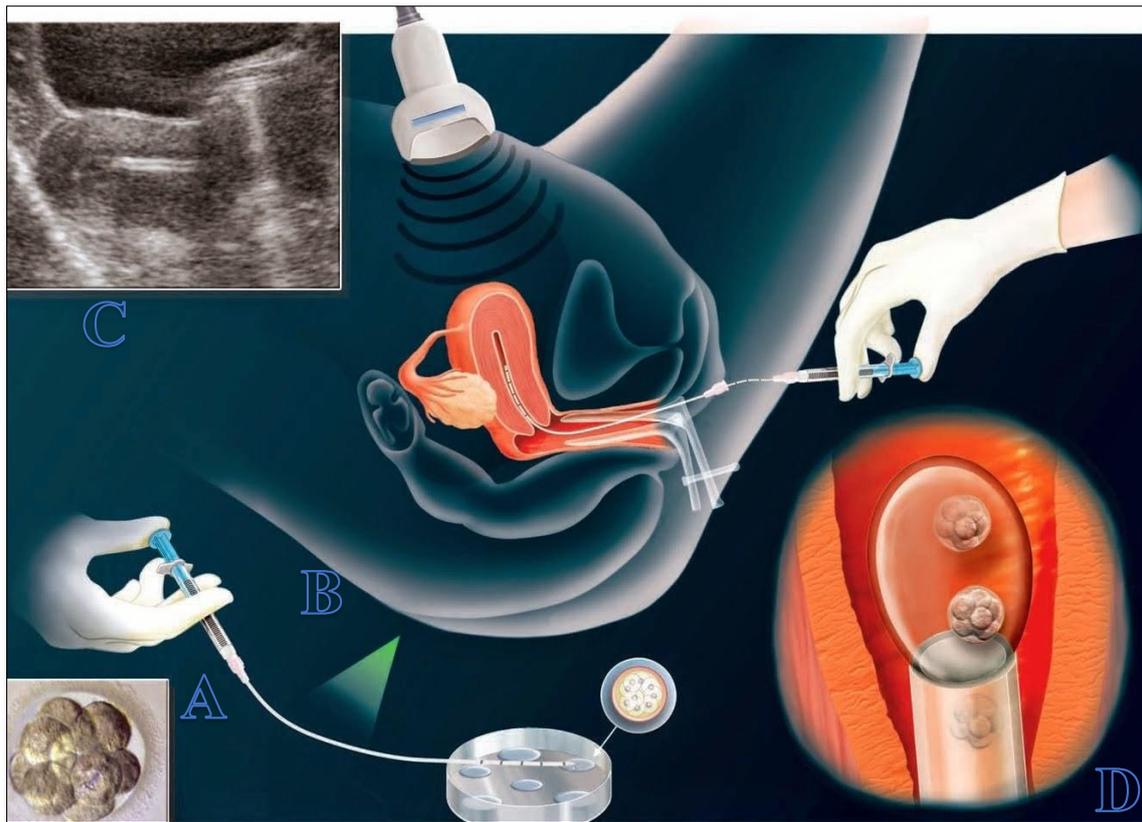
Estamos perante uma transferência do embrião *post mortem*¹¹⁴ quando o falecimento do progenitor acontece depois de a inseminação já ter ocorrido, mas antes da transferência para o interior do útero materno.

*“Submete-se, assim, a mulher ao tratamento hormonal que estimula a formação de folículos ovarianos e possibilita que lhe sejam retirados ovócitos. Idealmente, deveriam ser fecundados apenas os ovócitos que viessem a ser transferidos, em quantidade que não representasse risco à vida da gestante e dos fetos. No entanto, conseguem-se, em média, sete ou mais ovócitos por ciclo reprodutivo estimulado hormonalmente para fins de reprodução assistida, não sendo recomendável que se transfiram todos. Deve-se, pois, decidir entre a fecundação de todos eles ou a fecundação de apenas alguns, com o descarte, a dádiva ou o congelamento dos ovócitos restantes.”*¹¹⁵

¹¹³ Acredita-se que deve haver uma melhor normatização da questão na permissão do uso do material genético após o falecimento do genitor e o reconhecimento dos direitos filhos nascidos através da técnica.

¹¹⁴ PATRICK STEPTOE E ROBERT EDWARDS, do Reino Unido, foram os responsáveis pela fertilização *in vitro* que proporcionou o nascimento de LOUISE BROWN, em 1978. Denominado o primeiro “bebê-de-proveta”, hoje é uma mulher casada e mãe de um filho concebido de forma natural – sexuada. Após três décadas do acontecimento e o desenvolvimento de pesquisas, tornou-se possível o encontro dos gametas feminino e masculino fora do corpo da mulher. O êxito do desenvolvimento da laparoscopia também foi fundamental porque permite a extração de ovócitos para que sejam fertilizados *in vitro* e a ulterior transferência do embrião é imprescindível para o nascimento e desenvolvimento da criança (Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida homóloga Post Mortem*, cit., p. 71).

¹¹⁵ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida homóloga Post Mortem*, ob. cit., p. 72, sobre o congelamento de ovócitos também aponta limitações da técnica e viabilidade depois do descongelamento. Considera que a questão não é a nível jurídico, mas a



¹¹⁶ **Fig. 3** – Transferência de embriões. **A** – aspiração dos embriões da placa de cultura para o cateter de transferência; **B**- cateter inserido no útero; **C** – visualização ecográfica do cateter (circundado a azul); **D** – deposição dos embriões no útero, durante a qual é visível uma pequena gota brilhante na ponta do cateter, através do controlo ecográfico

Esta técnica é distinta da inseminação *post mortem*, desde logo por já existir um embrião formado, por não se estar apenas diante do material genético (como é o caso da inseminação *post mortem*) e por considerar-se que o consentimento foi dado para que

ponderação do sacrifício da mulher ao submeter-se àquele tratamento que pode não originar em gravidez e no nascimento de uma criança, provocando novos tratamentos hormonais e novas tentativas de fecundação, transferência e gestação.

¹¹⁶ “Antes da realização da transferência é necessário preparar o útero da paciente que irá receber o embrião. Assim, na noite após a punção folicular é iniciada a administração de progesterona, hormona essencial para que o endométrio apresente as características secretoras necessárias para que ocorra implantação e suporte da gravidez. A transferência pode ser realizada a partir do segundo dia de cultura embrionária até ao quinto dia, altura em que os embriões já deverão ter atingido a fase de blastocisto. A transferência intrauterina por via vaginal é a técnica mais utilizada. Primeiramente é lavado o cateter de transferência de embriões com meio de cultura. O embrião é seguidamente aspirado e, por fim, é transferido para o útero da paciente.”

Cfr. ANA MARGARIDA DOS SANTOS SILVA, *Relatório de Estágio: O Laboratório de Reprodução Humana Assistida*, Mestrado em Biologia Celular e Molecular, Departamento de Biologia, sob a Orientação de Vasco Martins de Almeida, Professor Auxiliar, Faculdade de Ciências da Universidade do Porto, 2014, pp. 76-77.

fosse conduzindo enquanto o genitor estivesse vivo. Pelo facto de serem processos distintos será que é possível a transferência desses embriões após a morte do progenitor, se já houve a fecundação consentida¹¹⁷? Veremos mais adiante como se procede.

Uma das questões mais cruciais relativamente ao uso desta técnica é sobre a natureza dos embriões que ainda não foram transferidos e a proteção que lhes deva ser assegurada. Entende-se que a transferência de todos os embriões numa única fertilização *in vitro* pode ter como consequência os riscos que gravidezes múltiplas submetem à mãe e ao feto¹¹⁸.

Sendo assim, a formação de embriões excedentários é quase inevitável quando se recorre a esta técnica, porque no momento em se submete a mulher a uma sobrecarga hormonal pretende-se a extração de um maior número de ovócitos para que não tenha de repetir o mesmo processo.

Admitida a fertilização *in vitro* homóloga, *post mortem* ou *peri mortem*, a criopreservação de embriões é determinante para que o processo tenha sucesso.

¹¹⁷ Vide o caso “viúva de Toulouse” em que uma mulher cujo marido havia falecido reclamava junto do centro hospitalar onde ambos tinham acordado em criopreservar os respetivos embriões, a entrega dos mesmos para posterior transferência embrionária. Nesse contexto, as autoridades francesas decidiram que os embriões haviam de ser destruídos argumentando que após a morte do marido, a mulher deixará que cumprir os requisitos estipulados pela lei francesa no que se refere ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida. A lei francesa entendeu que deve existir um modelo tradicional formado por um pai e uma mãe e que o uso das técnicas é exclusivamente para os casos de infertilidade ou perigo de transmissão de doença hereditariamente transmissível.

Inversamente à decisão de 30 de junho de 1993 do *Tribunal de Grande Instance de Rennes* encontra-se a decisão de 10 de novembro de 1992 do *Tribunal de Grande Instance d’Angers, Première Chambre*, autorizando a transferência de embriões numa situação semelhante à retratada e permitindo, inclusive, que a criança fosse juridicamente considerada filha do *de cuius* e adotasse o seu apelido. Mais tarde, esta prática foi considerada inadmissível e foi emitido o parecer de 17 de dezembro de 1993 do Conselho Nacional de Ética Francês no sentido de admitir a transferência *post mortem* (VERA LÚCIA RAPOSO/EDUARDO DANTAS, “Aspectos jurídicos da reprodução pos-mortem, em perspetiva comparada Brasil-Portugal”, in *Lex Medicinae*, Coimbra Editora, ano 7.º, n.º 14, 2010, p. 89).

Em Portugal já são vários os casos em que foram recusados os pedidos de transferência *post mortem* de embriões. Um dos casos remonta a 2009 em que o casal, que vivia em união de facto, estava a fazer tratamentos de fertilidade numa clínica em Lisboa. Porém, o companheiro, diagnosticado com um linfoma há 12 anos acabou por falecer sem que os 9 embriões congelados fossem utilizados. A companheira, algum tempo depois, fez o pedido para poder utilizar os embriões com quem tinha efetuado um projeto parental. Mas, sem um consentimento expresso para a prática do ato, o CNPMA decidiu indeferir o pedido. Como a maioria dos casais são jovens e nestes casos não se espera que tal se suceda Teresa Almeida Santos, Presidente da Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução, admite: “*Não me passa pela cabeça perguntar a um casal jovem e saudável, à partida, ‘e se morrer...’.* Parece descabido”. “*Culturalmente causa desconforto abordar esta questão, há uma tendência para se desvalorizar*”. Este foi um dos pontos em que se verificou melhoria, desde logo no contato médico-paciente. (Cfr. CATARINA GOMES, *Recusado pedido de transferência de embriões após a morte do homem*, *Jornal O Público*, disponível em <https://www.publico.pt>, acesso em 28-09-2016).

¹¹⁸ Art. 24.º, n.º 1 e 2 da Lei n.º 32/2006 remete a decisão do número de embriões a serem transferidos para o médico e para a equipa médica de acordo com a situação clínica do casal.

3.1. Estatuto jurídico do embrião humano

Quando se trata de criopreservação de embriões, é possível encontrar referências à existência de pré embrião nos primeiros catorzes dias de desenvolvimento antes da implantação no útero da mulher¹¹⁹.

Para o ordenamento jurídico português, o embrião não é considerado uma pessoa¹²⁰ tendo o próprio Tribunal Constitucional revelar-se adepto da proteção progressiva¹²¹, ou seja, a tutela conferida ao embrião deve ser gradativamente mais forte à medida que o embrião se desenvolve. A Lei n.º 32/2006 é exemplo no que se refere aos embriões excedentários por ser considerada liberal¹²² se comparada a outros ordenamentos¹²³, no sentido de o embrião ser considerado pessoa e dotado de dignidade inerente a todo o ser humano¹²⁴.

¹¹⁹ É o que ocorre na norma espanhola, no art. 1.º, n.º 2, da Ley n.º 14/2006.

¹²⁰ De acordo com o art. 66.º a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento com vida.

STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao património genético*, cit., p. 136.

¹²¹ Outras decisões no mesmo sentido: *Acórdão n.º 288* do Tribunal Constitucional, Conselheiro Luís Nunes de Almeida Lisboa, 17 de abril de 1998; *Acórdão n.º 75* do Tribunal Constitucional, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Lisboa, 23 de fevereiro de 2010. Nas decisões do Tribunal Constitucional demonstra-se a negação reiterada pelos direitos fundamentais ao embrião, conferindo-lhe a tutela de bem jurídico, uma tutela objetiva.

Cfr. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, cit., p. 66, nota 256.

¹²² VERA LÚCIA RAPOSO/ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, cit., p. 96.

¹²³ Na Itália, a Legge 19 Febbraio, n.º 40, art. 14.º, n.º 1 e 2, veda a criopreservação de embriões, que só pode ser utilizada excepcionalmente, se aqueles que formados durante um processo de PMA não puderem ser transferidos por motivo de força maior grave e devidamente comprovado, relativo à saúde da mãe e não previsível no momento da fecundação religiosa (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida homóloga Post Mortem*, cit., pp. 83-90).

¹²⁴ Os embriões são vistos de diversas formas: podem ser vistos como pessoas, como um mero grupo de células ou coisas ou como um intermediário entre os dois. A determinação é complexa porque assenta em várias questões seja de natureza biológica, ética ou religiosa (PAULA MARTINHO DA SILVA/MARTA COSTA, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, cit., p. 66). Por isso mesmo, foi necessário a criação do *Grupo de Trabalho para a Protecção do Embrião e do Feto*, em Setembro de 2002, por aplicação do disposto no art. 31.º da própria Convenção que teve como objetivo auxiliar na proteção dada ao embrião humano *in vitro*, identificar as diversas posições existentes, os argumentos que servem de base a essas posições, sem criar uma posição relativamente às mesmas. Não foi possível chegar a um consenso relativamente às questões geradas, contudo deu-se um passo importante para a necessidade de proteção do embrião humano *in vitro* (PAULA MARTINHO DA SILVA/MARTA COSTA, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, cit., pp. 67-73).

Na linha da defesa do embrião como pessoa humana, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que "o substrato biológico da personalidade que o acompanha sempre, existe já. Por isso dizemos que aquele ser tem fins próprios, o que o enquadra na personalidade", não podendo ser tratados como se fossem coisa, sendo um centro autónomo de interesses ("Direito e Bioética", in *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 450). Ver também PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*, cit., p. 51.

Dentro dessa linha, apesar de não se considerar pessoa humana há quem considere que deve ser protegido juridicamente como tal como é o caso do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida se posicionou nesse sentido ao afirmar que "enquanto esta controvérsia não for resolvida e subsistir a

O consenso¹²⁵ encontrado constitui, pois, um ponto de partida para afastar a posição de que o embrião é um amontoado de células e ser considerado uma pessoa com direitos¹²⁶.

Desta forma, é difícil concluir pela atribuição de determinada natureza jurídica ao embrião criopreservado e conferir-lhe um verdadeiro estatuto, pois as diferentes concepções assentam em ideologias, crenças éticas e morais distintas. Mesmo assim, entendo que o embrião é merecedor de uma proteção especial e de verdadeiro estatuto enquanto pessoa humana¹²⁷.

dúvida, tem aplicação, entretanto e sempre, o princípio ético que estabelece ser gravemente ilícito atentar contra uma entidade de que se duvida se, sim ou não, constitui um sujeito investido de plena dignidade humana” (CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Presidência do Conselho de Ministros, Relatório - Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93), disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf, p. 97, acesso em 26-02-2016.

Outra das posições retratadas é aquela que considera o embrião como *tertium genus*, ou seja, o embrião não é visto como coisa, mas também não reúne propriamente as características de pessoa. Acolhe esse posicionamento VERA LÚCIA RAPOSO, com as devidas limitações, expressando que embora não exista ali uma pessoa humana, “já existe uma forma de vida humana, enquanto o embrião chama a si a potencialidade para se desenvolver numa pessoa e a pessoa assume juridicamente (e eticamente) uma importância superior à de qualquer outro ser vivo” (*Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 364).

Pelo inverso, há quem considere que não podemos dar o mesmo respeito ao embrião que à pessoa já nascida, dependendo do nascimento e do direito que a lei lhe reconhecer. É o caso de FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, que considera o embrião como pessoa humana em potencial e lembra que os menores gozam de personalidade jurídica, mas são incapazes para o exercício dos direitos, o que significa que apesar de pessoas não têm os mesmos direitos que os maiores (“Procriação Assistida com Gâmetas do Casal”, in *Colóquio Interdisciplinar*, cit., pp. 28-29).

¹²⁵ São alguns os exemplos de preceitos que conferem algum tipo de tutela jurídica: art. 952.º do CC que permite que façam doações aos nascituros concebidos ou não concebidos; o art. 2033.º, n.º 1 e 2 do CC que estipulam sucessão legal quanto aos concebidos e sucessão testamentária e contratual, quanto aos não concebidos; ou, o art. 142.º do Código Penal, quando proíbe o aborto a partir da décima semana, quando realizado por livre vontade da mulher (Cf. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), cit., pp. 63-82).

¹²⁶ PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do embrião: um perfil constitucional da bioética*, cit., pp. 40-41 defende que “optar na dúvida pela vida” é a única posição com a garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana.

NATÁLIA OLIVA TELES ressalva como argumento final que não se deve centrar no facto de estarmos perante uma pessoa humana no sentido filosófico, mas sim “de uma entidade possuidora de características tais que, se não surgir nenhum elemento perturbador, culmine com grande probabilidade, na constituição de uma nova pessoa humana.” (*Diagnóstico Genético Pré-Implantação, Aspectos Técnicos e Considerações Éticas*, Acta Med Port., 2011, p. 994, disponível em www.actamedicaporuguesa.com, acesso em 06-04-2016).

¹²⁷ VERA LÚCIA RAPOSO entende que a posição mais sensata é a de qualificar o embrião como um *tertium genus*, que não é pessoa nem coisa. Esclarece a autora que “(...) la relación que se establece entre los embriones y sus progenitores no deberá encuadrar-se en el derecho de propiedad y tampoco en el derecho da familia, sino en una nueva categoría de relaciones, por ahora aún inominada y que, a falta de mejor designación, denominaremos de “deber de cuidado”. Esta figura jurídica se aproxima bastante a las posiciones positivas y negativas que se atribuyen a los padres en su trato com los hijos – en la medida

“ Mais não seja, porque a transferência de embrião post mortem se tem por permitida, ao contrário do que acontece na inseminação homóloga post mortem, e isto tendo em conta a proteção que deve ser dada ao embrião, bem como a expectativa de vida deste. Aqui, o critério da biparentalidade já não se mostra como predominante, já que, maior do que o filho ser “condenado” à orfandade, existe a sua expectativa de vida. Aliás, esta criança, à partida, iria nascer no seio de uma família biparental mas, por motivos que não foram capazes de serem perspetivados e por razões não impútaveis aos genitores, o objetivo sofreu um desvio já a meio caminho andado.¹²⁸”

Apesar da ausência de tutela dada ao embrião não podemos considerar inconstitucional a sua utilização para fins de investigação. O embrião não deve ser visto como “coisa”, sob pena de a sua destruição em nada se associar à perda da vida humana¹²⁹.

Assim, entendo que o embrião aquando o seu nascimento completo e com vida, já é um ser humano digno da garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana, prevista no artigo 24.º, da Lei Fundamental.

3.2. O destino dos embriões excedentários: Os casos RIOS, DAVIS V. DAVIS e EVANS

As questões relacionadas com os embriões criopreservados é, atualmente, dos temas mais controversos relacionados com a procriação medicamente assistida. A complexidade do tema provoca reações e discussões, como o início da vida e da personalidade e a legitimidade para tomar decisões sobre o destino dos embriões.

Os casos RIOS, DAVIS V. DAVIS e EVANS são exemplos de quando as pessoas que acalentaram o projeto parental que os originou desistirem ou falecerem.

No primeiro caso, no ano de 1984, nasceu Zoe Leyland, em Melbourne, na Austrália, proveniente de um embrião criopreservado¹³⁰. Em 1981, o casal Mario e Elsa Rios,

en que atribuye a los progenitores más deberes que derechos – pero no coincide integralmente con aquellas.” (De quien es este embrión? El poder de disposición de los embriones sobrantes, 2008, p. 5).

¹²⁸ TERESA ALEXANDRA DA SILVA BRANDÃO, *Da Procriação Medicamente Assistida (aspetos gerais) aos Efeitos Sucessórios – Inseminação Homóloga Post Mortem*, Outubro de 2015.

¹²⁹ JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO entende que independentemente de o embrião ser qualificável como pessoa merece um tratamento diferente do que é atribuído a coisas ou objetos. Sendo assim, pertence à categoria de sujeito, “tem fim e interesses próprios” e só pode ser submetido a experiências científicas no seu próprio interesse (*Direito e Bioética*, cit., p. 449).

¹³⁰ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, cit., pp. 74-76.

residentes na Califórnia, foi a Melbourne para submeter a uma fertilização *in vitro* no *Queen Victoria Medical Center*, tendo obtido três embriões (um foi transferido para o útero de Elsa e os restantes criopreservados).

Sem sucesso com a gravidez do primeiro embrião, em 1983, o casal resolveu adotar uma criança argentina. Contudo, algum tempo depois, os três vieram a falecer num acidente de aviação sem que pudessem deixar testamento ou alguma indicação sobre o destino a dar aos restantes embriões. O único herdeiro era Michael Rios, filho de Mario, de casamento anterior a Elsa.

Em 1984, instaurou-se uma celeuma, que envolveu Michael Rios, o *Queen Victoria Medical Center* e organizações em prol da vida dos EUA e da Austrália. Sobre o assunto, o Centro que conservava os embriões declarou que os embriões não tinham qualquer vínculo com Michael Rios, pois a fertilização *in vitro* tinha sido feita com esperma do dador e não eram viáveis porque até ao momento não teria sido possível uma gravidez com a transferência de embriões que estivessem congelados há mais de dois anos¹³¹. Sem o casal para se pronunciarem acerca da questão, o governo de Victoria decidiu que os embriões deveriam de ser destruídos.

Em Novembro de 1984, o Parlamento regulou legalmente a procriação assistida, determinando que nos casos equivalentes ao do casal Rios, os embriões excedentes deveriam ser “doados” a mulheres que não pudessem produzir os seus óvulos¹³².

Em 1980, nos EUA, Mary Sue Davis casada com Junior Lewis Davis, ansiavam pela concretização do sonho de ter um filho após cinco gravidezes, sem sucesso. Recorreram à fertilização *in vitro*, mas após cinco tentativas fracassadas decidiram tentar adotar uma criança, sem sucesso novamente¹³³.

Em 1988, nove ovócitos foram extraídos de Mary Sue, fertilizados com esperma de Junior Lewis e obtidos nove embriões: dois deles foram transferidos sem que a gravidez fosse alcançada e os restantes foram congelados. Com o divórcio, Junior solicitou à clínica de reprodução que os embriões fossem destruídos, apesar de não terem

¹³¹ No caso de Zoe Leyland, a fertilização ao embrião foi realizada 20 meses antes, ou seja, o embrião tinha ficado congelado num período inferior aos dois anos.

¹³² Cfr. TIAGO DUARTE, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, cit., p. 114, nota 237.

Cfr. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), cit., pp. 67-69.

¹³³ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, cit., pp. 76-78.

estipulado, durante o procedimento, o destino a dar aos embriões em caso de morte ou divórcio. Em oposição, Mary Sue alegou que era mãe daqueles embriões e que tinha o direito de tentar engravidar com a transferência dos embriões para o seu útero.

A decisão do Tribunal recaiu sobre a natureza jurídica daqueles embriões e não sobre quem detinha a legitimidade de decidir o destino dos mesmos. O depoimento de uma médica francesa foi crucial, já que o Juiz entendeu que o embrião criopreservado era uma pessoa e que deveriam ser destinados à transferência para o útero de Mary Sue.

A decisão foi revista pela *Court of Appeals of Tennessee* que, de acordo com a norma daquele Estado, deveria prevalecer o direito de Junior de não ser pai em relação ao desejo de Mary Sue de o ser, numa situação que ainda não havia sequer uma gravidez. Mary Sue, insatisfeita, recorreu à *Tennessee Supreme Court*, alterando o seu pedido no sentido em que os embriões fossem “doados” a casais que não pudessem ter filhos, mas que o desejassem.

A Corte entendeu que os embriões não deveriam ser vistos como meras coisas, mas potenciais criadores de vida¹³⁴. Apesar de definido o estatuto jurídico do embrião, o entrave surge na compreensão do direito de procriar relacionado com o direito de privacidade: existe o direito de procriar e o direito de não procriar, tuteláveis pelo direito de igualdade entre o homem e a mulher.

Concluiu-se que deveria prevalecer o direito de Junior de não procriar em relação ao direito de Mary Sue. Ela detinha a possibilidade de se direccionar para a maternidade, mas a vontade de o fazer, através de tratamentos de fertilidade, era reduzida. A Corte também acrescentou que, em casos futuros, a decisão poderia ser diversa, se o pedido fosse de transferência de embriões para o útero da mulher e não de “doação” dos mesmos¹³⁵.

No ano de 2000, no Reino Unido, a senhora Evans descobriu tumores ovarianos e, por isso, deveria proceder à extração para que não se alastrassem. Foi-lhe sugerido que

¹³⁴ VERA LÚCIA RAPOSO conclui que “*No obstante que las dos decisiones eran contradictorias, presentaban un punto en común (más evidente en la primera de ellas do que en la segunda): ambas consideraban los embriones no como cosas susceptibles de ser objeto de derechos de propiedad, sino como individuos (o, al menos, entidades que a ellos se asemejan)*” (*De quien es este embrión? El poder de disposición de los embriones sobrantes*, p. 13).

¹³⁵ A decisão foi tomada de acordo com a vontade demonstrada por parte de Mary Sue na utilização dos embriões para a concretização do desejo de se tornar mãe. Finda a vontade de se submeter a tratamento de infertilidade, o seu direito deixou de se sobrepor ao *direito de não procriar* por parte de Junior. Todavia, num futuro próximo as condições podem ser distintas e o desejo de procriar por parte de Mary Sue pode ser considerado como essencial para realização pessoal, permitindo o Tribunal, noutro processo, a utilização dos embriões. A “doação” a outros casais seria colocada de parte, já que o genitor não deu o consentimento para determinado ato, mas para a formação de um projeto parental com a mulher.

os ovócitos fossem fecundados e que os embriões fossem congelados para que num futuro (em prazo não inferior a dois anos) se procedesse à transferência para o útero.

Em 2002, o casal separou-se, e o senhor Jhonson notificou a clínica do sucedido para que fosse revogado o consentimento para transferência dos embriões para o útero da senhora Evans que havia prestado em Novembro de 2001. A senhora Evans recorreu aos tribunais ingleses para que os embriões não fossem destruídos e, eximindo o seu ex-marido de qualquer obrigação legal em relação aos filhos que porventura nascessem em consequência do procedimento.

A senhora Evans não conseguiu que as Cortes britânicas concedessem o seu pedido e recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sob o fundamento que o seu direito de utilização dos seus próprios óvulos se contraporia ao direito do seu ex-marido de revogar o consentimento dado anteriormente¹³⁶. Prevaleceu, o direito de não procriar sobre o direito de procriar, sob pena de forçar pessoa a procriar.

Existem outras decisões, de países como Israel, que entendem o direito da mulher de se tornar mãe se sobrepõe ao interesse do ex-marido e o dano causado a este último seria menor em relação ao interesse da mulher¹³⁷.

Dos casos descritos é necessário compreender que o processo de estimulação artificial da ovulação permite que a mulher produza vários ovócitos por ciclo que, após a sua extração e fecundados *in vitro*, obtém-se embriões que serão implantados no útero da mulher¹³⁸. Como não é possível prever a quantidade de ovócitos que fecundarão em cada ciclo de tratamento, é necessário que em cada ciclo se fecunde a maior quantidade de ovócitos possível para que resultem embriões viáveis. Pode acontecer que a

¹³⁶ Senhora Evans acredita que foram violados os arts. 2.º, 8.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 04 de Novembro de 1950. Como refere o art. 2.º da respetiva Convenção, o direito de qualquer pessoa à vida deve e tem de ser protegido pela lei e não deve ser, intencionalmente, privado da mesma por ninguém. Contrariamente, a Quarta Seção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Processo n.º 6.339/2005, cujo acórdão foi pronunciado em 10 de Abril de 2007) indicou ao Governo Britânico a conservação dos embriões até julgamento definitivo e, considerou que, o não – nascido não é titular do direito à vida e que o homem tem o direito de revogar o consentimento prestado não atentando contra o equilíbrio requerido pela interpretação dos arts. 8.º e 14.º da Convenção. Também considerou não haver violação do art. 2.º, uma vez que não existe consenso na definição jurídica do início da vida e, segundo o direito britânico, o embrião não é reconhecido a qualidade de sujeito de direito autónomo. Relativamente, ao art. 8.º da Convenção, a Grande Câmara da Corte concluiu não haver motivo para conferir maior valor ao interesse da senhora Evans de procriar em relação ao direito do seu ex-companheiro em não ter filhos.

¹³⁷ PAULA MARTINHO DA SILVA/ MARTA COSTA, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, cit., pp. 122-134.

¹³⁸ Cfr. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), cit., p. 68.

quantidade de embriões viáveis seja superior àqueles que são seguros para transferir para o útero da mulher, evitando casos de gravidezes múltiplas ou riscos para a saúde¹³⁹.

A questão seria resolvida se fosse possível a fecundação dos ovócitos necessários para a ocorrência do objetivo da PMA, de forma a não prejudicar a saúde da mulher e do feto. Contudo, a ciência ainda não determinou a quantidade de embriões necessários para o sucesso do tratamento e a quantidade dos mesmos que a mulher consegue suportar.

VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS elucidam que *“a fertilização in vitro constitui um método complexo, não em virtude da técnica em si mesma, mas sim das especificidades da espécie humana, onde a reprodução mesmo quando natural, está muito mais voltada ao fracasso do que nas outras espécies. Atendendo a esses dados, seria um risco demasiado grande de insucesso transportar para o útero materno apenas dois, ou mesmo três, embriões gerados in vitro. Mais prudente é fertilizar óvulos em quantidade suficiente que permita criar uma quantidade superior de embriões, e transportar para o útero um número considerado adequado, atendendo às condições particulares da mulher concreta (idade, estado de saúde, condição física, antecedentes.”*¹⁴⁰

¹³⁹ Para STELA BARBAS a criopreservação só deve ser permitida quando por razões imprevistas não seja possível transferir, no mesmo ciclo que tiveram origem, os embriões para o útero materno pondo em risco a vida do embrião; nas situações em que o estado de saúde da mulher não permita, temporariamente, a transferência de embriões; se a mulher declara que está disposta a fazê-lo posteriormente; e, se a mulher acabar por falecer ou rejeitar a PMA (*Direito ao Património Genético*, cit., p. 105).

¹⁴⁰ VERA LÚCIA RAPOSO/ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de junho)*, cit., pp. 102-103.

Geralmente a quantidade de embriões aceita em Portugal para transferência é de três ou quatro, mas em países como a Itália, a Áustria e a Alemanha, a limitação é mais restritiva, pois diz respeito ao número de embriões a serem formados e transferidos. Um dos exemplos é o Reino Unido, que sempre permitiu a criação de embriões humanos exclusivamente para investigação e a Alemanha, como já mencionado, com legislação proibitiva de qualquer pesquisa em embriões humanos, mesmo com resultado num processo de fertilização *in vitro* (Ver *“The Protection of the Human Embryo in Vitro”*, 19 de junho de 2003, disponível em [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/activities/04_human_embryo_and_foetus_en/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/activities/04_human_embryo_and_foetus_en/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf), acesso em 20-02-2016).

Número de embriões transferidos

	1	2	3	4	≥ 5	Total
Transferências	719	2268	440	1	0	3428
Gestações clínicas	171	972	118	1	0	1262
Perdas obstétricas*	46	173	23	0	0	242
Partos						
Total	118	774	90	1	0	983
 Simples	116	592	67	0	0	775
 Gemelares	2	176	21	1	0	200
 Tripos ou mais	0	1	0	0	0	1
Perdido para follow-up	7	25	5	0	0	37

* Abortos e gestações ectópicas.

Por estas razões, o legislador determinou que fosse feita apenas a transferência de embriões necessários para obtenção da gravidez desejada, levando em conta a situação clínica do casal, a prevenção de gravidez múltipla e de forma a evitar a repetições na recolha de ovócitos¹⁴¹.

Aqueles que revelem menor mobilidade, menor vitalidade ou que sejam em maior número do que os que são passíveis de transferência, não deverão ser implantados e são criopreservados para uma posterior tentativa do processo de PMA. O facto de os embriões serem criopreservados não significa que serão utilizados, podendo ocorrer efeitos desde a impossibilidade ou risco de uma nova gestação, a morte de um membro do casal ou a recusa por parte do casal de uma nova gravidez. Então surge a questão, o que fazer com os restantes embriões? É essa questão que agora vamos dar resposta.

3.3. O poder de decisão sobre o destino dos embriões excedentários

Um dos problemas que se encontra neste tipo de situações é o da legitimidade para decidir sobre o destino dos embriões excedentários.

Há divergência de orientações no que concerne ao poder de decisão sobre o destino dos embriões excedentários: uns consideram que o direito de decidir cabe aos progenitores e ao dador (quando exista), pela liberdade quanto ao exercício do direito de procriar e pela dimensão privada da questão¹⁴²; outros consideram que a decisão cabe aos médicos, em razão dos interesses públicos revelantes, embora os poderes oficiais possam estabelecer quaisquer limites.

Atualmente, em Portugal estima-se que existam cerca de 11.250 embriões criopreservados e pelos dados estatísticos conhecidos, de 2008, e que se encontram no site da Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução, www.spmr.pt, em 2008 foram transferidos 3428 embriões.

¹⁴¹ J. OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que “os embriões excedentários resultam normalmente da produção de embriões num número superior ao que se prevê utilizar, dadas as elevadas taxas de frustração. Ficariam já de reserva para tentativas futuras. Aproveita-se a estimulação ovárica que procede o processo e que conduz à produção de vários óvulos – evitando-se assim o trauma que a repetição dessa estimulação, em caso de falha de anteriores tentativas, provoca na mulher” (A Lei n.º 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida, cit., p. 15).

GUILHERME DE OLIVEIRA considera que o número de embriões será «excessivos» quando “de acordo com os conhecimentos médicos, se possa dizer que a implantação de todos eles fará a mulher correr um risco sério, porventura o risco de morte.” (“Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 781).

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de PMA* (alínea b, n.º 2, do art. 30.º da Lei n.º 32/2006), disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_Requisitos_CentrosPMA.pdf, p. 19, acesso em 01-03-2016.

¹⁴² GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ob. cit., p. 781.

Existe uma outra solução que concilia a dimensão pública e privada da questão: a legitimidade caberia não só aos progenitores mas também aos médicos, dentro dos limites estabelecidos por lei¹⁴³.

A Lei n.º 32/2006 consagrou o primeiro entendimento ao considerar que quem tem tutela de decidir sobre o destino dos embriões excedentários são os progenitores e, em caso de conflito, cabe aos tribunais a decisão¹⁴⁴.

Cabendo aos progenitores o poder de decisão sobre os embriões excedentários, resta-nos saber qual o tipo de domínio que é exercido sobre os mesmos. No caso daqueles que equiparam o embrião a coisa será considerado um direito de propriedade, sendo atribuída a posse aos progenitores. Invéz, no caso daqueles que equiparam o embrião a pessoa será o exercício de poder parental, conseqüentemente o direito de guarda¹⁴⁵.

Sabendo quem escolhe o destino dos embriões excedentários, cabe agora saber quais as possibilidades de escolha¹⁴⁶.

É necessário compreender que a lei delimita o número de embriões resultantes para a fertilização *in vitro* para o estritamente necessário para êxito da procriação. Assim, todos os embriões obtidos devem ser implantados no útero da beneficiária e só no caso da primeira transferência comprometer a saúde ou vida da mulher ou do nascituro é que se admite a existência de excedente de embriões.

A lei também estabelece que os embriões que não sejam implantados deverão ser conservados, por um período máximo de três anos, para posterior utilização pelos

¹⁴³ GUILHERME DE OLIVEIRA defende esta terceira possibilidade que concilia a dimensão pública e privada da questão. Assim, *"os progenitores e os médicos deveriam concordar acerca dos destinos dos embriões excedentários no quadro de certas possibilidades publicamente controladas."* ("Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida", in *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., pp. 767-791).

VERA LÚCIA RAPOSO entende que não se deve confundir o direito de disposição por parte dos progenitores dos embriões sobrantes com o direito à reprodução e afirma que a *"tendência vai no sentido de conferir também aos progenitores o efectivo poder de decisão acerca do emprego dos embriões, até para aproximar a reprodução assistida da sexual, na qual esta cisão de direito não se verifica"* ("O Dilema do Rei Salomão: Conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários", in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 5.º, 2008, p. 60).

¹⁴⁴ Art. 25.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006.

¹⁴⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, "Direitos Reprodutivos", in *Lex Medicinæ*, cit., p. 129.

¹⁴⁶ Para REMÉDIO MARQUES, *"(...)os embriões que não puderem ser envolvidos num novo projecto parental têm um destino certo e inevitável, embora dependente do consentimento expresso e informado dos beneficiários: serão tais embriões disponibilizados para a investigação científica, com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento de técnicas de procriação medicamente assistida, de constituição de bancos de células estaminais, para programas de transplante ou para quaisquer outras finalidades terapêuticas, desde que daí possa esperar-se um benefício para a humanidade."* (*O Regime Jurídico da Procriação medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embrião – Notas Breves*, p. 26).

beneficiários e, caso não se proceda à sua utilização, possam ser “doados” para casais inférteis ou aproveitados para investigação científica, desde que consentida pelos beneficiários¹⁴⁷.

Desse modo e tendo em conta o ponto de vista jurídico, a conduta de destruição dos embriões excedentários não é considerada uma atitude criminosa, de acordo com o estipulado pelo direito penal¹⁴⁸.

Do ponto de vista do direito civil, não existe nenhuma norma cuja relação se expresse no comportamento aqui relatado. É possível encontrar relação na aplicação das cláusulas gerais sobre que assenta o instituto da responsabilidade civil. Para que exista uma obrigação de indemnizar é preciso a prova de que a destruição dos embriões excedentários foi efetuada sem consentimento dos progenitores e, dessa forma, constituída uma violação ilícita do direito fundamental de procriar. O risco de os autores da destruição dos embriões excedentários serem civilmente responsabilizados seria excluído se obtivessem o consentimento dos progenitores¹⁴⁹.

Outra questão que se coloca é a de saber que «outros destinos» podem ser escolhidos para os embriões excedentários para além da mera destruição ou criopreservação.

A atitude que pode ser tomada é a utilização dos embriões congelados para uma nova tentativa da gestação pela progenitora. Aqueles que recorreram às técnicas de fertilização *in vitro* para a concretização de um desejo natural e do projeto parental formado, poderão recorrer novamente para uma nova gestação com os embriões excedentários¹⁵⁰. A maternidade e paternidade seriam estabelecidas com a aplicação direta das normas tradicionais.

Caso seja impossibilitada a gestação pode ser possível outros destinos como a doação a outro casal ou a experimentação¹⁵¹.

¹⁴⁷ Art. 25.º, n.º 1, 2, e 5, da Lei n.º 32/2006.

¹⁴⁸ Apesar de ser considerada criminosa pelas várias correntes religiosas ou filosóficas, no direito português não se encontra qualquer norma que preveja qualquer tipo legal contra a vida embrionária e extra-uterina. Apenas se pune os atentados contra a vida intrauterina, conhecidos como os «crimes de aborto».

Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos da Procriação Assistida*, cit., p. 782.

¹⁴⁹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos da Procriação Assistida*, ob. cit., p. 782

¹⁵⁰ «*Devidamente conservados*», ou seja, segundo as *leges artis*. De momento, pode-se dizer que a conservação não provoca danos visíveis nos embriões, mas nada garante que a conservação não tenha efeito aquando a fase adulta do indivíduo.

¹⁵¹ Seja no caso de dação a outro casal como no caso da investigação científica é necessário o consentimento dos beneficiários. O consentimento deve ser prestado por ambos os beneficiários originários e no caso de apenas um deles prestar o seu consentimento não será possível dar qualquer destino. Em caso de morte de um dos beneficiários será necessário o consentimento do membro sobrevivente. Em caso de separação, divórcio ou rutura da união de facto, a legislação não faz qualquer referência à

A dação a outro casal¹⁵², sugerida por adoção pré-natal, resulta da ideia de solidariedade por parte do casal dador dos embriões ao casal que esteja impossibilitado de concretizar o sonho de serem pais por causa do problema de esterilidade.

O estabelecimento da maternidade e paternidade não careciam de normas especiais¹⁵³, visto que a mãe seria a mulher que gerasse o filho e tivesse o parto, enquanto o pai seria o marido dela ou seria determinado pelos meios ditos normais de estabelecimento da paternidade fora do casamento¹⁵⁴. Por analogia, tanto para a maternidade como para a paternidade, valeria a restrição de impugnação da paternidade do filho concebido por inseminação artificial¹⁵⁵.

transferência de embriões. O art. 6.º, n.º 1 da lei n.º 32/2006 parece evidenciar que o desaparecimento da relação impossibilita a continuação do procedimento.

Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, Embriões, investigação embrionária e células estaminais, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 58.

¹⁵² Art. 25.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 32/2006. O termo doação não é aceite por muitos na situação em que embrião é transferido para o útero de uma mulher que componha casal diverso daquele que forneceu os gâmetas para a sua formação. Nesta questão ver posições de VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, cit., p. 103; GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspectos jurídicos da procriação assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., pp. 783-785.

JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO critica a possibilidade de doação a casal que não o fornecedor de gâmetas, afirmando que se o material genético não pode ser coisa, não é suscetível de doação. Para o autor, quando a lei dispõe no art. 25.º, n.º 2 e 3 da Lei n.º 32/2006 que o material genético pode ser doado a outro casal, não significa que é propriedade dos beneficiários e, portanto, considera-se um direito-dever atribuído em nome do representado, mas não se pode falar que estejamos perante o interesse do nascituro porque esse seria estar junto da família biológica (“A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, in *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2007, ano 67.º, n.º 3, pp.987- 989

TIAGO DUARTE considera que não é possível tratar os pais genéticos como meros dadores, visto que essa fase só acontece posteriormente, pois na concepção se verifica a intenção de um projeto parental e considera que a melhor denominação seria adoção (*In Vitro Veritas? A procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, cit., pp. 116-117).

GUILHERME DE OLIVEIRA impõe reservas quanto à questão da adoção, pois quando se fala de adoção, da cedência de um filho para uma família que não a biológica, pressupõe-se que exista uma causa para que a criança não possa ser educada com a família biológica, o que não acontece ao embrião que ainda não existe, apesar de se falar da questão de sobrevivência. O autor menciona a preocupação sobre a tendência de se criarem embriões excedentários para essa mesma finalidade, e defende por isso, que quando em excesso só devem ser disponibilizados a outro casal caso seja combatido o risco da possibilidade de adoção embrionária estimular a criação de embriões excedentários (“Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 784).

VERA LÚCIA RAPOSO considera que a terminologia doação ou adoção não estão corretas, visto estar perante um ato jurídico que combina ambas situações. Como o embrião não pode ser tratado como coisa ou pessoa é necessário uma terminologia que reflita sobre essa realidade distinta (“Embriões, investigação embrionária e células estaminais”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 54).

¹⁵³ Art. 1796.º, n.º 1 e 2, do Código Civil.

Ver também, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista Ordem dos Advogados*, ob. cit., p. 784.

¹⁵⁴ Caso os beneficiários da dação pudessem ser pessoas não casadas.

¹⁵⁵ Seria fácil renunciar ao estatuto de pai ou de mãe com fundamento da falta de relação biológica com o filho. EURICO JOSÉ MARQUES DOS REIS, Juiz Desembargador, Presidente do CNPMA, Presidente da 1ª Secção (Cível) do Tribunal da Relação de Lisboa, fala sobre o propósito da paternidade e maternidade, mais precisamente no contexto da maternidade de substituição ou gestação de substituição, demonstrando “simplesmente porque a paternidade – ou seja, a maternidade e a paternidade – constitui,

Os beneficiários das doações são os mesmos que os da PMA, mas de acordo com VERA LÚCIA RAPOSO¹⁵⁶ o legislador poderia ser menos exigente quanto às pessoas abrangidas, alargando a possibilidade a casais homossexuais e pessoas solteiras.

Também o CNPMA, no Parecer 44/CNECV/2009, é mais explícito do que a lei, no esclarecimento prestado aos “beneficiários” do embrião, inscrito no documento de consentimento informado para criopreservação de embriões: “*Os embriões criopreservados devem ser utilizados pelo casal em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos. De acordo com a lei em vigor, decorrido este prazo, os embriões podem ser doados a outro casal e/ou utilizados na investigação científica e/ou congelados (o que significa a sua eliminação)*”. Assim, tanto a possibilidade de utilização na investigação científica como a sua descongelação levarão à mesma solução: a eliminação do embrião.

A meu ver se existe um ser já formado e se o objetivo principal é a proteção do embrião, deve o legislador ser menos exigente e abranger os casais homossexuais e as pessoas solteiras. E porquê?

Se à luz da lei portuguesa somos todos iguais, não pode a orientação sexual ou o estado civil impossibilitar o cidadão da concretização de ser pai/mãe. Não é esse requisito que os vão tornar “maus” pais ou inaptos para educar uma criança e esta solução é muito melhor daquela que traduz na infelicidade do ser humano e incapacidade de se enquadrar na sociedade.

O mesmo acontece perante casos de adoção, porque para as crianças é muito melhor puder ter uma família e uma vida dita normal do que passar anos em casas de acolhimento e passar por traumas que nunca serão superados. Temos de deixar os atos discriminatórios de lado e pensar no superior interesse para a criança.

Atenta-se relativamente ao carácter gratuito¹⁵⁷ dessa doação, não se admitindo qualquer tipo de compensação aos dadores do embrião e prevenindo-se, desta forma, o

acima de tudo, um conjunto de laços emocionais que podem não depender, e muitas vezes não dependem, dos laços biológicos propriamente ditos.” (Boletim da Ordem dos Advogados, Mensal n.º 125, Abril de 2015, p. 22, disponível em www.oa.pt, acesso a 05-04-2016). Este argumento encaixa-se perfeitamente neste contexto e pode até mesmo ser justificativo quando falamos na orientação sexual no acesso às técnicas de PMA, pelos beneficiários.

Cfr. Art. 1839.º, n.º 3, do Código Civil.

¹⁵⁶ Cfr. “Embriões, investigação embrionária e células estaminais”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁵⁷ Arts. 18.º e 24.º, da Lei n.º 32/2006.

REMÉDIO MARQUES dá ênfase à gratuidade destes atos demonstrando que é regra imperativa. O art. 18.º da lei n.º 32/2006 proíbe a compra e venda de óvulos, sémen e embriões, bem como de outro material genético utilizado na PMA. Esclarece também, que os centros privados onde se praticam estas técnicas

surgimento de mulheres que se submetessem à prática de violentas estimulações ováricas para gerar embriões em número superior ao necessário para a sua própria reprodução.

Este procedimento também detém reservas em paralelo com a adoção. A cedência de um filho para a adoção pressupõe que o filho exista e que não suporta condições para permanecer na família de origem, enquanto a transição para a família adotiva é fator de reais vantagens e proteção da criança¹⁵⁸.

Por outro lado, nada disto acontece em relação ao embrião excedentário. Apesar de encontrarmos uma das maiores vantagens que é a sobrevivência do embrião, a dação de embriões excedentários coloca o mesmo problema que a inseminação heteróloga, ou seja, o desconhecimento da ascendência genética¹⁵⁹.

Por último, é tentador dizer que este destino para os embriões pode ser gerador da criação de mais embriões excedentários por serem conhecidas as dificuldades da prática de adoções de crianças nas condições legais e sociais idóneas.

O sistema de adoção em Portugal é considerado um processo gradual em que os candidatos têm de ser avaliados e selecionados pela entidade responsável¹⁶⁰.

Todavia, este processo é moroso e muitas das vezes as crianças não se adaptam aos pais adotivos, assim como muitos dos pais que querem adotar acabam por desistir por todo o processo que está envolta da adoção. Muitas vezes retrataram que para além de moroso é uma invasão da privacidade dos casais, quando aqueles que são pais através da procriação natural não têm de passar por esse processo.

Também estes candidatos, a maior parte das vezes, procura crianças com idades inferiores a 5 anos para que o processo de adaptação seja mais facilitado, mas a maior parte das crianças que estão á espera para serem adotadas são mais velhas e com traumas

não fazem «pura beneficência». «(...) estes centros não só prestam serviços ao aplicarem as técnicas de procriação medicamente assistida contra o pagamento da retribuição convencionada por parte de casais inférteis, como também a investigação científica é financiada contra a possibilidade de os seus resultados poderem ser objeto de Know-how secreto (passível de ser comunicado onerosamente) ou de direito de patente.» (*O Regime Jurídico da Procriação medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embrião* – Notas Breves, cit., p. 26).

Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, *Bioteconológica(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 365-439.

¹⁵⁸ PAULA MARTINHO DA SILVA/ MARTA COSTA, *A Lei da procriação medicamente assistida anotada (e legislação complementar)*, cit., pp. 73- 79.

¹⁵⁹ Na dação do embrião excedentário a questão do anonimato coloca-se em relação à mãe que não deu o óvulo e quanto ao pai que não deu o sêmen.

¹⁶⁰ Ver Guia Prático da Segurança Social, disponível em <http://www.seg-social.pt/documents/10152/14984/adocao/eda1d840-7306-49b7-a699-cbfa9d8d604c>, acesso em 21-06-2016.

físicos e psicológicos que nem todas as pessoas conseguem lidar. Assim, estes candidatos vêm como solução para o desejo de serem pais a adoção em países transfronteiriços ou a dação de gâmetas, esperma ou embriões¹⁶¹.

Consideremos agora outro dos destinos possíveis para os embriões excedentários: a experimentação¹⁶².

¹⁶¹ Quadro da legislação sobre doação de gâmetas e embriões publicados pelo Instituto Bernabeu, de Barcelona consultável em www.institutobernabeu.com, consultado a 03-2010:

País	Doação de embrião	Doação de esperma	Doação de ovócitos	Tratamento de mulheres sóas
França	SIM	SIM	SIM	NÃO
Alemanha	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Áustria	NÃO	-----	NÃO	NÃO
Itália	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
UK	SIM	SIM	SIM	SIM
Espanha	SIM	SIM	SIM	SIM

¹⁶² A experimentação científica define-se, pela positiva, “*por prosseguir finalidades científicas, isto é, por estar preordenada ao alargamento do horizonte da ciência médica, figurando o paciente como objecto e não como beneficiário directo*”. Enquanto pela negativa, “*trata-se de intervenções que não visam diagnosticar, prevenir ou tratar doenças que ameacem ou atinjam o paciente, antes estão ao serviço de interesses supra-individuais*” (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 468).

O CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA também mencionou o destino da experimentação referindo que “*esgotadas todas as esperanças de poder a vir implantá-los (p. ex. ao fim de vários anos), aos embriões excedentários só resta dar-lhes dois destinos: deixá-los morrer, descongelando-os, ou aproveitá-los para a experimentação. O critério utilitário não sobreleva o princípio do respeito pela vida.*” (Relatório-Parecer 15/CNECV/95 sobre a experimentação do embrião disponível em <http://www.cnpma.org.pt>, p. 6, acesso em 06-04-2016).

Para OLIVEIRA ASCENSÃO a utilização do embrião para experiências científicas suscita muitos problemas. Considera o autor que “*o embrião representa seguramente o ponto mais alto da vida em formação. Independentemente de ser qualificável como pessoa, o que consideremos a seguir, merece seguramente um tratamento diferente do que é atribuído a coisas ou objectos. Pertence, antes, à categoria dos sujeitos: tem fins e interesses próprios. Por isso, diríamos que o embrião só pode ser submetido a experiências científicas no seu próprio interesse.*” (Direito e Bioética, cit., p. 449)

VERA LÚCIA RAPOSO salienta que nem todos os embriões criados com a finalidade reprodutiva podem ser utilizados para investigação científica, enquadrando-se em determinadas categorias. “*Lo mismo ocurre en el caso de embriones creados con esta finalidad reproductiva (ya que con otra ni siquiera pueden ser engendrados), ni todos ellos pueden ser utilizados en investigaciones, sino solamente los que encuadren en las siguientes categorías (art. 9.4): i) embriones sobrantes, o sea, aquellos que no podrán ser transplantados al útero de una mujer y que, por lo tanto, su destino es la congelación; ii) embriones que puedan ser transferidos en virtud de su deficiente condición; iii) embriones en los cuales se detecte una anomalía genética grave mediante el diagnóstico genético preimplantacional; iv) embriones creados sin recurrir a la fecundación por espermatozoide, lo que deja abierta la posibilidad que el legislador permita la creación de embriones para clonación.*” (Revista de Bioética y Derecho, Publicación Cuatrimestral Del Master en Bioética y Derecho, número 10 – Abril 2007, disponível em <http://www.bioeticayderecho.ub.es>, p. 10, acesso em 05-04-2016).

A investigação científica visa a obtenção de novos conhecimentos com o intuito de melhorar o nível de vida e saúde da sociedade¹⁶³. Através da pesquisa em embriões¹⁶⁴, é possível aprofundar o conhecimento da anatomia humana, investigar a origem de diversas doenças e recolher células e tecidos com o intuito de descoberta da cura para diversas doenças¹⁶⁵.

Relativamente a este assunto são várias as dúvidas que surgem. Em relação à experimentação em seres humanos adultos, que possam prestar o seu consentimento livre e esclarecido, a questão levanta dúvidas e já foi estabelecido limites para a licitude do consentimento. Torna-se mais complexa a questão quando falamos de seres humanos adultos incapazes que, acautelada a exigência da necessidade da experiência, devem os representantes legais substituir o incapaz para prestar o devido consentimento¹⁶⁶.

¹⁶³ Ver art. 42.º, da Lei Fundamental, que estabelece que é livre a criação intelectual, artística e científica e o art. 73.º, n.º 4, da referida lei, que estabelece que o Estado deve promover a criação e investigação científica bem como as inovações tecnológicas.

¹⁶⁴ A lei portuguesa exige que o embrião (que não tenha sido deliberadamente criado para sua utilização em investigação) só possa ser utilizado nas seguintes situações expressas no n.º 4, do art. 9.º, deste artigo quanto: aos embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projeto parental (art. 9.º, n.º 4, al. a) e 25.º, n.º 5); aos embriões cujo estado não permita transferência ou a criopreservação com fins de procriação (art. 9.º, n.º 4, al. b)); aos embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação (arts. 9.º, n.º 4, al. c), e arts. 28.º e 29.º); e, aos embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide (art. 9.º, n.º 4, al. d)).

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a constitucionalidade do art. 9.º, mais concretamente sobre o problema da conformidade constitucional da clonagem “*terapêutica não reprodutiva*”, “*já que parece ser a embriões clonados que a lei se refere, quando aí menciona os embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide*” (Acórdão n.º 101/2009, de 01 de Abril, in *D.R.*, 2ª Série, n.º 64). No que concerne à investigação de embriões, o TC concluiu que as normas deste artigo que autorizam a investigação científica em embriões não são contrárias à lei Fundamental, visto que “*a lei confere, pois, aos embriões que possam ser utilizados em investigação científica um destino condizente com a sua potencial dignidade humana e, nesse plano, não deixa de cumprir os princípios éticos que decorrem da Convenção de Oviedo e dos instrumentos comunitários. Por outro lado, tendo em linha de conta, (...) que os embriões utilizáveis em investigação científica são aqueles que não podem ser aplicados para fins de procriação, fica necessariamente prejudicada, em função da inviolabilidade do embrião, a possibilidade de ocorrer qualquer violação do direito à paternidade e à maternidade ou do direito da criança à protecção, também invocados, no pedido, como parâmetro da constitucionalidade.*”

A al. d) do art. 9.º, da Lei n.º 32/2006 parece permitir a criação de células, com vista à investigação. No mesmo sentido, também VERA LÚCIA RAPOSO, “Primeiras Notas sobre a lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida”, in *Lex Medicinæ*, cit., p. 96.

Ver também PAULA MARTINHO DA SILVA/ MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, cit., pp. 71-73.

Outras hipóteses de obtenção de embriões sem recurso à fecundação por espermatozoide foram noticiadas nos jornais, ambas retratadas do Reino Unido: a autorização de criação de embriões híbridos, obtidos mediante a transferência do núcleo de células humanas a óvulos de vacas e coelhos cujos núcleos tenham sido previamente extraídos, num misto de clonagem e quimera, e de cromossomos artificiais, com o objetivo que possam ser transferidos a óvulos sem núcleo para a criação de novos seres (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, cit., pp. 85-86, nota 178).

¹⁶⁵ DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, cit., p. 76.

¹⁶⁶ JOÃO CARLOS LOUREIRO não admite que depois de reforçadas as cautelas e as exigências quanto à necessidade da experiência, os representantes legais se substituam ao incapaz para dar o necessário

Nesta possibilidade, como já abordado anteriormente, a posição vai depender do estatuto dado embrião. Consideram alguns que o embrião de alguns dias não passa de um grupo de células sem especialização, sem sistema nervoso e, por isso, não terá o cientista um ser humano à sua frente¹⁶⁷. Deve também toda e qualquer experimentação ser acompanhada do devido consentimento, sendo esse esclarecido porque a autorização conduz à destruição final do embrião¹⁶⁸.

É do entendimento de todos, ou pelo menos deve-o ser, que o progresso das técnicas da procriação assistida deu-se devido à experimentação em embriões e que o intuito é só e apenas a de melhoria das técnicas de fertilização *in vitro*.

Alguns autores consideram que ao não ser dado ao embrião um projeto parental, deve optar-se por uma destinação que possa dar algum benefício à espécie humana. Não se trata de instrumentalizar o embrião, mas respeitá-lo "*permitindo que antes da sua eliminação contribuam para o bem-estar da humanidade da qual já fazem parte ou, pelo menos, viriam potencialmente a fazer.*"¹⁶⁹

consentimento, sendo inválido o consentimento dos pais (*Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto*, Cadernos de Bio-Ética, Coimbra, 1997, n.º 14, p. 45).

¹⁶⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, cit., p. 24.

Alguns defensores alegam que por mais importante que seja a defesa da sociedade através da investigação, o uso científico do embrião constitui uma violação grave seja em que estágio de desenvolvimento o ser humano se encontre. Tal posicionamento se reflete nas palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em que o embrião é dotado de dignidade, possui "*um genoma inteiramente definido, que faz dele um ser único e irrepetível*", de forma que operada a singamia "*nenhum elemento recebe do exterior que altere a sua identidade*". Acrescenta o autor que pelo facto do embrião pertencer à categoria de sujeito, só pode ser submetido a experiências no seu próprio interesse ("A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida", in *Revista Ordem dos Advogados*, cit., p. 994; "Direito e Bioética", in *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 449).

De forma igual se manifestou o CNECV afirmando que "*A investigação científica em embriões humanos apenas é eticamente legítima quando procede em benefício do próprio embrião. Poderão ser consideradas derrogações a este enunciado geral quando o único destino alternativo for o da destruição do embrião. Nesta situação, os embriões poderão ser utilizados para investigação científica que, não actuando em benefício dos próprios, resulte em benefício da humanidade*" (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Presidência do Conselho de Ministros, Relatório - Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (44/CNECV/04), disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf, p. 6, acesso em 26-03-2016).

¹⁶⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO considera que o consentimento deve ser do casal e, em caso de consentimento de apenas um membro do casal, não vale como consentimento de ambos (*A Lei n.º 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 17).

¹⁶⁹ Vera Lúcia Raposo, *Direitos Reprodutivos*, cit., p. 129.

Dessa forma, VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA entendem que "*a partir do momento em que contamos com um embrião já constituído, não nos parece ser a melhor solução, no plano ético-jurídico, desaproveitar todo o esforço e dedicação empregados na sua formação, destruindo-os sem extrair um valor superior da sua existência*" (*Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de junho)*, cit., pp. 96-97).

Há quem entenda que o problema dos embriões excedentários deixe de existir, desde que se comece a dominar a técnica da criopreservação¹⁷⁰ de óvulos. “ *Passarão a ser descongelados e fecundados apenas os óvulos necessários para a implantação no útero e, assim, deixarão de sobrar os embriões cuja implantação suscitaria um risco para o êxito da gravidez ou para a vida da mulher. Porém, a congelção de óvulos não é ainda uma prática segura e generalizada.*”¹⁷¹”

Desta forma, o legislador admite, excepcionalmente, quando não for possível a obtenção da pesquisa através de outros meios, quando a pesquisa for cientificamente relevante e desde que aprovada previamente pelo CNPMA¹⁷², a experimentação em embriões para aperfeiçoamento das técnicas de PMA; constituição de bancos de células estaminais¹⁷³ para programas de transplantações; ou ainda para outras finalidades terapêuticas¹⁷⁴.

É de salientar que de acordo com o art. 9.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006 não é permitido conceber embriões com a finalidade exclusiva de investigação.

3.4. A criopreservação dos embriões excedentários

A criopreservação¹⁷⁵ consiste no congelamento dos embriões para que o material genético seja utilizado posteriormente pelo casal que tenha tido insucesso na primeira tentativa; para que os casais que desejem ter mais filhos o passam fazer sem recurso a todo o procedimento custoso das técnicas de procriação medicamente assistida; ou em caso de doença possa acontecer que o tratamento provoque esterilidade, devido à

¹⁷⁰ A lei não especifica qualquer tipo de sanção para aqueles que não fizerem uso dos embriões criopreservados no prazo de três anos, nem especifica aos casais que quiserem engravidar que o tenham de fazer obrigatoriamente com recurso aos embriões remanescentes. Também, a lei não dispõe a possibilidade de o casal prorrogar o prazo de criopreservação, seja pelo desejo de ter um filho mais tardiamente ou pela reflexão sobre o fim a dar aos embriões sobrantes. Assim, a ideia essencial é que os embriões não podem ser congelados *ad infinitum*.

¹⁷¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, cit., p. 25.

¹⁷² Art. 9.º, n.º 3, da Lei da PMA.

¹⁷³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO critica a criação de bancos de células estaminais para programas de transplantação, por acreditar se tratar de atividade clínica ou médico-empresarial (*A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida*, cit., p. 993).

¹⁷⁴ Art. 9.º, n.º 2, da Lei da PMA.

¹⁷⁵ DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, cit., p. 73.

extração de tumor no aparelho reprodutivo ou por causa do tratamento de radioterapia ou quimioterapia¹⁷⁶.

São várias as dúvidas que surgem acerca da criopreservação dos embriões. A lei não prevê um prazo máximo de armazenamento do embrião ou do material genético, estipulando apenas que o casal utilize os embriões ou lhes dê um destino no prazo máximo de três anos.

Caso os progenitores não decidam qual o destino a dar aos embriões sobrantes, a doutrina tem recomendado o prolongamento da criopreservação dos mesmos. Todavia, surgem dúvidas quanto a esta solução por causa da incerteza científica das alterações das características morfológicas que possam acontecer, em razão do alargado tempo de criopreservação. A solução desejada seria a utilização dos embriões dentro do prazo estabelecido por lei, ou a opção por um dos destinos mencionados anteriormente, ou a destruição dos mesmos¹⁷⁷.

3.5. A destruição dos embriões

A lei da PMA não especifica qual o destino a ser dado aos embriões. Afirma, apenas, que os beneficiários dispõem de três anos para decidir qual o destino a dar aos embriões excedentários e, findo o prazo, se nada se tiver decidido resta apenas a destruição dos mesmos.

Para os autores que entendem que o embrião já é considerado ser humano, titular de todos os direitos e deveres impostos pela Constituição da República Portuguesa aos cidadãos portugueses, a solução de destruição dos embriões suscita disputa, desde logo sustentado por alguns como um verdadeiro homicídio¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Para REMÉDIO MARQUES “Vale isto por dizer que o destino privilegiado e prioritário destes embriões é, apesar de tudo, a procriação em benefício do mesmo ou de (um) outro casal infértil”- art. 25.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006 (*O Regime Jurídico da Procriação medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embrião – Notas Breves*, cit., p. 29).

¹⁷⁷ FERNANDO ARAÚJO considera que o facto de não existir um limite máximo de criopreservação do embrião pode incitar impacto cultural “como o da subversão da estrutura genética das famílias ou o desrespeito pela cadência das gerações, como pode resultar do nascimento após a morte de ambos os progenitores, ou com a fertilização de material genético de antepassados afastados mais do que uma geração relativamente ao nascituro” (*A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, cit., p. 51).

¹⁷⁸ FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, ob. cit., p. 48. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO defende a tese que o aniquilamento do embrião fora do útero da mulher se configura como uma violação do direito à vida não abrangido pela figura do aborto. Por ainda não ter previsão no Direito Penal, o autor acredita se tratar de um embriomicídio. Afirma o autor que “o embrião

Porém, não se pode considerar correto que exista uma violação do direito à vida do embrião, quando o ordenamento jurídico não prevê a mesma proteção ao embrião como prevê à pessoa humana¹⁷⁹. Exemplo disso é a posição do Tribunal Constitucional que sustenta a teoria de tutela objetiva do nascituro, negando-lhe o reconhecimento de direitos fundamentais, sob o argumento de que “*só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais [...] pelo que o regime constitucional de proteção do direito à vida não vale diretamente e de pleno que para a vida intrauterina e para os nascituros.*”¹⁸⁰

Sendo assim, a destruição do embrião pode acontecer através de uma justificação ponderosa, garantindo ao embrião uma tutela antes do seu nascimento que se demonstrará distinta consoante se trate de vida humana já nascida ou ainda por nascer e, nesta última, se vai tornando consistente à medida do desenvolvimento do embrião¹⁸¹.

Por estas razões considera-se a investigação científica a alternativa à destruição dos embriões, permitindo o desenvolvimento da ciência para a descoberta de cura de diversas doenças que afetam o ser humano e dá-lhe uma utilidade em oposição à mera destruição.

tem uma dignidade que o faz ultrapassar qualquer elemento a partir do qual se forme”, fazendo dele um ser único e irrepetível (A Lei n.º 32/2006 sobre a Procriação Medicamente Assistida, cit., p. 19-21).

Na mesma direção, STELA BARBAS traz a seguinte reflexão: “*Será lícito aceitar que para um ser humano nascer tenhamos que destruir outros?!*” e responde: “*Os fins não podem justificar os meios. Não é lícito eliminar para gerar*” (“Da problemática jurídica dos embriões excedentários”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Lisboa, 2000, ano 41.º, 14 da 2.ª série, n.º 1 e 2, p. 109).

Defende ANTUNES VARELA que o direito à proteção da vida existe desde o momento da concepção, portanto, essa tutela se estende a “*toda a expressão corpórea e dinâmica da vida humana, de modo a abranger não só a criança já nascida, mas todo o feto ou embrião onde palpita já o sopro sobrenatural e autónomo da vida*” (“A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 128.º, 1995, p. 98).

Na mesma linha de raciocínio PAULO OTERO reconhece um “*direito fundamental ao nascimento*” sustentando um “*direito à transplantação uterina*” e “*direito à gestação*” de forma que a única possibilidade seria coibir a produção deliberada de embriões excedentários, com a transferência de todos os formados *in vitro* para o ventre materno (*Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*, cit., pp. 50-53)

Ver também STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético*, cit., p. 136.

¹⁷⁹ O art. 66.º, n.º 1 e 2, do Código Civil, reconhece direitos e personalidade jurídica aos nascituros a partir do seu nascimento completo e com vida.

O art. 142.º, n.º 1, al. e), do Código Penal, também garante uma proteção distinta ao embrião e à pessoa nascida, desde logo pela ausência de punição do aborto do embrião até á decima semana de gestação.

¹⁸⁰ Acórdão n.º 85, do Tribunal Constitucional de 28 de maio de 1985, Relator: Conselheiro VITAL MOREIRA, Lisboa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, acesso em 05-05-2016.

¹⁸¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, cit. p. 390.

3.6. O enquadramento legal e doutrinal da questão

A transferência de embrião criopreservado é permitido por lei para o útero da mulher após a morte do marido ou companheiro com quem reconheceu um projeto parental, desde que este tenha consentido e verificado o prazo estabelecido¹⁸².

O especial valor concebido ao embrião pelo legislador permite-nos, como referem MARTA COSTA e PAULA MARTINHO, evidenciar o estatuto que é concedido ao embrião, ainda que não o reconheça como pessoa confere-lhe algumas proteções¹⁸³. Para STELA BARBAS, que confere ao embrião o *status* de pessoa, a transferência embrionária *post mortem* seria “*não um fim em si mesma, mas o meio para se resolver um fim*”, qual seja a proteção do património genético daquele ser já formado desde a conceção¹⁸⁴. Por estas razões não se admite a exigência da biparentalidade, pois o embrião é formado de acordo com um projeto parental em que temos uma mãe e um pai, que posteriormente se desvia desse projeto por alguma razão e admite a transferência embrionária *post mortem* para dar continuidade ao desejo de constituição de uma família.

Considera-se que estejamos perante a mesma situação do pai que falece quando o filho já se encontra dentro da barriga da mulher e, portanto, rejeitar o consentimento da transferência do embrião para o útero da mulher após a morte do marido ou companheiro seria como impor às mulheres grávidas que abortassem, após um processo natural de conceção, quando falecesse o marido ou companheiro antes do nascimento da criança¹⁸⁵.

O uso do embrião *post mortem* não foi devidamente regulamentado, contudo o prazo entre a morte do beneficiário e a transferência do embrião para o útero da mulher foi devidamente acertado apesar de não especificar o período de luto e reflexão para ponderação da decisão para implantação. Acredita-se que o período de reflexão é essencial para que o cônjuge/convivente sobrevivente não tome uma decisão com base na perda ou sofrimento e desencadeie o nascimento de uma criança não desejada quando temos tantas crianças no sistema de adoção à espera da oportunidade para ter uma família.

¹⁸² Art. 22.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006.

¹⁸³ PAULA MARTINHO DA SILVA/ MARTA COSTA, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, cit., p. 119.

¹⁸⁴ Cfr. *Direito ao Património Genético*, cit., p. 136.

¹⁸⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, cit., p. 120.

A lei também não é clara se o marido/companheiro não tiver dado consentimento da transferência póstuma do embrião, mas parece permitir quando o legislador afirma em “*realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito*”.

Relativamente à transferência de embrião através da técnica de PMA heteróloga, acredita-se na sua possibilidade face à inexistência de distinção entre a modalidade homóloga e heteróloga prevista na Lei da PMA¹⁸⁶. Sendo assim, desde que o falecido tenha consentido na PMA heteróloga deve ser efetuado a transferência para satisfação do desejo do *de cuius* e para proteção do próprio embrião já formado¹⁸⁷.

Em suma, apenas são mencionados os casos em que se está perante o falecimento do membro masculino do casal, pois na situação de PMA *post mortem* após o falecimento da mulher pode implicar o uso da maternidade de substituição, ainda vedado pelo ordenamento jurídico português e com opiniões distintas por diversos autores na sua utilização¹⁸⁸ (como já mencionado anteriormente).

¹⁸⁶ Ver art. 22.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006.

¹⁸⁷ Segundo FRANCISCO HERNÁNDEZ e de acordo com o estabelecido pela legislação espanhola, é possível a transferência de embrião após a morte do falecido através da modalidade de PMA heteróloga e exclui-se a necessidade de consentimento do falecido (*La Fecundación Artificial «Post Mortem»*, cit., p. 889).

¹⁸⁸ VERA LÚCIA RAPOSO não afasta a possibilidade do homem constituir nova família com outra mulher através da transferência de embriões para esta, de acordo com a aplicação analógica do art. 27.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006 e para preservação dos embriões criopreservados (*Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, cit., p. 131).

Para TIAGO DUARTE «(...) mãe há-de ser a que transmite o património genético pois só esse é insubstituível, único e irrepitível. É face a ela que se vão estabelecer os impedimentos matrimoniais não obstante se reconhecer que a mãe uterina também beneficia de uma relação forte, certamente inesquecível, com a criança que dá á luz, mas que, contudo não é a sua filha. A mãe uterina aproxima-se assim de uma hipotética figura de ama pré-natal que alimenta, protege, dá carinho, mas não é mãe. (...) Não havendo no nosso Código uma norma semelhante à do art. 1839.º, n.º 3, que permitisse a dação de ovócitos e a constituição do vínculo de maternidade perante a mulher do pai que aceitasse a fertilização com recurso ao ovócito doado, e considerando nós o art. 1839.º, n.º 3, como excepcional não se podendo por isso aplicar analogicamente à dação de ovócitos, somos de parecer que a maternidade, numa situação de conflito perante a mulher que fornece o óvulo e a que gera o embrião no seu útero, deve ser atribuída à mãe genética» (*In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, cit., pp. 72-73).

CAPITULO III

ASPETOS SUCESSÓRIOS DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

1. A PMA *post mortem* no Direito das Sucessões

Conforme esclarecido anteriormente, a transferência de embrião após a morte do progenitor é permitida pelo ordenamento jurídico português se o consentimento prestado para o projeto parental tiver acontecido em vida pelo próprio. Contudo, o esclarecimento do legislador relativamente à prática da técnica após a morte do beneficiário não é elucidativo relativamente à criança que nascer através deste procedimento, nomeadamente no que se refere aos efeitos sucessórios e filiatórios.

Dessa forma, considera-se que a inseminação ou FIV *post mortem* é proibida pelo ordenamento jurídico português, mas caso venha a acontecer contrariamente à lei, será imputada a paternidade da criança que daí advier ao falecido¹⁸⁹. Excepcionalmente verifica-se que caso a mulher do falecido, à data da inseminação estiver casada ou viva em união de facto há pelo menos dois anos com outro homem e caso este consinta, ser-lhe-á imputada a paternidade, ainda que a criança esteja geneticamente vinculada ao *de cujus*¹⁹⁰.

Assim, apesar de lei considerar como efeito a paternidade, com ou sem necessidade de consentimento, também deve ela encontrar respostas para o ordenamento que “receber” a criança que vier a nascer, desde logo os efeitos hereditários desse nascimento, nomeadamente quanto ao progenitor que não mais existe¹⁹¹. Deve, por isso mesmo, a permissão da PMA *post mortem* vir acompanhada de previsão sobre o *status*

¹⁸⁹ Art. 23.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006.

¹⁹⁰ Art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006.

Por se ter tornado concretizável a concepção de uma pessoa após a morte do seu genitor, o *fenómeno jurídico-hereditário que ordinariamente se verifica, por sucessão legal ou testamentária*, vê-se instável pela superação de prazos estabelecidos legalmente e pela inadequação de conceitos definidos quando ainda não se colocava essa possibilidade. A isso acrescenta-se o risco de subversão de gerações que o congelamento por tempo indeterminado de gâmetas e embriões pode representar (GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *A nova filiação – o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídico da reprodução assistida heteróloga*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 270, nota 667).

¹⁹¹ NATHALIE MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, cit., p. 791.

familiar da criança que vier a nascer e os respetivos direitos sucessórios que ela virá a ter em relação ao respetivo genitor, ou a exclusão dos mesmos¹⁹².

O que se vê, hoje, no ordenamento jurídico português é que o legislador não clarificou a lei para este tipo de situações. Assim, a previsão de direitos sucessórios ou o afastamento explícito dos mesmos¹⁹³ e o estabelecimento do respetivo vínculo paterno-filial da criança que vier a nascer através da técnica de PMA *post mortem* após um prazo muito alargado em relação à morte do progenitor, encontra-se num impasse pela inadequação de conceitos definidos e os prazos legalmente estabelecidos para os sucessores. Além disso, a inseminação artificial *post mortem* é proibida por lei, por se reconhecer à pessoa assim nascida a filiação relativamente ao genitor falecido, salvo exceções.

Sendo que, um dos pressupostos da sucessão legal e testamentária é *existir* (estar concebida) no momento da morte do autor da sucessão (o que não se verifica com a criança que vier a nascer através da técnica de PMA *post mortem*, uma vez que será concebida ou transferida após a morte do progenitor), a doutrina encontra-se num dilema para definir a situação sucessória devido à forma como foi concebida e pelo tempo decorrido para a sua conceção¹⁹⁴.

¹⁹² Ver art. 67.º, n.º 2, al. e), da Constituição da República que esclarece a relevância para que seja resguardada a dignidade da pessoa humana quando nascida através das técnicas previstas pela Lei N.º 32/2006 e não regulamentadas pela referida lei.

¹⁹³ Entende-se por sucessão no sentido próprio do Direito das Sucessões e de acordo com o art. 2024.º do Código Civil, “o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações patrimoniais de uma pessoa falecida e a conseqüente devolução dos bens que a esta pertenciam”, no âmbito definido pelo art. 2025.º (A noção legal de sucessão resulta da noção apresentada por PIRES DE LIMA em oposição à sugerida pelo autor do anteprojeto do Direito das Sucessões, GALVÃO TELLES).

Da conceituação legal extrai-se que o facto gerador da sucessão é a morte, *real ou presumida*, do titular de uma relação jurídica – art. 2030.º, do Código Civil - momento que se caracteriza pelo início do fenómeno jurídico sucessório, “extinção jurídica do sujeito das relações jurídicas transmissíveis sucessoriamente e conseqüente estado de vinculação de tais relações” (INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões: parte geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 27; FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-1974*, atualizadas em face da legislação posterior, Coimbra, 1992, p. 128). O Direito das Sucessões vem positivado no final do Código Civil caracterizando a morte como o fim da personalidade jurídica e as relações do *de cuius* cessam. “O fenómeno sucessório se verifica de acordo com as relações pessoais do falecido, em algumas hipóteses, e para a continuidade de direitos e obrigações, vendo-se, assim, indissolúvelmente influenciado por todos os demais ramos do Direito” (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit. p. 92).

Vide art. 68.º, n.º 1, do Código Civil.

Ver também, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: *Quid Juris*, 2012, pp. 15-25, para algumas divergências em torno da definição do conceito de sucessão.

¹⁹⁴ A doutrina retrata três posicionamentos relativamente à PMA *post mortem* e seus efeitos. Parte da doutrina admite o procedimento, porém recusa qualquer atribuição de filiação relativamente ao *de cuius*, a atribuição de efeitos sucessórios aos filhos nascido através da técnica; outra parte da doutrina admite o procedimento, reconhece a atribuição de filiação relativamente ao *de cuius*, mas nega a atribuição de efeitos sucessórios aos filhos nascidos através da técnica; por último, há quem entenda e

Em suma, pela falta de resposta por parte da lei a várias questões acerca do tema, é imperativo entender qual a relação do progenitor para com a criança que nascer através do uso desse procedimento e os respetivos efeitos sucessórios, tanto na situação da transferência de embriões como no caso da proibição da inseminação *post mortem*.

2. A Vocação Sucessória

A abertura da sucess o¹⁹⁵   provocada pelo facto jurídico «morte»,   qual serão chamadas as pessoas que tiverem voca o sucessória - ou, em outras palavras, a partir desse momento um conjunto de rela es jurídicas fica sem titular e, por isso mesmo, serão chamadas as pessoas a quem for atribuído o *direito de suceder*¹⁹⁶, de forma que os direitos do falecido não fiquem sem sujeito¹⁹⁷.

admita o procedimento desde que condicionado   atribui o de direitos sucessórios a requisitos, como o consentimento expresso e formal do *de cuius* e a condi o a prazos estabelecidos para que a concep o e nascimento completo e com vida aconteçam.

JACQUELINE RUBELIN-DEVICHI nega que exista qualquer direito sucessório do filho daí advindo, pois na legisla o francesa não   possível herdar o filho nascido após a morte do pai (“Insemination artificielle «post mortem»”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, ano 83. , n.  4, 1984, p. 706).

Na Espanha aceitam-se efeitos paterno-filiais se o falecido se tiver manifestado favoravelmente em documento revogável até que se realize a técnica (art. 9. , n.  2, da Ley N.  14/2006).

Cfr. CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Li es de Direito das Sucessões*, cit., pp. 92-112.

¹⁹⁵ Art. 2031. , do Código Civil.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 114; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Teoria geral do fen meno sucessório*, Lisboa: sociedade Astória, 1944, pp. 31-32; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Li es de direito das sucessões*. 4.  Ed. Renovada, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 271-272, define abertura da sucessão como “o início jurídico do processo complexo tendente   devolu o sucessória das rela es jurídicas transmissíveis do *de cuius*, tem como causas determinantes a morte do seu autor e a existência efectiva de rela es jurídicas transmissíveis e caracteriza-se pela existência jurídica dos sujeitos das rela es jurídicas transmissíveis sucessoriamente e consequente estado de vincula o de tais rela es ao subingresso dos sucessíveis.”

¹⁹⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, ob. cit., pp. 121-122, atenta para a variedade de termos usados para designar “a atribui o do direito de suceder”.

¹⁹⁷ MARIA DIONYSIA DE MENDONÇA MACHADO DE ARAÚJO, “Voca o de nascituros e concepturos”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento XIII, 1961, pp. 84 e 86, definindo “a abertura da sucessão consiste precisamente no rompimento do laço que prendia estas rela es ao seu anterior titular.”

É necessário esclarecer que a sucessão pode ser voluntária ou legal¹⁹⁸ conforme o título em que se baseia e dá-se mediante a vontade do *de cuius*, manifestada por testamento ou contrato (sucessão voluntária)¹⁹⁹, ou consoante a lei (sucessão legal)²⁰⁰.

A vocação sucessória, nos termos do art. 2032.º, n.º 1, do Código Civil, caracteriza-se pelo “*chamamento à sucessão do sucessível na totalidade das relações jurídicas que não se extinguam por morte do seu titular*”²⁰¹. É reconhecida, portanto, aos que gozarem de “*prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que tenham a necessária capacidade*”²⁰² e, para além da designação prioritária, é preciso existir ou estar concebido no momento da abertura da sucessão, ou seja, não falecer primeiro que o autor da herança²⁰³.

¹⁹⁸ Art. 2026.º, do Código Civil.

¹⁹⁹ A sucessão voluntária diz respeito aos negócios jurídicos que surtirão efeito com o falecimento do disponente, sob a forma de contrato (negócio jurídico bilateral), admitida excepcionalmente; ou testamento (negócio jurídico unilateral *mortis causa* por excelência), em disposições de caráter patrimonial ou existencial (FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*: Lições ao curso de 1973-1974, atualizadas em face da legislação posterior, cit., pp. 331-332).

Sobre o testamento, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão Testamentária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 15 e ss; GUILHERME DE OLIVEIRA, “O testamento”, in *Temas de Direito da Família*, cit., pp. 91-169.

Sobre sucessão contratual e sua admissibilidade excepcional, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II, cit., p. 88.

²⁰⁰ Na sucessão legal são chamadas as pessoas que a lei designar, em relação preferencial. A sucessão legal está irremediavelmente ligada à verificação da parentalidade que possa existir entre o finado e o sucessível. Relativamente à PMA homóloga *post mortem* tal verificação está relacionada, sobretudo, à filiação (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., p. 97).

A sucessão legal ainda se divide em legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do autor da sucessão. A sucessão legitimária (art. 2133.º do Código Civil) consiste na proteção da família mais próxima ao *de cuius*, permitindo a reserva por parte da lei a uma fração da herança em que o autor da herança não pode dispor nem afastar a herança dessas pessoas. Os herdeiros legitimários são o cônjuge, os descendentes e os ascendentes - art. 2157.º do Código Civil (a quota varia de 1/3 a 2/3 em função da classe, do tipo e do número de legitimários (*vide* arts. 2158.º a 2161.º do Código Civil). A sucessão legítima (art. 2156.º do Código Civil) dá-se em relação a algumas pessoas sobre a parte intestada da herança, ou seja, a cota disponível do autor que não foi disposta por testamento ou doação, ou, se foi disposta, sendo inválida, ineficaz ou não abranger todo o património do *de cuius*. A ordem de chamamento dos sucessores legítimos é: o cônjuge e descendente; cônjuge e ascendente; irmãos e seus descendentes; outros colaterais até o quarto grau e Estado - art.º 2133.º, do Código Civil (INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 49-52 e pp. 18-19).

JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 108-110, faz uma apreciação crítica do regime da sucessão legítima, chamando a atenção para alguns pontos em que o mesmo se mostra desajustado.

²⁰¹ DANIELLA ALOISE BORGES, *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*, cit., p. 86.

²⁰² *Vide* art. 2032.º, n.º 1 e art. 2033.º, n.º 1, do Código Civil.

²⁰³ Ver também art. 2033.º, n.º 2, al. a), do Código Civil.

A atribuição ao sucessível do direito de suceder é reconhecida aos que gozarem de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que tenham a necessária capacidade. Estes requisitos são cumulativos e de verificação simultânea. Existe ainda quem considere também como pressupostos da vocação a personalidade, mas não parece ser a opção adotada na lei nem pela maioria da doutrina (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*. 4.ª Ed. Lisboa: *Quid Juris?*, 2012, p. 155).

Tem, por isso mesmo, no momento da abertura da sucessão de estar preenchidos os pressupostos da vocação sucessória. Porém, CRISTINA ARAÚJO DIAS alerta que não ocorrem concomitantemente, pois é “*a abertura da sucessão que dá origem ao chamamento, isto é, só depois de aberta a sucessão, com a morte do de cuius e a desvinculação da titularidade das suas relações jurídicas, que passam a estar ‘predispostas’ a ter um novo titular, é que se procede ao chamamento dos sucessíveis*”²⁰⁴”.

É necessário compreender que não basta ser chamado à sucessão para adquirir os bens, é preciso *aceitação*²⁰⁵ para que se verifique a aquisição sucessória, ou seja, o chamamento confere como efeito o direito de aceitar ou repudiar a herança, funcionando o repúdio como uma condição resolutiva da aquisição e a aceitação como um mero ato confirmativo²⁰⁶.

2.1. A titularidade pelo chamado da designação sucessória prevalente no momento da morte

A lei e o autor da sucessão designam várias pessoas para *suceder*, contudo apenas são chamados à vocação aqueles que possuam designação sucessória prevalente²⁰⁷.

A razão pela qual se considera que a personalidade deva ser adicionada como pressuposto da vocação assenta no facto de a personalidade só se adquirir com o nascimento completo e com vida. A partir desse momento é que se considera que o nascituro adquire direitos. Porém, a meu ver e de acordo com vários autores como DIOGO LEITE CAMPOS, o Direito não determina a personalidade, mas sim a reconhece, não apenas no nascimento completo e com vida, mas sim desde a concepção. Sendo assim, não faz sentido adicionar a personalidade como pressuposto da vocação (*Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 513).

²⁰⁴ Cfr. *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 89.

Como afirma CAPELO DE SOUSA existe uma “*anterioridade lógica daquela sobre esta, uma vez que só após declarada aberta a sucessão, com a extinção do sujeito de uma das posições das relações jurídicas sucessoriamente transmissíveis e o consequente estado de vinculação de tais relações jurídicas ao subingresso do novo titular, é que se torna possível à ordem jurídica chamar os sucessíveis, o que aliás se espraia nas palavras iniciais do n.º 1 do art. 2032.º*” (*Lições de direito das sucessões*, cit., p. 280).

²⁰⁵ CRISTINA ARAÚJO DIAS refere que “*a aceitação não tem um papel meramente de confirmação da aquisição sucessória, mas um papel verdadeiramente constitutivo. Por isso, o repúdio já não é o tal ato positivo de que resulta uma diminuição do património do chamado, mas uma renúncia a uma aquisição que ainda não se verificou*” (*Lições de direito das sucessões*, cit., p. 94).

²⁰⁶ Art. 2050.º, n.º 1, do Código Civil – o domínio e a posse dos bens se adquire pela aceitação dos mesmos.

Cfr. CRISTINA DIAS, *Lições de direito das sucessões*, ob. cit., p. 81.

²⁰⁷ São chamados à vocação aqueles que tiverem relação preferencial por estarem numa escala mais alta da hierarquia sucessória.

INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Teoria geral do fenómeno sucessório*, cit., p. 53, explica a designação sucessória como sendo a “*indicação de um sucessível, indicação de alguém como um possível sucessor futuro de outrem*”, posto que a designação é “*a própria vocação (dentro de um sistema de*

Sendo assim, considera-se que em primeiro lugar estão os herdeiros legitimários²⁰⁸; em segundo lugar estão os herdeiros ou legatários contratuais²⁰⁹; em terceiro estão os herdeiros ou legatários testamentários indicados no testamento; e, por fim, quando a quota disponível não tenha sido disposta, ou não tenha sido por completo, estão todos os herdeiros legítimos mencionados por ordem na lei²¹⁰. Isto porque os sucessíveis testamentários têm prevalência em relação aos legítimos, tendo em conta que estes só têm lugar se o autor da sucessão não dispuser de forma válida e eficaz os bens que poderia dispor após a sua morte²¹¹.

Ainda dentro da sucessão legítima²¹² e legitimária, os herdeiros de cada classe preferem aos de classes imediatas, de acordo com o princípio de preferência de classes, assim como, dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem aos mais afastados, de acordo com o critério de preferência de grau de parentesco²¹³.

2.2. A existência do chamado

Para que uma pessoa assuma a posição do *de cuius* nas relações jurídicas que ele participava é necessário que a vocação sucessória se complete não apenas com a

aquisição sucessória dependente de aceitação) não nos coloca directamente perante um sucessor, mas perante um sucessível; não nos diz quem sucedeu, diz-nos quem sucederá (eventualmente)."

²⁰⁸ Art. 2133.º e ss. do Código Civil.

²⁰⁹ Art. 1759.º e 1795.º, n.º 3, do Código Civil, a designação contratual prevalece sobre a testamentária nos termos dos arts. 1701.º, n.º 1; 2311.º; 2313.º, do Código Civil.

²¹⁰ Estabelece-se, assim, uma ordem de herdeiros de acordo com as relações familiares do *de cuius*, à exceção da vocação sucessória do Estado.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, cit., p. 442, esclarece que o Estado “*tem os direitos e obrigações de qualquer herdeiro*”, mas devem ser-lhe negados os direitos pessoais do *de cuius*, uma vez que “*esta atribuição de direitos e obrigações é expressamente prevista «relativamente à herança»*” e “*a preocupação de evitar que os bens fiquem ao abandono não justifica já uma continuação pessoal.*”

²¹¹ ANA LUIZA MAIA NEVARES, *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*, cit., pp. 65 e 85. A autora na p. 72 esclarece: “*Efetivamente, o direito do sucessor legítimo surge em virtude da morte do de cuius, mas é ligado a uma relação já existente quando ocorre tal evento, oriunda dos vínculos familiares. É preciso, portanto, que a sucessão legítima tenha por fundamento as qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar.*”

²¹² LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 25, clarifica a sucessão legítima: “*O fundamento do chamamento de familiares do de cuius à sua sucessão, por força da lei, a título supletivo, assenta na relevância dos vínculos que se estabelecem entre os membros da família. A solidariedade social inerente a estes vínculos tem uma marcada protecção no plano patrimonial e justifica uma certa afectação dos bens de cada um às necessidades de sua família. (...) Razoável é, por isso, que, na ausência de vontade diferente do falecido, venham os seus familiares a ser chamados, prioritariamente, à sucessão, segundo um sistema de preferências que atende à qualidade e à proximidade dos vínculos familiares.*”

²¹³ Arts. 2134.º e 2135.º do Código Civil.

titularidade de uma designação prioritária, legal ou voluntária, mas também que esteja verificado o pressuposto da existência ou sobrevivência²¹⁴ do titular no momento da abertura da sucessão. A lei não refere expressamente este pressuposto, mas ele decorre dos arts. 2032.º e 2033.º do Código Civil que tratam da capacidade sucessória, demonstrando que só serão chamados à sucessão aqueles que gozam de prioridade na hierarquia de sucessíveis²¹⁵. E considera-se que têm capacidade sucessória, para além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei e, na sucessão testamentária ou contratual, também os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão, as pessoas coletivas e as sociedades.

Dessa forma, será chamado aquele que já tenha uma certa existência jurídica no momento da abertura da sucessão e posteriormente à fase de abertura da sucessão. *“Isto significa, portanto, que este pressuposto da existência exige uma existência posterior do chamado (o chamado dever de sobreviver ao de cuius, ainda há de existir no momento da morte do autor da sucessão) e uma existência anterior do chamado (o chamado já há de existir no momento da morte do de cuius)”*²¹⁶. “

A personalidade jurídica só é atribuída ao ser humano se, separada de modo completo do ventre da mãe, nasça com vida e independentemente da sua viabilidade de sobrevivência²¹⁷. Só a partir desse momento é que a pessoa adquire personalidade

²¹⁴ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 173-174.

Para SANDRA MARQUES MAGALHÃES, a existência *“(…)ou sobrevivência, ou coexistência – como pressuposto da sucessão hereditária é comum às modalidades legal e voluntária, e tem por fundamento a necessidade de que «alguém assuma a posição jurídico-econômica do de cuius, ingressando nas relações jurídicas de que ele participava»”* (*Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, cit., p. 134; ORLANDO GOMES, *Sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25).

²¹⁵ FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO opta por distinguir entre existência e capacidade, reconhecendo que os dois pressupostos estão intimamente ligados. Primeiro, o *“chamado há-de existir, isto é, há-de ter personalidade jurídica, capacidade jurídica genérica, e, depois há-de ter também capacidade sucessória, a qual não é senão uma aplicação particular da noção geral de capacidade jurídica. Existir como pessoa jurídica se configura de duas maneiras: “já há-de existir” juridicamente, ou seja, o chamado deve ter personalidade jurídica no momento da abertura da sucessão e; “ainda há-de existir”, isto é, continue a ter personalidade, nem que seja por um instante, depois da abertura da sucessão, portanto, não tenha se verificado a morte. (Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-1974, atualizadas em face da legislação posterior, cit., pp. 181-185).*

Diferentemente, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 154 e ss., considera como pressuposto da vocação sucessória: a personalidade, a existência e a capacidade. Não é esta a orientação seguida pela própria doutrina.

²¹⁶ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 96.

R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 284, destaca para o facto de se falar da existência do chamado e não da sua personalidade jurídica.

²¹⁷ Art. 66.º, n.º 1, do Código Civil.

FRANCISCO PEREIRA COELHO defende que os nascituros já concebidos são chamados à sucessão, detendo uma personalidade jurídica limitada. Trata-se, portanto, de uma antecipação da personalidade do

jurídica e adquire aptidão para ser titular de direitos e obrigações conforme estipulado pela legislação vigente²¹⁸.

Com a revolução da medicina e o desenvolvimento da sociedade, o pensamento linear que a pessoa só existe a partir do nascimento fez surgir diversas discussões sobre o início da vida e a partir de que momento se deveria assegurar a proteção jurídica da pessoa. Desta forma, assim como surgiram teorias que conferem tutela jurídica a partir

nascituro, uma personalidade reduzida que só valerá para determinados efeitos, referidos na lei (*Direito das Sucessões*, policopiadas ao curso de 1973-1974, cit., p. 192).

Se a criança falecer antes da separação do corpo materno, não adquire a personalidade como é o caso do nado-morto. É preciso que após a criança tenha-se separado definitivamente do ventre materno, manifeste qualquer sinal de vida, como respiração, pulsações do coração (HEINRICH EWALD HÖSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, 3. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005, p. 466).

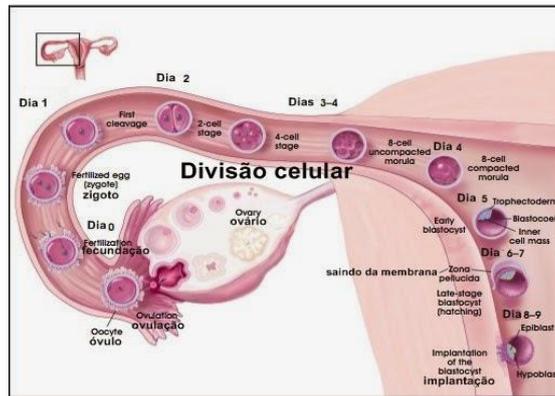
²¹⁸ Relativamente ao art. 66.º do Código Civil existe uma controvérsia quanto ao início da personalidade jurídica.

Numa primeira corrente, temos os autores que acreditam na especial importância da letra da lei e, por isso, os seres humanos não são necessariamente pessoa em sentido jurídico, são pessoas as conferidas pela lei. São conhecidas como correntes natalistas por se basearem na ideia de que “*o homem não é pessoa jurídica só pelo facto de ser homem. A personalidade jurídica é uma criação da lei, um instrumento técnico de que a ordem jurídica se serve para realização de interesses humanos*”, portanto, se o legislador não atribuiu personalidade ao nascituro, foi porque não o quis (MARIA DIONYSIA DE MENDONÇA MACHADO DE ARAÚJO, “Vocação de nascituros e concepturos”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento 13, Coimbra, 1961, p. 104; TIAGO FIGO, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 114).

Por outro lado, existem autores que rejeitam a atribuição de personalidade jurídica ao nascimento. DIOGO LEITE DE CAMPOS concorda que a conceção atual de personalidade jurídica encontra-se ultrapassada e com nível de conhecimento que se tem hoje é possível conhecer a vida intrauterina e perceber que antes do nascimento existe um ser humano consciente, sensitivo, capaz de reações a estímulos sensoriais externos. Sendo assim, o nascimento não é considerado o começo da vida, mas apenas um passo tendo em conta que não existe numa transformação anterior e posterior ao nascimento. Assim, considera-se que a personalidade jurídica se adquire inaptamente com o nascimento (*Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Ed. 3.ª Reimpr., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 510-513; *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 47-54; *Nós: Estudo sobre direito das pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 57-74). Também MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO considera que o tratamento conferido atualmente é inadequado face à revolução da biotecnologia (O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 640). PAULO OTERO exhibe raciocínio semelhante: “*Saiba a ciência quando é que começa a vida humana que o Direito imediatamente tem de garantir a sua inviolabilidade*” (*Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, cit., p. 40). FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO partilha a posição de que a personalidade jurídica se adquire na conceção, criticando a confusão que se faz entre esta e a capacidade e, por isso mesmo, aponta diferenças entre os dois: “*A personalidade ou subjectividade significa, então, a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas. É, portanto, o pressuposto dos direitos e deveres. Deve ser considerada como um princípio, um bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico, superando-se a concepção tradicional, própria do individualismo do séc. XIX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista formal ou técnico jurídico. Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projecção desse valor, que se traduz num quantum. Capacidade, de capax (que contém), liga-se à ideia de quantidade, e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos de personalidade, não de direitos de capacidade. O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se esta como um atributo daquela.*” (*Direito Civil: introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220).

da concepção, também surgiram teorias que o início do ser humano pode estar ligado a determinado estágio de gestação²¹⁹.

Diversas são as teorias que tentam demonstrar em que fase do desenvolvimento do embrião deve ser atribuído direitos, mas a única certeza a que se conclui é que o ser humano passa por vários estádios desde a fecundação até ao nascimento e que a primeira semana de gestação não é similar ao terceiro mês da mesma²²⁰.



221 Fig. 4 – Divisão Celular

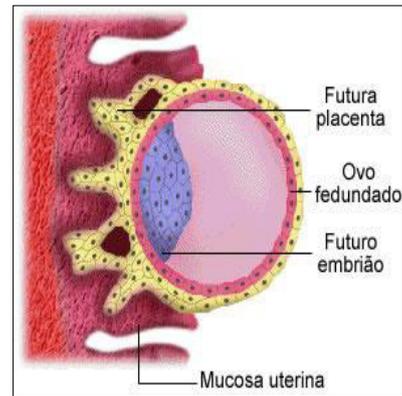


Fig. 5 - Nidação

²¹⁹ De acordo com M. PATRÃO NEVES “o desenvolvimento do ser humano – afirma-se é determinado por moléculas codificadas genética e não geneticamente dentro do embrião, ao mesmo tempo que pela influência do ambiente materno” (*O começo da vida humana*, in: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter (Coord.), Bioética, Lisboa: Verbo, 1996, p. 178).

De acordo com alguns doutrinadores, a nidadao é o critério que distingue o ser humano de um monte de células, visto que o primeiro sinal de organização primária do ser humano é o aparecimento da linha primitiva do sistema nervoso que assinala o início da sensibilidade humana. Antes disso, considera-se que existe um grupo de células diferenciadas, podendo cada uma delas tornar-se parte da placenta em vez de formar o embrião (*Vide art. 1.º, n.º 2, da Lei espanhola N.º 14/2006, de 26 de maio*).

Outros autores consideram que o ser humano só adquire projeção jurídica quando exista formação do córtex cerebral, ou seja, na 12ª semana de gestação. A definição legal de morte é estabelecida na Lei N.º 141/99, de 28 de agosto através do art. 2º que “corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”.

Existe, também, autores que consideram que o ser humano só tem vida quando for viável, ou seja, quando possa viver fora e independentemente do útero materno, que ocorre 24 semanas após a concepção.

²²⁰ CAPELO DE SOUSA entende que o nascituro goza de uma *personalidade jurídica parcial*, a caminho da *humanização plena* com o nascimento, mas desde a concepção revelando uma “*força jurisdgênica*” (*O direito geral de personalidade*, cit., pp. 363-364; pp. 285-286).

Na mesma vertente, TIAGO FIGO defende que não pode ser atribuída plena capacidade sucessória ao nascituro, já que aquando o seu desenvolvimento dentro do útero materno o feto apenas possui uma personalidade parcial que vai “*conquistando, desde a concepção, as suas várias potencialidades somático-psíquico-ambientais, até o momento em que, de todo, se insere na vida relacional.*” (*Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 106-130).

²²¹ Considerada a nidadao como o primeiro sintoma de organização primária do ser humano é necessário demonstrar o seu processo para melhor compreensão. Considera-se, portanto, a nidadao como o “*momento de implantação de um embrião de mamífero na parede uterina que ocorre durante a blástula. Como o processo de deslocamento do embrião das trompas uterinas (onde ocorreu a fertilização) até o útero pode demorar cerca de 4 a 15 dias, então a fixação do embrião ocorrerá nesse intervalo de tempo (4º ao 15º dia após a fertilização). Quando o embrião encontrar o endométrio (membrana mucosa que*

Apesar das diversas posições doutrinárias que tentam conferir tutela distinta ao nascituro em relação ao ser já concebido, o fator concepção não pode ser determinante para a atribuição da personalidade jurídica, porque se o fosse nunca chegaríamos a um consenso tendo em conta as divergências éticas e religiosas.

A lei, na sua terminologia, teve a intenção de proteger o ser ainda não concebido, conferindo-lhe alguns direitos antes do nascimento, dependentes do seu nascimento completo e com vida, com a intenção de o proteger na expectativa da futura pessoa que se possa formar. Isto não significa que o legislador considere que o nascituro não possui personalidade jurídica mas apenas, não querendo entrar nessa discussão, pretendeu proteger de alguma forma o ser humano antes do seu nascimento completo e com vida²²².

A utilização das técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem* gera dificuldade de compreensão sobre o momento da concepção e o momento do chamamento sucessório²²³. Como já mencionado, para ser chamado à sucessão é necessário que o pressuposto da existência esteja estabelecido e, dessa forma, o nascituro será chamado à sucessão legal ainda que a vocação fique dependente do seu nascimento.

No que concerne à utilização das técnicas de PMA *post mortem* surgem alguns problemas de compreensão do momento da concepção e conseqüentemente do chamamento sucessório. Contrariamente ao que estipula a lei de que o nascimento deverá ocorrer num período máximo de 300 dias após a concepção²²⁴, no caso de

reveste a parede do útero internamente), ele irá liberar enzimas que irão “digerir” as células endometriais e ao mesmo tempo, é envolvido por outras células em proliferação do endométrio.” (...) “Após a nidação, tem início a formação das estruturas embrionárias, como: placenta, cordão umbilical e saco amniótico e após a 5ª semana de gestação, a placenta começa a produzir estrógeno e progesterona para manter o endométrio, pondo fim à produção de HCG, e em consequência, há a regressão do corpo amarelo.”

Cfr. DÉBORA CARVALHO MELDAU, *Nidação*, disponível no site <http://www.infoescola.com/embriologia/nidacao/>, acesso em 07-10-2016.

²²² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A Protecção juscivil da vida pré-natal- sobre o estatuto jurídico do embrião*, ano 70.º, n.º 1-4, 2010, disponível no site da Ordem dos Advogados http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=112472&ida=112751, pp. 299-323, acesso em 20-09-2016.

²²³ Arts. 22.º e 23.º da Lei n.º 32/2006.

Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, cit., pp. 95 e ss.

²²⁴ O momento da concepção é fixado, nos termos do art. 1798.º do Código Civil, dentro dos primeiros 120 dias dos 300 que antecedem o nascimento. Esta presunção é, porém ilidível mediante prova em contrário, e de acordo com o art. 1800.º do Código Civil.

“Assim, os nascituros já concebidos à data da abertura da sucessão são os que venham a nascer nos 300 dias subsequentes a essa data. Mas, de acordo com o art. 1800.º, pode vir a provar-se que o período de gestação foi superior a 300 dias ou fixar-se a data provável da concepção dentro do período

implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, a criança pode nascer decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do progenitor (art. 22.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006). Perante a concepção fora do organismo materno (*in vivo* ou *in vitro*), a qualificação como nascituro desencadeia-se a partir da concepção, ainda que o nascimento ocorra posteriormente²²⁵.

É de salientar que a lei também admite, em certas condições, a vocação de pessoas coletivas não dotadas de personalidade jurídica, ainda não reconhecidas²²⁶. Trata-se de uma vocação sucessória sujeita a uma condição suspensiva, a aquisição de personalidade jurídica²²⁷.

2.2.1. A vocação dos nascituros

A proteção do nascituro e a sua admissibilidade à sucessão reportam-se a Roma, onde se reconhecia àquele que haveria de nascer, os direitos que lhe seriam atribuídos se já existisse no momento da morte do *de cuius*.

Quando se trata da situação dos nascituros, a doutrina divide-se naqueles que defendem a existência da personalidade jurídica antes do nascimento e aqueles que não o admitem²²⁸, como já mencionado anteriormente.

No entanto, ao ser humano que nasce, completo e com vida, separado do útero materno, a lei atribui personalidade jurídica, independentemente da forma que tenha e das possibilidades de sobrevivência²²⁹. Esta análise resulta do art. 66.º, n.º 2, do Código Civil, que reconhece que os direitos dos nascituros ficam dependentes do nascimento²³⁰.

referido no art. 1798.º. Pode, por isso, acontecer que venha a provar-se que o nascituro, embora tenha nascido decorridos mais de 300 dias sobre a data da abertura da sucessão, já estava concebido nessa data; ou que, pelo contrario, embora tenha nascido dentro dos 300 dias subsequentes à abertura da sucessão, ainda não estava concebido a essa data.” (Cfr. CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 99).

²²⁵ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 100.

²²⁶ Art. 158.º do Código Civil.

²²⁷ Vide as regras dos arts. 2237.º a 2239.º, do Código Civil.

²²⁸ MARIA DIONYSIA DE MENDONÇA CARVALHO DE ARAÚJO, “Vocação de nascituros e concepturos”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, cit., p. 89, observa que o termo *nascituro* é muitas vezes utilizado para se referir ao ser já concebido, porém ainda não nascido, e àquele ainda não concebido, o que não considera etimologicamente errado, mas prefere reservá-lo somente ao *conceptus nondum natus*. FRANCISCO PEREIRA COELHO também é da mesma opinião (*Direito das Sucessões*, cit., p. 186).

Vide art. 2033.º, n.º 1, do Código Civil.

²²⁹ O Código Civil espanhol exige, quanto à aquisição de personalidade, que o ser humano nascido tenha forma humana e sobreviva pelo menos 24 horas fora do útero materno (arts. 29.º e 30.º).

²³⁰ Para EDUARDO DOS SANTOS, os nascituros não têm personalidade jurídica antes do nascimento, mas têm estabelecido o pressuposto da existência e podem ser chamados à sucessão dependentes da

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES defende que o art. 66.º do Código Civil, ao estatuir que «*as pessoas singulares adquirem personalidade jurídica no momento do nascimento completo e com vida*», afasta o reconhecimento de personalidade ao nascituro, mas não a tutela de seus interesses, admitindo que, “*a título temporário, o direito subsista sem estar efectivamente atribuído a qualquer pessoa*”, com as devidas medidas necessárias à sua conservação, de forma a não prejudicar a posição de seu futuro titular²³¹.»

Após esclarecido o momento em que o direito de suceder é estabelecido, a dúvida surge se os efeitos retroagem a momento anterior ao nascimento²³².

Na tese de CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, para quem o nascituro “*não está por ora constituído em qualquer situação jurídica, perfeita ou imperfeita, pela razão simples de que não existe*”, o seu direito de suceder apenas surgirá e será atribuído na hipótese do nascimento com vida. Concretiza-se a ideia de que mesmo não havendo personalidade jurídica antes do nascimento, a vocação sucessória irá ser estabelecida no momento do nascimento, sem que ocorra retroação à data da abertura da sucessão. Esta posição reside na preocupação de evitar a criação de “*situações de impasse e algo complexas no plano pragmático da administração da herança*”²³³.

Na doutrina brasileira reside a posição de que o nascituro não tem personalidade jurídica até ao nascimento completo e com vida e, por isso mesmo, a personalidade jurídica fica sob condição suspensiva até ao nascimento com vida. A aquisição de herança só ocorre nesse momento, mas caso não ocorra considera-se como se o embrião jamais tivesse existido²³⁴.

conditio iuris do seu nascimento. Para o autor “*exigindo-se que o chamado há-de existir juridicamente no sentido de que há-de ter personalidade jurídica, o chamamento dos nascituros concebidos e não concebidos é uma excepção à regra. Dizendo-se que é bastante uma certa existência jurídica, tal vocação é regra e não excepção*” (*O Direito das Sucessões*, Lisboa: Vega, 1998, pp. 84-93).

²³¹ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., p. 139; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 157-158.

²³² TIAGO FIGO reconhece a retroatividade dos efeitos da lei (*Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*, cit., pp. 88-89). Contudo, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL apresenta uma posição mais coerente afirmando que não existe retroação à data da abertura da sucessão, tendo em conta que nesse momento não existe uma pessoa jurídica (*Curso de Direito das Sucessões, ob. cit.*, p. 198).

²³³ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa: Quid Juris, 2012, pp. 197-198; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*, Lisboa: Sociedade Astória, 1944, pp. 78-79.

²³⁴ Cfr. JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78.

NATHALIE MASSAGER, ao analisar o estatuto jurídico do nascituro no âmbito dos ordenamentos belga e francês, entende que no que concerne aos direitos não patrimoniais a aplicação da condição suspensiva torna-se inadequada, pois a sua aplicação ocorre ainda durante a concepção²³⁵. Considera a autora que estaríamos perante uma condição resolutiva, pois permite “*conciliar o princípio do reconhecimento de uma personalidade condicional à criança concebida com a constatação de que vários atos e fatos jurídicos surtem seus efeitos desde o período pré-natal, mesmo se eles vierem a desaparecer retroativamente caso a criança seja natimorta ou nasça inviável*”²³⁶.

No ordenamento jurídico italiano, a doutrina divide-se em posições como a de C. MASSIMO BIANCA²³⁷ que atribui ao nascituro uma capacidade provisória que se extingue retroativamente caso não nasça ou nasça morto e, GUIDO CAPOZZI²³⁸ e ENZO ROSSI²³⁹, que negam capacidade ao nascituro como consequência da ausência de personalidade jurídica.

Todos os esforços doutrinários apontam para a tentativa de explicar a natureza da vocação sucessória do nascituro. Porém, em nenhum momento ela é contestada, até mesmo pela letra dos dispositivos legais disciplinadores da questão nos ordenamentos jurídicos mencionados, assim como no Código Civil português. A complexidade do tema e os esforços demonstrados apontam para que ao nascituro sejam protegidos os direitos hereditários que teria, caso já tivesse nascido antes da abertura de uma sucessão à qual fosse prioritariamente designado.

Quanto aos efeitos práticos dessa vocação, entre a abertura da sucessão e o nascimento com vida, verifica-se uma situação de pendência na qual, os bens não são deferidos definitivamente aos sucessíveis²⁴⁰ à espera que ocorra o nascimento ou que este não seja mais possível²⁴¹. Essa espera, no caso dos nascituros, não obstante

²³⁵ A autora entende que a concepção majoritária seria inadequada tendo em conta a análise dos efeitos de uma condição suspensiva, já que, na prática, assim que o progenitor morre, o nascituro já é considerado herdeiro. Adianta também a autora que, no que se refere aos direitos não patrimoniais a inadequação da condição suspensiva torna-se mais clara, pois a sua proteção se aplica ainda durante a vida intrauterina. Assim, tratar-se-ia, no seu entendimento, de uma condição resolutiva, mas acautela que a condição aqui é *suis generis*, não aquela do direito das obrigações, cujas soluções podem ser incoerentes se aplicadas igualmente ao direito das pessoas (*Les droits de l'enfant à naître*, cit., p. 32).

²³⁶ Cfr. *Les droits de l'enfant à naître*, ob. cit., pp. 28-32.

²³⁷ Cfr. *Diritto Civile*, vol. II, Milano: Giuffrè, 1989, p. 387.

²³⁸ Cfr. *Successioni e donazioni*, Tomo I, Milano: Giuffrè, 1983, pp. 68 e 106.

²³⁹ Cfr. *Il testamento*, Milano: Giuffrè, 1988, pp. 125-126.

²⁴⁰ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões – Parte Geral*, cit., p. 34.

²⁴¹ Cfr. MARIA DIONYSIO ARAÚJO, “*Vocação de nascituros e concepturos*”, cit., p. 92.

desconfortável, é transitória e tem um prazo máximo previsível (diferente dos concepturos em que há uma incerteza), a duração de uma gravidez²⁴².

Nesse período, até ao nascimento, para proteção dos interesses do nascituro, os bens deixados pelo *de cuius* ficarão sob a administração da pessoa que o faria se já houvesse nascido no momento da abertura da sucessão²⁴³, aplicando-se o regime da sucessão testamentária para a generalidade das vocações sob condição suspensiva²⁴⁴.

CRISTINA ARAÚJO DIAS esclarece quanto à questão da administração dos bens em relação aos nascituros. Assim, a autora explica que “(...) *em caso de herança ou legado a favor de nascituro não concebido, a herança ou legado são postos em administração até à verificação ou não da condição, cabendo a administração da herança ou legado ao co-herdeiro testamentário, se existir e se entre ele e o nascituro não concebido houver direito de crescer. Caso contrário, ou seja, se não existir herdeiro testamentário ou entre ele e o concepturo não houver direito de crescer, caberá a administração ao herdeiro legítimo presumido. Em tudo o que não seja inerente à administração da herança ou legado, os poderes de representação do nascituro cabem à pessoa viva (de que o nascituro não concebido há de ser filho) indicada no testamento ou, sendo incapaz, ao seu representante legal (art. 2240.º, n.º 1)*²⁴⁵.”

2.2.2. A vocação dos concepturos

O Código Civil confere, de acordo com o art. 2033.º, n.º 2, al. a), capacidade sucessória testamentária ou contratual às pessoas ainda não concebidas ao tempo da abertura da sucessão, que sejam filhos de pessoa determinada que já se encontre viva

²⁴² Quanto ao tempo de espera, MARIA DIONYSIO ARAÚJO afirma que, “*Sem dúvida, os bens hereditários ficam, no caso de instituição de nascituros, subtraídos a uma livre circulação. Mas não se encontra uma situação análoga na instituição condicional? O prejuízo econômico não é, de resto, tão grave como à primeira vista possa parecer. Os bens não ficam em abandono, mas são entregues a um administrador, e, embora este não goze de poderes de disposição, pode, no caso em que isso se revele de grande utilidade para o património, realizá-los desde que obtenha a autorização da entidade competente*” (“Vocação de nascituros e concepturos”, *ob. cit.*, p. 101).

²⁴³ Arts. 1878.º, n.º 1 e 1901.º do Código Civil.

²⁴⁴ Vide arts. 2237.º a 2239.º e art. 2240.º, n.º 2 do Código Civil.

O inventário fica suspenso após a descrição dos bens, de acordo com a redação do anterior art. 1335.º, n.º 5, do Código de Processo Civil, “*desde o momento em que se deveria convocar a conferência de interessados até ao nascimento do interessado*” ou, até a impossibilidade de que este se verifique. Mas, apesar da sua revogação, nada impede que seja suspenso desde que não ultrapasse o prazo de 5 anos, conforme o art. 2101.º, n.º 2, do Código Civil (DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, cit. p. 101).

²⁴⁵ Cfr. *Lições de Direito das Sucessões*, cit. pp. 102-103.

naquele momento²⁴⁶. Denominam-se esses sucessíveis de *concepturos*²⁴⁷ ou, de acordo com a expressão da lei, *nascituros não concebidos*.

Dessa forma, só poderá ocorrer a vocação em favor de descendentes no 1.º grau, os filhos (que não sejam netos ou outros descendentes), de pessoa(s) determinada(s) (com vista a individualizar o chamado), e viva (não podem estar falecidas ou apenas concebidas) no momento da morte do autor da sucessão²⁴⁸, ficando os seus direitos dependentes do nascimento.

As divergências que surgiram relativamente à aquisição de personalidade jurídica pelos nascituros não se verifica em relação aos concepturos, pois a personalidade jurídica exige uma “*estrutura ou substrato de facto que não possuem os concepturos*”²⁴⁹. Este não existe, nem mesmo em estado embrionário, no momento da abertura da sucessão de quem dispôs em seu favor²⁵⁰.

Em razão disso, DIOGO LEITE DE CAMPOS não vislumbra a vocação sucessória antes da concepção, período em que o testamento será “*um negócio em vias de formação, completando-se no momento da concepção, no qual surgiria a vocação (actual)*”²⁵¹.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO²⁵² entende igualmente que a vocação sucessória só produzirá efeito em momento posterior à abertura da sucessão, estando a atribuição do direito de suceder dependentes do nascimento²⁵³. No entendimento do autor, a alínea a) do n.º 2 do art. 2033º CC não abrange o ser nascido posteriormente em consequência de criopreservação de gâmetas do próprio testador.

²⁴⁶ A admissibilidade da sucessão de concepturos na sucessão testamentária e contratual visa respeitar o princípio da liberdade negocial e testamentária e satisfazer as eventuais motivações do autor da sucessão (CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 101-103).

²⁴⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões – Parte Geral*, cit., p. 36, nota 25, refere que o termo concepturo foi alvo de crítica de PAULO MERÊA no opúsculo, *Reparos a certos termos da nossa linguagem jurídica*, “*onde afirmava que o termo nascituro é de uso muito antigo e se justifica plenamente, mas que a palavra concepturo, criada por analogia com nascituro, seria um barbarismo, não conforme com as boas regras gramaticais. Ainda que contrario porventura às boas regras gramaticais, a verdade é que o termo concepturo entrou nos hábitos linguísticos dos juristas e é, também, hoje de uso corrente.*”

²⁴⁸ Cfr. EDUARDO DOS SANTOS, *O Direito das Sucessões*, cit., p. 88.

²⁴⁹ TIAGO FIGO, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*, cit., p.83.

O chamamento de concepturos parece uma exceção ao requisito da existência, já que aqui não há uma realidade biológica, como acontece com os nascituros. Apesar da sua limitação e muito embora não tenham personalidade jurídica parece que cabem também no preceito do art. 66.º, n.º 2, do Código Civil, ficando igualmente a sua vocação dependente da condição suspensiva do seu nascimento.

²⁵⁰ MARIA DIONYSIA MACHADO DE ARAÚJO, “*Vocação de nascituros e concepturos*”, cit., p. 110.

²⁵¹ Cfr. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 515.

²⁵² Cfr. *Direito Civil – Sucessões*, cit., p. 36.

²⁵³ Esta condição verifica-se com o nascimento dos instituídos e não se verifica quando há certeza de que tal nascimento não possa ter lugar e, decorrido o prazo legal de concepção ou de impotência judicialmente comprovada.

Inversamente, TIAGO FIGO²⁵⁴ considera que, quando a lei confere capacidade para os concebidos estar-se-á perante *direitos sem sujeito*, pois, para o autor “*o direito subjectivo não se traduz necessariamente em um poder material efectivo, é possível conceber a organização antecipada de uma estrutura de poderes, que fica assim, pré-disposta à aquisição pelo concepturo beneficiado.*”

Apesar de todas essas posições, a ideia de MARIA DIONYSIA DE ARAÚJO²⁵⁵ parece ser a mais transparente, quando fala que não deve existir distinção entre capacidade ou incapacidade de pessoas inexistentes, mas de “*casos excepcionais em que a lei atribui capacidade para suceder a pessoas futuras, e que nem sequer existem*”. Portanto, a capacidade “*só surgirá no momento do nascimento*”.

No que concerne a efeitos práticos²⁵⁶, caso não existam outros herdeiros durante o período em que não nasce a prole eventual (podem ocorrer muitos anos após a abertura da sucessão, ou até mesmo nunca acontecer), os bens ficarão sob administração²⁵⁷. A menos que o testador tenha disposto de forma diferente²⁵⁸, a administração será exercida por quem tiver proveito com a inocorrência do nascimento: o co-herdeiro que se beneficiar de direito de acrescer, se não houver, ou havendo, ele não gozar o direito de acrescer, o herdeiro legítimo presumido ou o substituto que o testador houver para essa eventualidade²⁵⁹.

Caso se tenha certeza que o nascimento não poderá acontecer quando morra o progenitor designado no testamento, seja ele declarado impotente em ação de anulação

²⁵⁴ Cfr. TIAGO FIGO, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*, cit., pp.83 – 84.

²⁵⁵ Cfr. *Vocação de nascituros e concepturos*, cit., pp. 112-113.

²⁵⁶ Os efeitos práticos da vocação dos concepturos podem trazer maiores inconvenientes que a do nascituro, em que “*a transitoriedade da situação tem data prevista ou previsível para finalizar e se fixar definitivamente a quadro sucessório, ao passo que a concepção e o nascimento da prole eventual podem ocorrer muitos anos após a abertura da sucessão, ou até mesmo nunca acontecer.*” (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, cit. p. 150).

²⁵⁷ A herança mantém-se sob o regime de administração, aplicável às deixas condicionais, até que nasçam ou haja a certeza de que o nascimento dos instituídos não ocorrerá (arts. 2240.º, 2237.º a 2239.º do Código Civil). O art. 2239.º do Código Civil dispõe os direitos e obrigações dos administradores da herança, sob condição suspensiva e compara-os aos direitos do curador provisório dos bens do ausente (arts. 94.º e 1159.º, n.º 1 do Código Civil).

²⁵⁸ Art. 2304.º do Código Civil.

²⁵⁹ Art. 2238.º, n.º 1 do Código Civil. A ideia do legislador é, caso não ocorra o nascimento, deixar os bens da sucessão na administração de quem tem maior probabilidade de recebê-los, com o intuito na conservação da herança.

FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO faz alusão ao caráter supletivo da norma, razão pela qual o testador poderá determinar que a administração da herança seja entregue a outra pessoa (*Direito das Sucessões*, cit., p. 194).

do casamento²⁶⁰ ou em ação de impugnação de paternidade presumida²⁶¹, os titulares da designação prevalente à época da abertura da sucessão ingressarão na titularidade desses bens²⁶².

2.3. A capacidade sucessória

Como decorre do art. 2032.º, n.º 1, do Código Civil, para que possa ser chamado à sucessão não basta ser titular da designação sucessória prevalente no momento da morte e de existir na data da morte do *de cuius*. É necessário que a pessoa tenha capacidade sucessória, além da capacidade geral para atos civis, uma capacidade específica²⁶³.

Quanto à capacidade sucessória vale a capacidade como regra, ou seja, são capazes de suceder todas as pessoas singulares e coletivas que a lei não declare como incapazes (art. 2033.º, do Código Civil)²⁶⁴. A incapacidade é considerada a exceção podendo acontecer em determinadas situações que, pelo seu comportamento, certas pessoas se tornaram indignas de suceder socialmente ou de acordo com a vontade presumida do *de cuius*.

A capacidade jurídica, apesar de aparentemente coincidir com a capacidade sucessória, com esta não se confunde, *porque a capacidade jurídica abarca a capacidade de gozo e de exercício enquanto a capacidade sucessória abarca a capacidade de gozo, ademais, esta também possui os nascituros e concepturos, que como já explicitado, não possuem capacidade civil*²⁶⁵.

²⁶⁰ Art. 1636.º do Código Civil.

²⁶¹ Art. 1838.º do Código Civil.

²⁶² EDUARDO DOS SANTOS, *O Direito das Sucessões*, cit., p. 89.

Cfr. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), cit., p. 103-104.

²⁶³ Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, policopiadas ao curso de 1973-1974, cit., p. 210.

²⁶⁴ A capacidade sucessória é a “*idoneidade para ser chamado a suceder, como herdeiro ou como legatário*”. Para a vocação sucessória não valem as incapacidades de gozo e de exercício, o que significa que os menores, os interditos e os inabilitados têm capacidade sucessória (o que não significa que em alguns atos devam estar representados). Quanto às pessoas coletivas, a sua capacidade jurídica está limitada pelo princípio da especialidade do fim (art. 160.º do Código Civil). A capacidade sucessória também comporta exceções ou limitações quanto ao princípio de que basta ter capacidade sucessória para que o sucessível seja chamado à sucessão, de acordo com os arts. 2034.º, al. d), e 2035.º, n.º 2, do Código Civil.

²⁶⁵ EDUARDO DOS SANTOS, *O Direito das Sucessões*, cit., pp. 94 e 96.

3. A tutela sucessória da pessoa nascida mediante Procriação Medicamente Assistida homóloga *post mortem*

Após análise sobre a situação sucessória dos nascituros e concepturos, resta demonstrar que a pessoa nascida por intermédio da PMA homóloga *post mortem*, mesmo na modalidade proibida por lei, será considerada filha do homem que forneceu os gametas e, em certas circunstâncias, terá o direito de suceder.

A reflexão vai pautar-se na verificação da relação de filiação entre a criança nascida mediante o uso da técnica de PMA e o homem que forneceu os gametas, ou entre aquele que não contribuiu geneticamente, mas consentiu no projeto parental que deu origem ao seu nascimento (verificação do pressuposto de vocação hereditária). Apreciar-se-á, de seguida, o alcance do pressuposto da existência, de modo a concluir se os embriões e gametas criopreservados do homem já falecido possuem o mesmo tratamento sucessório dos nascituros e concepturos ou quais as soluções encontradas para a pessoa nascida mediante PMA *post mortem* para que possa participar da sucessão.

Se os embriões criopreservados forem transferidos antes do falecimento do genitor, mas nascerem depois, não há espaço para dúvida: encontrando-se efetivamente *in utero* no momento da abertura da sucessão, em nada difere a situação daquela em que se encontraria um embrião concebido por meio natural que estivesse também *in utero* no momento do óbito do autor da herança²⁶⁶. Considera-se que este género de situações são retratos da aplicação da PMA homóloga e não da homóloga *post mortem*. São nascituros concebidos e aplica-se o preceito do art. 2033.º, n.º 1, do Código Civil, e de acordo com o art. 3.º da Lei N.º 32/2006.

O problema surge perante a situação da transferência após a morte do genitor ou na situação do uso póstumo de sêmen que desencadeará o nascimento para além dos trezentos dias subsequentes à abertura da sucessão²⁶⁷. É, portanto, situações não previstas expressamente no Código Civil nem na Lei N.º 32/2006.

A questão substancia-se na admissão ou rejeição à sucessão da pessoa nascida mediante PMA *post mortem*. Não se trata só da conceção que ocorre após a morte do

²⁶⁶ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da Procriação Medicamente Assistida homóloga post mortem*, cit., p. 154.

²⁶⁷ A filiação é conferida, nos termos do art. 1796.º, n.º 2, do Código Civil, quando a mulher for casada, na presunção de que é pai o marido, mas no caso em que não exista mais coabitação entre o casal, o que acontece no caso da morte, é considerado filho(a) aquele que nascer no prazo de até trezentos dias subsequentes ao momento em que cessa a coabitação.

genitor e que deve ser reconhecida juridicamente como filha do *de cuius*, mas também as situações em que o seu nascimento ocorra trezentos dias após a morte do genitor²⁶⁸.

O Código Civil francês, no preceito da regra do art. 725.º, positiva o pressuposto da existência nos casos de inseminação artificial *post mortem*. PIERRE CATALA²⁶⁹ entende que o procedimento de fecundação é passível de falhas e sustenta que o filho póstumo carece, neste caso, de vocação sucessória.

²⁶⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, embora afirme a filiação nesse caso, entende que passado o período de trezentos dias previstos na lei (art. 1829.º, n.º 1, do Código Civil), em que se aplica a presunção de paternidade, não poderá ser considerado filho do falecido. Considera o autor, que “*toda a dinâmica da sucessão está arquitectada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo*”. Acrescenta que aceitar-se a relevância sucessória dessas situações tornaria impossível, na prática, “*a fixação do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias; e a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada*”. Assim, “*a estrutura actual da relação sucessória não permite atribuir, na sucessão legítima, consequências sucessórias ao anexo de filiação que porventura venha a ser assim tardiamente estabelecido*” (*Direito Civil – Sucessões*, cit., p. 128).

FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO entende que nem se deve falar do benefício da utilização da ação, ao qual se pode provar que o período de gestação foi superior a 300 dias, mas estava concebido à data da abertura da sucessão (prevista no art. 1800.º, do Código Civil), porque no caso de transferência de embrião *post mortem* seria ultrapassado o prazo de 300 dias e a concepção só ocorreria após a morte do genitor. Não poderia, portanto, a criança nascida mediante a técnica de PMA *post mortem*, gozar do instrumento legal de perfilhação, já que só acontece com a concepção e nesse período o genitor já se encontra falecido. A solução do autor é prova da derivação biológica para o estabelecimento do vínculo de filiação, mediante ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 1855.º, do Código Civil (*Procriação assistida com gâmetas do casal*, cit., pp. 23 e ss).

Non entendimento de REMÉDIO MARQUES, “*o prazo legal máximo de gestação intra-uterina somente é mobilizável se a gravidez se fundar num acto sexual entre marido e mulher*” (*O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões - Notas Breves*, disponível em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3753>, acesso em 02-06-2014).

Contrariamente, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL entende que o art. 22.º, n.º 3, da Lei da PMA, reconhece que o embrião é já um nascituro, antes da morte do genitor, o que permitiria ao *de cuius* perflhar a filiação através de testamento ou escritura pública, por termo lavrado em juízo ou por declaração prestada perante o funcionário público do registo civil, nos termos dos arts. 1853.º e 1855.º, do Código Civil (CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL; JOÃO SILVA PEREIRA, *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.ª Edição, Lisboa: AAFDL, 2011, p. 242).

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES concorda com a perspetiva de OLIVEIRA ASCENSÃO e adiciona que “*o afastamento dos conceptuos, na sucessão legal, dá ao período legal de concepção, como limite da relevância do nascimento de pessoas nascidas após a morte do autor da sucessão, um significado que nos leva a excluir da sucessão os que nasçam para além dele, com ressalva, naturalmente, do disposto no art. 1800.º*” (*Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 160).

TIAGO DUARTE reconhece a capacidade sucessória geral ao embrião criopreservado e capacidade sucessória exclusivamente testamentária nos casos inseminação artificial *post mortem* (*In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, cit., p. 114, nota 237).

JORGE DUARTE PINHEIRO, reconhece ser ilegítima uma interpretação restritiva, “*que negue ao filho, resultante de uma implantação post mortem de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, só porque nasceu decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai*”, diante do “*princípio da não-discriminação com base no nascimento resultante da realização de técnicas de PMA*” (*Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, cit., pp. 217-218).

²⁶⁹ Cfr. “*Le droit des Successions et des Liberalités au regard de la procréation artificielle*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Setembro/1986, p. 484.

Em Espanha, RAFAEL GÓMES-FERRER SAPIÑA²⁷⁰ manifesta-se no sentido que o embrião criopreservado é considerado *nascituro*, ainda que não esteja gestado, ficando a devolução sucessória condicionada ao nascimento com vida²⁷¹.

3.1. A filiação derivada da Procriação Medicamente Assistida *post mortem*

Considera-se filiação a relação que, ligando duas pessoas por laços sanguíneos ou não, estabelece entre elas uma série de direitos e deveres recíprocos²⁷². A sua noção é deveras complexa porque insere uma vertente biológica (os laços de sangue), uma vertente socioafetiva (a intenção) e a vertente jurídica²⁷³. À complexa noção soma-se a evolução da medicina reprodutiva, desde logo com o aparecimento da maternidade de substituição²⁷⁴: a mãe de substituição pode ou não, ser a pessoa com quem a criança tem um vínculo biológico e quase sempre não é a pessoa que pretende criar a criança.

CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL reconhece que resulta uma reconhecida filiação relativamente ao pai falecido “*a plena aquisição do estado jurídico de filho sem qualquer afectação do mesmo pelo nascimento ulterior à morte daquele*”²⁷⁵. REMÉDIO MARQUES é do mesmo entendimento, acrescentando que o consentimento exigido é “*uma formalidade menos exigente de que é estabelecida para o reconhecimento*

²⁷⁰ “Técnicas de reprocción assistida humana y Derecho de Sucesiones”, in *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-Marzo/1995, p. 214.

²⁷¹ Em relação ao confronto entre a situação de embrião criopreservado e a do que já se encontra no útero materno, JULIANE FERNANDES QUEIROZ entende que existe distinção entre ambas, sendo considerada a segunda situação a única que pode ser considerada de *nascituro*. Ao embrião criopreservado, a autora enquadra na categoria de “*entes já concebidos*” com o intuito de lhes ser dado o mesmo tratamento que aos nascituros (*Auto-regulamentação familiar e reprodução assistida post mortem: a (re)construção da igualdade entre os filhos*, tese de doutorado, policopiada, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 298).

²⁷² JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, cit., p. 157.

²⁷³ FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA assinalam que o Código Civil distingue a filiação da adoção, considerando a primeira apenas biológica, real ou presumida, com ressalva, na nota 14, à compreensão que o segundo autor acolhe sobre um critério “*sociologista*” de paternidade no direito de filiação (*Curso de Direito da Família*, vol. I, cit., p. 46; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da paternidade*, cit., pp. 334 e ss).

Ver também, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Lisboa: Livraria Petrony, 1999, pp. 85-87, que considera na definição de parentesco apenas o vínculo biológico, afastando a adoção.

²⁷⁴ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *A nova filiação – O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*, cit., pp. 477-478.

²⁷⁵ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL/JOÃO SILVA PEREIRA, *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*, cit., p. 242.

*voluntário da filiação (de nascituro já concebido, por via de uma perfilhação em vida do perfilhante)*²⁷⁶.

No entendimento da doutrina e de acordo com as diversas interpretações, entende-se que estamos perante uma filiação social²⁷⁷ em detrimento do fator biológico, atendendo sempre ao papel revelante da vontade na criação de relações jurídicas.

Em relação à filiação póstuma, não existe qualquer inovação no Direito. À pessoa que nasça após o óbito do genitor, mas já se encontrava no útero da mãe nesse momento, há muito a filiação é reconhecida mediante as presunções e prazos previstos no Código Civil, seja concebido através de procriação natural ou assistida. Contudo, o sistema de presunções não se coaduna com algumas das novas técnicas reprodutivas²⁷⁸.

A Lei N.º 32/2006 esclarece, no preceito do art. 22.º, n.º 1, a admissão à transferência de embriões *post mortem* desde que haja consentimento, mas não refere se o consentimento prestado tem valor para o reconhecimento da paternidade. No preceito do art. 22.º, n.º 3, da referida lei – transferência *post mortem* de embrião criopreservado -, a lei autoriza explicitamente a transferência de embriões para o útero da beneficiária após o falecimento do marido ou companheiro, no âmbito de um projeto parental previamente estabelecido, mas não acompanhada diretamente o respetivo estabelecimento da filiação.

Através desta analogia, caso a mulher que formou com o *de cujus* um projeto parental obtenha legalmente o embrião, a criança que nasça após o prazo legal de trezentos dias após o falecimento do genitor, não goza da presunção de paternidade estabelecida pelo Código Civil.

ROSE MELO VENCESLAU entende que “*considerar o reconhecimento do status de filho como um direito de personalidade prescinde de qualquer enquadramento classificatório. Sendo necessário para o desenvolvimento da plena dignidade de pessoa, merece assim ser tutelado. (...) Em virtude disso, entende-se o problema da filiação sob supremacia do interesse do filho, devendo ser sempre analisado por esta ótica*²⁷⁹.”

²⁷⁶ *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões* - Notas Breves, disponível em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3753>, acesso em 02-06-2014.

²⁷⁷ A família de hoje é aquela que se constitui pelo amor, respeito e pela vontade de constituir um futuro. Já não existe a ideia da família constituída pelos laços de sangue e que apenas esses podem ser considerados herdeiros dignos. A família é aquela que construímos.

²⁷⁸ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, cit., p. 103.

²⁷⁹ Cfr. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 72.

JORGE DUARTE PINHEIRO entende que não se deve atuar em desfavor do filho que vier a nascer e a devida proteção encontra-se ao abrigo dos arts. 26.º e 47.º da Lei N.º 32/2006. Considera o autor que, “*nos tempos actuais, as realidades que acabam por ser aglutinadas numa categoria única, apesar da sua diversidade do ponto de vista da formação, estão subordinadas em todas as suas fases, incluindo na fase da constituição, a um mesmo princípio – o princípio do superior interesse da criança ou do menor*²⁸⁰.”

Deve, portanto, ser esta interpretação da lei para que seja respeitado o melhor interesse da criança em qualquer análise para estabelecimento da filiação. Isto porque, acredita-se no princípio da verdade biológica, considerado “*um princípio estruturante do direito da filiação português*”, o que significa que “*ele deve guiar o intérprete na aplicação das normas e na integração de eventuais lacunas*²⁸¹”. A determinação da paternidade deve ser efetuada em relação ao homem que, embora falecido no momento da transferência do embrião para o útero da mulher com que era casada ou vivia em união de facto, tenha consentido para que o procedimento de PMA se desencadeasse.

A lei não é clara nas situações em que falecido não tenha prestado o seu consentimento na utilização póstuma do seu embrião, nem no caso da existência de um consentimento não específico para a PMA *post mortem*. Dessa forma, será que nesse tipo de situações há invalidade no estabelecimento da paternidade quanto ao *de cujus*²⁸²? Parece acertado, na questão do estabelecimento da filiação na PMA *post mortem*, apreciar aspetos que a lei não determinou e deveria ter elucidado. Ora vejamos.

3.1.1. O consentimento

Na PMA *post mortem* sobressai a importância do consentimento prestado pelo *de cujus*, de acordo com o art. 22.º, n.º 3 da Lei N.º 32/2004, com a necessária observância do que prescreve o art. 14.º da respetiva lei. O consentimento exigido pelos progenitores terá de ser informado para uma escolha também informada; prestado de maneira livre e

²⁸⁰ Cfr. *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, cit., p. 102.

²⁸¹ Cfr. *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, *ob. cit.*, p. 110-112.

²⁸² *Vide* art. 20.º da Lei n.º 32/2006 com a recente alteração com a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho. A lei estipula que no recurso a estas técnicas tiver resultado o nascimento de uma criança, esta será havida como filha do beneficiário que prestou o consentimento de acordo com o art. 14.º da respetiva lei. Será estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo quer a pessoa esteja casada ou viva em união de facto. O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o foi consentimento prestado (art. 20.º, n.º 4 da respetiva lei).

esclarecida²⁸³, sem coação ou vícios de vontade; e, escrito expressamente para proteção das crianças que nascerem através das técnicas de PMA em relação ao progenitor e possíveis herdeiros²⁸⁴.

É considerado um ato pessoal e personalíssimo de maneira que não pode ser prestado por outra pessoa, que não o beneficiário da técnica e, por estas razões, também o protege “*contra a interferência de terceiros e resguarda a autonomia, a espontaneidade e a liberdade da vontade manifestada*”²⁸⁵. Dessa forma, apenas o beneficiário pode prestar o seu consentimento²⁸⁶, excluindo qualquer consentimento prestado por procurador, mesmo com poderes especialmente designados para esse fim, ou por representante legal de incapaz²⁸⁷.

Além disso, o art. 14.º, n.º 1, da Lei da PMA determina que o consentimento seja prestado pelos beneficiários perante o *médico responsável*, o que leva a ser interpretado como exigência que os beneficiários estejam efetivamente presentes diante do ato de consentimento²⁸⁸. Assim, antes de iniciar o tratamento reprodutivo, o beneficiário na presença do médico deve assinar um documento para que fique esclarecido todos os desejos dos intervenientes no processo, tanto em vida como *post mortem*²⁸⁹. O caráter

²⁸³ CARLOS PAMPLONA CORTE- REAL, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)”, cit., p. 357.

²⁸⁴ Entende-se, pela leitura do preceito do art. 14.º, que a manifestação de vontade do beneficiário deve ser direcionada especificamente para a possibilidade de ter filhos com a pessoa com quem se submeteu ao procedimento de PMA (arts. 14.º, n.º 1 e 20.º, n.º 4, da Lei N.º 32/2006).

Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.130. O consentimento livre deve estar “*sem coação ou sem vícios de vontade. Trata-se aqui da explicitação das exigências fundamentais de todo acto jurídico-civil*”; HELENA MARIA VIEIRA DE SÁ FIGUEIREDO, *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, p. 94; AMÉLIA COSTA, *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000, p. 154.

²⁸⁵ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., p. 109-110.

²⁸⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO classifica o consentimento como um princípio fundamental para o estabelecimento do vínculo de filiação no que concerne à PMA quando afirma que a “*declaração de vontade do candidato a pai é um elemento mínimo, indispensável, da constituição do vínculo de filiação que não resulte da prática de um acto sexual*”, sendo imprescindível, ainda que “*haja uma ligação genética entre filho e o pretenso pai*” (*Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 191).

²⁸⁷ Vide art. 6.º, n.º 2 da Lei N.º 32/2006.

²⁸⁸ EDUARDO DANTAS, Consentimento informado (ou consentimento livre e esclarecido, ou consentimento pós-informado), in *Lex Medicinae*, ano 4.º, n.º 8, 2007, p. 131.

²⁸⁹ O consentimento não deve excluir a responsabilidade do médico por eventuais danos causados, tais como a não indicação de todas as alternativas de técnicas de PMA aos pacientes (LUCIANA MENDES PEREIRA ROBERTO, “Dos aspectos éticos do consentimento informado em reprodução assistida: diagnóstico genético pré-implantacional”, in *Lex Medicinae*, ano 2.º, n.º 3, 2005, p. 109; EDUARDO DANTAS, *consentimento informado (ou consentimento livre e esclarecido, ou consentimento pós-informado)*, ob. cit., pp. 127-128).

Vide art. 11.º da Lei n.º 32/2006.

personalíssimo do consentimento também o protege para a interferência de terceiros e resguarda de forma segura a vontade do beneficiário.

O beneficiário, antes de prestar o seu consentimento, deve ser informado previamente, por escrito, de “*todos os benefícios e riscos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas*”²⁹⁰ resultantes da utilização das técnicas de PMA. Compete ao médico esclarecer de forma mais abrangente possível todos os detalhes das técnicas, sendo crucial sobretudo, no vínculo parental que poderá vir a ser estabelecido entre o beneficiário e a pessoa que vier a nascer²⁹¹.

O documento onde se encontram as informações e o consentimento prestado deverá ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida²⁹². Ao Conselho²⁹³ caberá a função de esclarecer o mais abrangente possível em todos os detalhes das técnicas e respetivas consequências, desde logo a hipótese de que os embriões criopreservados e o sêmen congelado venham²⁹⁴ a ser utilizados após o óbito do genitor²⁹⁵. O facto de o Conselho ter elaborado cerca de 22 relatórios em 2012 acerca das implicações destes procedimentos não modificou a informação reduzida que é transmitida aos beneficiários²⁹⁶. Pode ter como consequência a nulidade do consentimento, pois quando “*não existe qualquer alusão ao estabelecimento da paternidade, não há informação, não há esclarecimento, não há consentimento e não há vontade*”²⁹⁷.

²⁹⁰ Art. 14.º, n.º 2 da Lei N.º 32/2006.

²⁹¹ J. FIGUEIREDO DIAS/J. SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 332, 1984, p. 42; GUILHERME DE OLIVEIRA, “Auto-regulação profissional dos médicos”, in *Revista da Legislação e Jurisprudência*, 3923, p. 36; RUI CASCÃO, “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, in *Lex Medicinæ*, ano 4.º, n.º 8, 2007, pp. 33-35.

²⁹² Art. 14.º, n.º 3 da Lei N.º 32/2006.

²⁹³ Vide arts. 30.º a 33.º da Lei n.º 32/2006.

²⁹⁴ Dada a dificuldade de regular as obrigações do consentimento quer colocar-se na mão do médico todo o peso e responsabilidade da *recolha dos consentimentos*. Já em 1946, Mary Barton, no simpósio de Londres, recomendava que o médico obtivesse o consentimento por escrito, sendo considerada a maneira mais explícita e expressa. Seymour, nos Estados Unidos, ia ao ponto de aconselhar a outorga de ato notarial para o consentimento (AUGUSTO LOPES CARDOSO, *Procriação Humana Assistida – Alguns aspectos jurídicos*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º, 1991, p. 16).

²⁹⁵ Sugere-se que o documento assinado pelos beneficiários contenha a discriminação do consentimento para cada hipótese aventada, especialmente nas situações mencionadas.

²⁹⁶ Essa indicação se enquadra em implicações jurídicas a que se referem os arts. 12.º, al. c) e 13.º, n.º 2, com observância dos arts. 22.º, n.º 3 e 23.º, n.º 1, da Lei N.º 32/2006. O referido órgão deveria deixar claras todas as informações sobre as técnicas, desde logo o facto de a inseminação ser proibida por lei.

²⁹⁷ Cfr. PATRÍCIA GONÇALVES, “Consentimento (des)informado na PMA heteróloga?”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, 2011, p. 137.

O referido documento supra evidenciado deve conter a autorização expressa dos beneficiários para que a PMA *post mortem* se realize e de forma a não existirem dúvidas quanto à admissão do procedimento. Pretende-se proteger o casal que recorreu à técnica, mas principalmente o homem, para que a conformação do projeto parental se estenda para depois da morte deste e que seja estabelecida a respetiva filiação relativamente a ele (arts. 22.º, n.º 3 e 23.º, n.º 1, da Lei da PMA).

Além disso, os centros deveriam em cada fase ou procedimento advertir para o comparecimento pessoal das pessoas envolvidas para preenchimento e assinatura de documentos²⁹⁸, como forma de precaução para situações de óbito ou revogação do consentimento do marido ou companheiro da beneficiária, assim como de ulterior casamento ou união de facto²⁹⁹. Perante a situação de transferência de embriões criopreservados após o óbito do genitor, o procedimento deveria ser autorizado de acordo com o consentimento expresso para essa hipótese.

Sugere-se esta solução para uma maior segurança na determinação de que a vontade do beneficiário seja atual e para evitar que pessoas sem as condições descritas no art. 6.º, n.º 1, acedam à PMA e, mais ainda, para evitar que a viúva, em fase de luto, realize técnicas de PMA *post mortem* sem consentimento do *de cuius*, ou que este tivesse sido revogado.

No que concerne à inseminação artificial *post mortem*, não é exigível que contenha no documento o consentimento do *de cuius* para uma situação expressamente proibida pelo ordenamento jurídico. Sendo uma prática considerada *contra legem*, considera-se aconselhável que se faça uma remissão no documento para o uso da PMA *post mortem*

²⁹⁸ Ver Anexo III que elucida o modelo de consentimento informado sobre o procedimento de Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides, disponível no site do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida http://www.cnpma.org.pt/profissionais_modelos.aspx, acesso em 10-10-2016.

²⁹⁹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico paciente*, cit., p. 490.

explicando que a transferência de embriões³⁰⁰ é permitida³⁰¹, mas não a inseminação artificial *post mortem*.

Conclui-se assim que, havendo consentimento expresso no sentido de autorizar a transferência de embriões *post mortem*, essa transferência é autorizada por lei. E caso haja ausência de consentimento ou a sua não especificação quanto à realização *post mortem*? Considera-se inválida a prática efetuada ou aplica-se alguma consequência negativa sobre o estabelecimento da paternidade quanto ao *de cuius*? E caso a beneficiária receba o embrião em seu útero após ter contraído novo casamento ou estiver a viver em união de facto com outro homem? São essas questões que vamos dar resposta.

No ordenamento jurídico português, é possível que a beneficiária se remeta aos tratamentos em questão, valendo-se do consentimento prestado inicialmente pelo marido ou companheiro falecido e tendo contraído novo casamento ou estando a viver em união de facto com outro homem³⁰². Então realizada a PMA homóloga *post mortem*, sem consentimento expresso ou contra vontade manifesta do falecido marido ou companheiro para que material genético não fosse utilizado ou o embrião transferido após o óbito, a criança nascida será havida como filha do *de cuius*?

O art. 18.º, n.º 1, do Decreto N.º 415/VII, permitia a inseminação artificial *post mortem* se houvesse expressa autorização do marido ou companheiro e fosse efetuada nos três meses seguintes ao óbito, ao passo que o art. 19.º, n.º 1, determinava que a criança nascida “*nos termos do artigo anterior*” era tida como filha do falecido³⁰³. Mas, no atual contexto e promulgada uma lei reguladora da PMA ainda existem imperfeições

³⁰⁰ A posição da ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA é de que, “*com feito, a implantação num útero constitui a única forma de permitir o ulterior desenvolvimento embrionário e o facto de o pai ter falecido não justifica que não se proceda à mesma (...) parece-nos que mais vale nascer sem pai do que não nascer. E deixar o embrião morrer, pelo facto de o seu progenitor biológico ter falecido, seria atentar contra a vida humana embrionária.*” (Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05 sobre procriação medicamente assistida, relatores: RUI NUNES e HELENA MELO, Associação Portuguesa de Bioética, de 6 de Dezembro de 2005, disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf, pp. 24-25, acesso em 29-09-2016.

³⁰¹ De acordo com os atuais requisitos e parâmetros de funcionamento dos centros de PMA publicados pelo CNPMA: o número de embriões a transferir para o útero deve ser de um ou dois, devendo no máximo ser de três embriões, mas apenas considerado em situações de caráter excecional.

³⁰² Art. 23.º, da Lei N.º 32/2006.

³⁰³ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., p. 114. O prazo de três meses estipulado para a realização dos tratamentos não são considerados suficientes, desde logo pelo facto de a viúva ainda estar a lidar com a perda e a fazer o luto, assim como toda a preparação hormonal leva tempo para que a transferência do embrião ou a inseminação artificial ocorra de forma viável.

que não foram corrigidas, desde logo a estipulação de um prazo para a realização da técnica.

Sendo assim, quando se tratar de transferência de embrião em que há sémen de dador, se teve lugar a transferência sem consentimento explícito para o uso *post mortem*, não pode ser atribuída ao *de cuius* a paternidade. Em relação à inseminação ou FIV *post mortem*³⁰⁴, apesar de ser proibida, caso aconteça tem como consequência o estabelecimento da filiação em relação ao *de cuius*³⁰⁵.

Nesse contexto, TIAGO DUARTE³⁰⁶ considera que caso o consentimento não seja prestado e a inseminação ocorra, ela será considerada ilegal e a criança terá reconhecida apenas a maternidade, proibindo-se o estabelecimento da paternidade³⁰⁷.

Inversamente, REMÉDIO MARQUES entende que o consentimento específico para a PMA *post mortem* é irrelevante para o estabelecimento da paternidade já que “*sendo o sémen destruído se ocorrer o falecimento prévio à utilização destas técnicas (art. 22.º/2 da Lei n.º 32/2006), o consentimento prestado para a inseminação post mortem é também ele ineficaz*³⁰⁸”.

A lei no preceito do art. 23.º, n.º 1, da Lei N.º 32/2006, parece reconhecer a filiação independentemente do genitor ter dado o seu consentimento expresso. Porém, surge a

³⁰⁴ A inseminação *post mortem* foi autorizada, pela primeira vez, em 1984, no caso que ficou mundialmente conhecido como o “*Affair Parpalaix*”.

³⁰⁵ Devido ao tema muito convertido da inseminação *post mortem* e com o surgimento do caso “*Affair Parpalaix*”, muitos foram os países que tentaram resolver os problemas emergentes à temática da inseminação *post mortem*. O legislador francês determinou, no art. L2141-3 do *Code de la Santé Publique*, que a morte de um dos membros do casal é considerado um obstáculo tanto na situação de inseminação como no caso de implantação de embriões. Sendo assim, o legislador estipulou que para realização das técnicas de PMA ambos os membros do casal têm de estar vivos. O legislador italiano seguiu a mesma orientação do legislador francês, estipulando no art. 5.º da Lei n.º 40, de 19 de fevereiro de 2004, que só podem aceder às técnicas de PMA duas pessoas que sejam maiores de idade, de sexo distinto, casadas entre si ou conviventes, em idade potencialmente fértil, e estando ambas vivas. O legislador espanhol, contrariamente, no art. 9.º da Lei N.º 14/2006, de 26 de maio, permitiu a inseminação artificial *post mortem*, desde que feita nos doze meses seguintes à morte do genitor e com o consentimento.

Cfr. PAULA MARTINHO DA SILVA/ MARTA COSTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada (e legislação complementar)*, cit. p. 115-120.

Entende-se, portanto, que os legisladores dos vários países acreditam que a conceção de uma criança deva ser um ato de vontade de ambos os progenitores e que o consentimento prestado por alguém para que o sémen seja utilizado posteriormente à sua morte para a conceção de uma criança suscita muita dificuldade quanto à verificação do consentimento dado. Acresce a estes argumentos, o facto de a criança nascida de uma inseminação *post mortem* se ver privada da convivência com um dos seus progenitores, contrariando a lei da PMA no seu conjunto, que acredita na biparentalidade e no superior interesse da criança. Contudo, várias são as crianças que vivem atualmente com um dos progenitores, são amadas, educadas e acima de tudo, felizes.

³⁰⁶ Cfr. *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, cit., p. 101.

³⁰⁷ Cfr. Processo N.º 6339/05 do TEDH, decidido em 10 de Abril de 2007, disponível em <http://echr.coe.int/echr>, com acesso em 15-05-2016.

³⁰⁸ Cfr. *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões* - Notas Breves, cit., p. 13.

dúvida de quem é considerado pai da criança, se a mãe, quando realizada a PMA *post mortem*, já estiver casada ou a viver em união de facto há pelo menos dois anos com outro homem.

Tendo em conta o art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, existindo consentimento do atual marido ou companheiro, aplica-se o disposto do n.º 3, do art. 1839.º do Código Civil, que estipula que não pode haver impugnação da paternidade que lhe foi atribuída, a não ser que se comprove que o consentimento prestado não foi para aquela prática.

De acordo com o n.º 1, do art. 23.º, da Lei da PMA, caso haja ausência do consentimento do atual marido ou companheiro para aquela prática, se o embrião do *de cujus* já se encontrar criopreservado no âmbito de um projeto parental devidamente consentido por escrito, a filiação será atribuída ao falecido.

Tendo em conta os obstáculos que se deparam entende-se que a PMA se distingue da reprodução natural. A inexistência de ato sexual é um aspeto crucial para sua diferenciação, desde logo pelos efeitos jurídico-familiares associados a cada uma delas. Isto porque, já muito decorrem os conceitos e os direitos relacionados com a família, implementadas em bases de coabitação entre o homem e a mulher e que o ato sexual sempre teve o objetivo de reprodução³⁰⁹, formação da família e reconhecimento dos efeitos parentais³¹⁰ (riscos inerentes à prática da reprodução).

Conclui-se que a intenção de procriar mediante o auxílio das técnicas reprodutivas é crucial para o estabelecimento da filiação. A criança que nasça através de algum método de PMA *post mortem* homóloga deve ser considerada como filha do *de cujus*, com consentimento expresso do genitor. Caso não haja vontade, ausência ou revogação do consentimento do genitor, não há atribuição da parentalidade³¹¹. O risco é assumido pela progenitora³¹² que resolveu fazer a intervenção com consciência que o *de cujus* não

³⁰⁹ Na sociedade, os recém-casados que não tinham filhos logo após o casamento eram vistos como pessoas diferentes assim como as mulheres que engravidavam antes do casamento eram discriminadas por fazerem algo contrário aos ditames implementados pelo povo.

³¹⁰ Considera-se o fator biológico primordial no que concerne ao estabelecimento da filiação. Contudo, o papel da vontade tomou relevo no estabelecimento do vínculo paterno-filial, como por exemplo na adoção. SANDRA MARQUES MAGALHÃES entende que “*com a PMA, portanto, a procriação se separa do ato sexual, dele prescindindo para se consumir; não há este último elemento a representar a intenção de reproduzir ou o risco de que isso ocorra. Insere-se, então, no lugar do ato sexual, a manifestação de vontade, consubstanciada no consentimento para as técnicas respectivas.*” (*Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, cit., p. 117).

³¹¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 486/2004, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 15-05-2016.

³¹² CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, esclarece que este tipo de situações da pessoa que vier a nascer não é mais do que em que existe procriação por meios naturais, mas que a progenitora não se lembra ou

prestou qualquer manifestação de vontade para a prática do ato (desde logo pela falta de um projeto parental)³¹³.

O mesmo vale para a transferência de embriões ou inseminação artificial *post mortem* contra a vontade do *de cuius*, ou seja, quando ele expressamente expôs o seu desejo para que o material genético não fosse utilizado após a sua morte.

Contudo, na falta de consentimento ou a sua utilização mesmo *contra legem*, é reconhecido o vínculo paterno-filial. O n.º 3, do art. 22.º, da presente lei, estipula isso quando, apesar da regra de proibição da inseminação *post mortem*, considera lícita a transferência, mesmo praticada *post mortem*, “*de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*”.³¹⁴

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA entende que esta deve ser a melhor solução “*com base no risco que, no campo da paternidade-filiação, servirá como fundamento do vínculo de paternidade-filiação, eis que o homem, consciente ou não – durante o casamento -, buscou assistência médica para dar efetividade ao projeto parental no sentido de contribuir com o seu sémen para ser utilizado em alguma técnica*

não quer revelar a identidade do progenitor. O risco é da sua inteira responsabilidade (*Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 127).

Acrescenta-se a estas hipóteses, situações em que a mulher tenha extraído sémen de um homem à força sem o seu conhecimento ou consciência da prática do ato, como por exemplo o caso Blood, anteriormente descrito. De acordo com esta problemática, PAULO OTERO afirma que a concretização da vontade de gerar um filho após a morte de um dos progenitores é considerado uma forma de instrumentalização da vida humana e despersonalização da vida humana (*Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, cit., pp. 77-78).

³¹³ JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Filho(s) de um gâmeta menor?* Procriação medicamente assistida heteróloga, cit., p. 26, assinala que não se deve confundir a filiação biológica da jurídica.

RAFAEL VALE E REIS, *O direito do conhecimento das origens genéticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 447.

³¹⁴ No caso da inseminação artificial *post mortem* não existe documento que contenha previamente o consentimento do *de cuius*, porque e a hipótese é proibida pelo ordenamento jurídico. Mas, se a lei prevê a filiação ainda assim, ela não existe sem ter havido um prévio consentimento para realização da PMA e a formação de um projeto parental. O n.º 3, do art. 22.º, da lei de PMA, evidencia o estatuto reconhecido pelo legislador português ao embrião, desde logo reconhecendo-lhe direitos (VERA RAPOSO, “O direito à vida na jurisprudência de Estrasburgo”, in *Jurisprudência constitucional*, Vol. XIV, 2007, pp. 59-87).

Contrariamente, PAULO OTERO entende que permitir a inseminação artificial *post mortem* seria não só permitir antecipadamente a orfandade, como também defraudar o princípio da paternidade responsável (*Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, cit., pp. 71-81).

*de reprodução assistida homóloga, o que vai ser suficiente para estabelecer a paternidade com base no reconhecimento judicial*³¹⁵”.

Sendo assim, a lei prevê a filiação no caso de inseminação artificial *post mortem* mesmo sem um documento que contenha o consentimento expresso do *de cuius*. Apesar de o ato ser considerado ilícito, a filiação não pode ser atribuída sem a existência de uma vontade direcionada para esse vínculo e, por isso mesmo, considera-se que o consentimento prestado para a PMA e a formação do projeto parental valem como efeito para tal ato.

Esse consentimento deverá ser relacionado com a pessoa que tenha sido casada ou vivido em união de facto com o *de cuius*. Caso o sémen criopreservado for utilizado por outra pessoa que não aquela que prestou o seu consentimento no documento mencionado, não haverá reconhecimento da relação paterno-filial.

O mesmo acontece no caso de transferência *post mortem* de embriões. Havendo consentimento do marido ou da pessoa com quem viva em união de facto para a PMA, se o genitor falecer e o embrião criopreservado for posteriormente transferido para o útero da viúva/companheira, a pessoa que nascer será considerada filha daquele³¹⁶.

Inversamente, caso a mulher já esteja casada ou viva em união de facto com outro homem, existindo consentimento do novo cônjuge ou companheiro ser-lhe-á atribuída a paternidade, de acordo com o preceito do n.º 2, do art. 23.º da Lei de PMA e o disposto no n.º 3, do art. 1839.º do Código Civil³¹⁷.

Caso o atual marido/companheiro não prestar o consentimento, se o sémen do *de cuius* já se encontrar criopreservado no âmbito de um projeto parental manifestado por escrito junto do Centro e tiver realizado a inseminação artificial *post mortem contra legem*, a filiação será atribuída ao *de cuius*, tendo em conta a maior proteção que pode ser dada à criança que nascer e de acordo com a vontade direcionada. Se estivermos perante a situação de transferência *post mortem* de embriões criopreservados quando a

³¹⁵ Cfr. *A nova filiação – o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*, cit., 729-732.

³¹⁶ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, cit., pp. 113-128.

Ver também, Relatório/Parecer N.º P/03/APB/05 sobre a procriação medicamente assistida, Relatores: RUI NUNES, HELENA MELO, disponível no seguinte endereço eletrónico: [http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao assistida parecer 03.pdf](http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao%20assistida%20parecer%2003.pdf), acesso em 15-05-2016. A ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA defende que o princípio da dignidade humana associado ao embrião justifica a licitude da implantação do embrião, mesmo após a morte do progenitor.

³¹⁷ A lei reconhece um vínculo independentemente de laços de sangue, desde que manifestado o consentimento do atual cônjuge/companheiro.

viúva/companheira estiver casada ou viva em união de facto com outro homem, a solução apresentada é semelhante.

Na ausência de consentimento do atual marido/companheiro será reconhecida a filiação em relação ao *de cuius* (aquele que contribuiu com os seus gâmetas para a formação de embriões que já se encontravam criopreservados e que já tinha estabelecido um projeto parental formado *ante mortem* com a mulher/companheira)³¹⁸.

Por último, perante a situação de “doação” do embrião criopreservado a outro casal, a filiação será reconhecida em relação aos beneficiários do embrião que também formaram um projeto parental e não em relação à pessoa falecida que contribuiu com os seus gâmetas para a formação do embrião³¹⁹.

Outro aspeto a ser observado quanto ao consentimento é a sua livre revogabilidade, “até ao início dos processos terapêuticos”³²⁰. O consentimento prestado pela mulher beneficiária das técnicas é essencialmente revogável, mesmo após a extração de seus ovócitos e inclusive quando já formado o embrião, pois não se consegue obrigar a transferir um embrião para o seu útero, se não pretende levar adiante uma gravidez, se não mais lhe aprovar o projeto parental³²¹. Admite-se, assim, a revogação do consentimento até que seja praticado “o último acto adequado a despoletar, com autonomia, o curso da gravidez”³²². Em relação ao homem que seja beneficiário da técnica, entende-se por “início dos procedimentos” a transferência do embrião.

Assim, a revogação do consentimento admite-se até a irreversibilidade do processo e determina a lei que os beneficiários se comprometam a, no prazo máximo de três anos, utilizar os embriões que não tenham sido transferidos após uma fertilização *in vitro*, mas

³¹⁸ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, *ob. cit.*, p. 123.

³¹⁹ Vide, art. 25.º, n.º 2 e 3 da Lei N.º 32/2006.

«A doação é feita em regime de anonimato, isto é, nem o casal receptor nem as crianças eventualmente nascidas como resultado da dádiva poderão ter acesso a qualquer dado identificativo do casal dador, excepto “por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”» (n.º 4, do art. 15.º, da Lei N.º 32/2006).

³²⁰ Vide art. 14.º, n.º 4 da Lei N.º 32/2006.

³²¹ No caso da mulher não se pode obrigar a transferência para o seu útero, mormente porque lhe seria autorizado, sem necessidade de consentimento do marido ou companheiro, que praticasse aborto, portanto, caso fosse obrigada a efetuar a requerida transferência, acabaria por ser “ocioso compreender que, após iniciado o processo terapêutico, fosse negado à mulher revogar seu consentimento” (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, *cit.*, pp. 124-125).

³²² JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 136.

não prescreve sanção caso isso não ocorra³²³. Também pode o embrião ser “adotado” por outro casal se, no prazo definido de três anos, os progenitores não o utilizarem em novo processo de transferência.

Quanto à forma da revogação deve ser a mesma forma do consentimento, inclusive, deve seguir os mesmos parâmetros no que se compreende, também, a presença diante do médico responsável e, se possível, com ambos os cônjuges ou companheiros juntos, no intuito de garantir que o consentimento seja atual³²⁴. Deve também, o documento onde constarão as informações necessárias ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. *Se a revogação não for feita da mesma forma, existe a hipótese de o Centro nunca chegar a ter conhecimento que o consentimento foi revogado ou que houve o falecimento do marido ou companheiro, pois a mulher pode não informar no intuito de se submeter à PMA post mortem, contrariamente à lei*³²⁵.

3.1.1.1. O Registo Civil da pessoa nascida mediante PMA post mortem

Reconhecida a paternidade, como se deve proceder ao registo da criança nascida em decorrência de PMA *post mortem*, sendo o registo um dos efeitos da filiação juridicamente atribuída?

No caso de os pais serem casados e o nascimento ocorra dentro dos trezentos dias, o registo é feito mediante apresentação da certidão de casamento e da certidão de óbito; no caso de os pais viverem em união de facto, o problema será da mesma índole da reprodução natural³²⁶.

³²³ VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei N.º 32/2006, de 26 de Julho)*, cit., p. 102.

³²⁴ A forma exigida pela lei será ineficaz se não for conhecida pelo centro e pelo cônjuge ou companheiro que tenha prestado o seu consentimento inicial para a PMA.

³²⁵ DANIELLA ALOISE BORGES, *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*, cit., p. 117.

³²⁶ O Código Civil não estende às uniões de facto a presunção de paternidade relativa ao marido da mulher a quem foi atribuída a maternidade da criança e não existe norma a esse respeito. O argumento de que seria possível a criança só com a apresentação do consentimento do companheiro da mãe para a técnica é censurável, desde logo pela necessidade de demonstração de habitação ou o vínculo biológico para estabelecimento da filiação (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., pp. 128-132).

JOÃO CASTRO MENDES entende que “a união de facto ou o concubinato duradouro devem verificar-se em qualquer momento do período legal de concepção, mas não têm de subsistir durante todo esse período, mas têm de existir no momento do nascimento” (*Direito da Família*, Ed. Revista por Miguel Teixeira de Sousa, A.A.F.D.L., Lisboa, 1991/1992, p. 321).

Ver também, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 079880, com sumário disponível no endereço eletrónico: <http://www.dgsi.pt>, acesso em 25-05-2016, onde ficou assente que: «A preceção de paternidade prevista na al. c) do n. 1 do art. 1871 do Código Civil, deve considerar-se

No Brasil, relativamente ao reconhecimento da proteção constitucional dada à união de facto, considera-se semelhante àquela deferida ao casamento. Contudo, no que toca ao estabelecimento da filiação dos filhos havidos pelo casal os efeitos são diversos, especialmente nos procedimentos inerentes ao registo civil³²⁷.

A legislação italiana não prevê uma presunção de paternidade no âmbito das relações de convivência *more uxorio*, admitindo apenas, no âmbito das técnicas de PMA, a proibição do desconhecimento da paternidade em caso de recurso a técnicas de tipo heterólogo, estabelecendo uma forte e inilidível presunção de paternidade aplicável não só ao cônjuge, mas ao companheiro que viva em união de facto que tenha dado o consentimento para o tratamento³²⁸.

De acordo com o preceito da referida norma, no caso de a viúva ter novo marido ou companheiro há pelo menos dois anos (sendo esse aquele que deu consentimento à PMA *post mortem* com sémen ou embrião³²⁹), na determinação da paternidade não existe grande controvérsia. Será considerado pai aquele que houver prestado seu consentimento na forma do art. 14.º da Lei de PMA, bastando este documento para que a paternidade do novo consorte conste no registo do nascimento³³⁰, consoante o estabelecido pelo art. 20.^o³³¹, da referida lei³³².

ilidível se provou que a mãe do menor mantinha relações sexuais com outro homem, mesmo que se não tivesse provado que estas ocorreram durante o período legal de concepção».

³²⁷ Cfr. ANA LUIZA MAIA NEVARES, *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*, cit., p. 209.

³²⁸ MICHELLE SESTA, “Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita heteróloga”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2000, pp. 350 e ss.

³²⁹ A referida norma também se aplica para o acolhimento de embriões por outro casal, que não aquele de quem procederam os gâmetas.

³³⁰ Tal acontece como na inseminação artificial com sémen do dador (art. 23.º, n.º 2 e 3 da Lei N.º 32/2006).

Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, ob. cit., p. 132.

³³¹ A Lei da PMA descreve neste artigo os procedimentos necessários ao registo da paternidade de nascimento quando efetuada a PMA com sémen proveniente de dádiva e também a união de facto, estipulando que a ausência do companheiro no ato pode ser suprida pelo documento comprovativo que ele tenha prestado consentimento para a realização da técnica. Entende-se que pode tratar-se de uma nova presunção legal de paternidade (n.º 2 e 3 do referido artigo da Lei da PMA).

³³² No entanto, a doutrina divide-se na forma como deve ser efetuado o registo, desde logo nos casos de PMA *post mortem*. Para SANDRA MARQUES MAGALHÃES é necessário “o reconhecimento judicial da paternidade em relação ao de cujus, fosse ele marido ou companheiro da mãe da pessoa nascida mediante PMA homóloga post mortem, servindo o documento de declaração de vontade como meio de prova. Consideradas, além dessa, as demais provas produzidas, sobretudo o exame de DNA, que demonstrará de forma cabal o vínculo biológico, o juízo concluirá ou não pelo estabelecimento do vínculo paterno-filial relativamente ao falecido”. Desta forma, só com o reconhecimento da relação de filiação do falecido com a pessoa nascida através da técnica de PMA é possível efetuar o registo, porque a determinação através do consentimento prestado torna impossível ao pai impugnar a declaração de paternidade por já estar morto (SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, ob. cit., p. 133).

Na PMA homóloga *post mortem*, determinando-se a paternidade no registo, será impossível ao pai que conste da declaração impugná-la, evidentemente por já estar morto. Contrariamente, na PMA heteróloga em que o pai constante no registo ainda esteja vivo, uma eventual fragilidade da prova do consentimento, não obsta a que depois o pai impugne a paternidade registada³³³.

Quanto ao facto de o assento do nascimento não estipular a previsão de que a criança nasceu segundo a utilização das técnicas de PMA, no caso de PMA *post mortem* quase não surte efeito, pois aqui reside o confronto das datas de nascimento da criança e o óbito do progenitor para ter conhecimento do facto³³⁴.

Em relação à PMA heteróloga *post mortem* existe diferenciação, já que não é possível fazer prova biológica desta com o *de cuius*, mas apenas de acordo com o consentimento prestado. Por estas razões, a paternidade poderá ser estabelecida perante o funcionário do registo civil mediante apresentação do documento onde tenha sido prestado o consentimento³³⁵.

3.1.2. A sucessão da pessoa nascida mediante inseminação artificial *post mortem*

Na estrutura atual do ordenamento jurídico português ainda que se reconheça a filiação, não parece reconhecer-se de acordo como sucessíveis na sucessão legítima os filhos havidos após o falecimento do genitor, ficando estes em desvantagem em relação aos filhos nascidos com o progenitor vivo³³⁶. Esta situação resulta do facto de o

³³³ A Lei n.º 32/2006 sofreu também alteração no art. 20.º, determinação da parentalidade (Lei n.º 17/2016, de 20 de junho), com o intuito de proteção da criança que nasça através da PMA, mas também para uma maior proteção do *de cuius* relativamente ao consentimento prestado para a PMA e determinadas técnicas. Esta alteração tornou o artigo mais sucinto.

³³⁴ Art. 15.º, n.º 5 da Lei N.º 32/2006 que tem como objetivo a proteção e não-discriminação da pessoa nascida mediante técnica de PMA.

³³⁵ REMÉDIO MARQUES adota a posição, afirmando que o estabelecimento da paternidade decorrente da PMA *post mortem* pode ser efetuado “*directamente junto a repartição do registo civil – sem necessidade de se recorrer a uma acção judicial especialmente intentada pelo filho (cuja capacidade judiciária é suprida pelo seu representante legal: mãe, tutor ou curador ad litem, se for o caso)*” (*O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões - Notas Breves*, cit., p. 12).

³³⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO entende que a sucessão legítima só pode ser concedida aos nascidos ao tempo da abertura da sucessão e aos nascituros que nasçam até trezentos dias depois, negando qualquer ligação dessa realidade à PMA *post mortem*, pois “*a dinâmica da sucessão está arquitectada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo*”, com a necessidade da rápida definição dos herdeiros e da partilha sucessória, que ainda que fosse realizada no momento, estaria sujeita à alteração como o nascimento do filho póstumo (*Direito Civil: Sucessões*, cit., p. 128).

Cfr. PAULO NASCIMENTO, “Procriação Medicamente Assistida *post mortem*: Efeitos familiares e sucessórios”, in: MARIA BERENICE DIAS et al. *Escritos de direito das famílias: Uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 241.

legislador não contar com a evolução da medicina no que se refere aos casos de PMA *post mortem*, levando a uma adequação com a realidade sob pena de infringir o princípio da igualdade e o princípio da equiparação e a idêntica atribuição de direitos aos filhos. Em suma, os filhos não devem ser tratados de forma distinta independentemente da forma como nascem e devem igualmente ter o direito de suceder³³⁷.

Portanto, esclarecido o reconhecimento da filiação à pessoa que nasça através de inseminação artificial *post mortem* e sendo considerados os filhos como herdeiros legítimos, conclui-se que é inafastável a sua participação na sucessão. SANDRA MARQUES MAGALHÃES a esse respeito entende que “a atribuição de direitos sucessórios a esse filho decorrerá do fato de sê-lo e, conseqüentemente, da impossibilidade de ser prejudicado por não estar concebido no momento do óbito daquele que a lei reconhece como seu pai e não nascer dentro dos trezentos dias subsequentes³³⁸.”

Dessa forma considera a autora que deve objetar-se as posições contrárias à vocação sucessória, ou seja, “determinada a filiação relativamente ao *de cuius*, a vocação da pessoa nascida mediante inseminação artificial *post mortem* fora do prazo legal de presunção de paternidade, mesmo que não derive do art. 2033.º, n.º 1, do Código Civil, decorre diretamente da Constituição da República, nos termos de seu art. 18.º, n.º 1³³⁹”. Assim, não se pode impedir a vocação sucessória da criança que nascer através de PMA *post mortem*, pois trata-se de aplicabilidade direta de direitos, liberdades e garantias fundamentais das crianças independentemente da forma como nasceram³⁴⁰.

³³⁷ Cfr. MARIA BERENICE DIAS, *Manual de Direito das Família*, 5.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 335.

³³⁸ Cfr. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., p. 168.

³³⁹ Cfr. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, ob. cit., pp. 168-169; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 438; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais da constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 249.

³⁴⁰ No que concerne à sucessão testamentária, a vocação sucessória da pessoa nascida mediante inseminação artificial *post mortem* desenrola-se quando o testador indicar que o filho de sua esposa/companheira obtenha os mesmos direitos contemplados ao concepturo. A pessoa que nascer mediante essa técnica, mesmo proibida pela Lei N.º 32/2006, será considerada filha do *de cuius* (existência de uma relação de parentesco contemplada pelo efeito sucessório).

O entendimento foi de não limitar a vocação sucessória apenas à sucessão testamentária, já que está a atribuir-se aquela pessoa a qualidade de filho do *de cuius* (contrariamente entende TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, cit., e JULIANE FERNANDES QUEIROZ, *Auto-regulamentação familiar e reprodução assistida post mortem: a (re)construção da igualdade entre filhos*, cit.).

Em termos práticos, apesar de se entender que a herança não pode ficar tempo indefinido à espera que se proceda à técnica de PMA³⁴¹, no caso de inseminação artificial *post mortem* a herança não ficará *ad eternum* à espera do nascimento de um novo filho, mas apenas um tempo razoável para decorrência da inseminação³⁴². A designação dos filhos nascidos mediante inseminação será semelhante à do nascituro em que deve suportar a indivisão pelo prazo máximo³⁴³ de cinco anos a contar da abertura da sucessão (art. 2101.º, n.º 2 do Código Civil)³⁴⁴.

Passado o prazo para a inseminação artificial sem que haja nascimento, os herdeiros adquirem a situação hereditária definitiva e, caso ocorra gestação posteriormente, a pessoa nascida pode reclamar a sua parte da herança em dinheiro, sem necessidade de nova partilha³⁴⁵.

3.1.3. A sucessão da pessoa nascida mediante transferência *post mortem* de embrião

O chamamento sucessório do nascituro assenta na ideia de não excluir da sucessão uma pessoa pelo facto de no momento da abertura da sucessão não ter nascido, apesar de o seu nascimento no momento já ser considerado provável de acontecer. Como já referido anteriormente, a sua exclusão com fundamento de o não nascimento completo e com vida importaria um tratamento desigual em relação aos restantes herdeiros e contrariamente à presumível vontade do testador³⁴⁶.

Sendo assim, e segundo os termos da lei, se a vocação sucessória é consignada às pessoas que estejam concebidas no momento da abertura da sucessão, deve também esta reconhecer como herdeira a pessoa nascida mediante a técnica de PMA *post mortem*³⁴⁷.

³⁴¹ Vide art. 22.º, n.º 2 da Lei da PMA.

³⁴² FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, “La fecundación artificial «post mortem»”, cit., p. 876.

³⁴³ Durante o prazo de indivisão da herança e, até que se verifiquem os requisitos da inseminação *post mortem*, a herança pode ser posta em administração (art. 2237.º, art. 2239.º e art. 2240.º, do Código Civil) e, caso a criança não nasça devolve-se a herança aos herdeiros legítimos ao tempo anterior à morte do *de cuius*.

³⁴⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 19.

³⁴⁵ Segundo PIERRE CATALA é a solução que mais se relaciona com o respeito à igualdade entre os filhos (“Le droit des successions et des libéralités au regard de la procréation artificielle”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, pp. 485-486).

³⁴⁶ MARIA DYONISIA DE MENDONÇA MACHADO DE ARAÚJO, *Vocação de nascituros e concepturos*, cit., pp. 92-93.

³⁴⁷ Sendo assim, a vocação sucessória da pessoa nascida mediante PMA homóloga *post mortem* se verificará se e quando a pessoa nascer e for reconhecida como filha do *de cuius*.

Isto porque se a lei reconhece a pessoa nascida através da técnica de PMA como filha do *de cuius*, porque não considerá-la herdeira legítima do genitor apenas porque se encontra em estado embrionário³⁴⁸?

A resposta é contemplada desde logo na leitura do preceito do art. 2033.º do Código Civil, que entende a *conceção* como uma definição que deve abranger os embriões que se encontrem criopreservados³⁴⁹, desde que sejam transferidos, ocorra o nascimento³⁵⁰ e se estabeleça a respetiva filiação e efeitos sucessórios³⁵¹. Apesar do embrião *in vitro*

MARINA PÉREZ MONGE entende que a vocação sucessória decorrente da filiação implica também que “*estos derechos sucesorios se reconozcan respecto de toda su familia paterna*” (*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 308).

³⁴⁸ Neste ponto existem posições antagónicas relativamente ao embrião criopreservado e aquele que se encontra dentro do útero materno. Há autores que entendem que o ato de transferência é condição essencial para a vocação sucessória, visto que consideram que o embrião *in útero* tem mais probabilidades de sobrevivência do que *in vitro* (dependem da vontade humana e não de fatores naturais). Nessa posição entende-se que os embriões criopreservados são equiparados a conceptuos e não a nascituros, só com a efetiva transferência é que podem integrar o estatuto de nascituros.

VERA LÚCIA RAPOSO defende que se a ambos se dá a “*qualificação de pessoa humana potencial, este carácter potencial é ainda assim mais atual no embrião in utero do que no embrião in vitro*” (*Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, cit., p. 298).

FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO entende que a diferença que o ordenamento jurídico português faz entre o embrião *in vitro* e *in vivo* é de se notar pela proteção que é conferida no direito penal ao embrião intrauterino, mas não é conferida ao extrauterino. Logo, verifica-se que as normas de direito civil relativas ao nascituro (art. 1855.º e 2033.º, n.º 1 do Código Civil) não parecem ser estendíveis ao embrião *in vitro* enquanto não fizer este parte de um projeto parental (“*Procriação assistida com gâmetas do casal*”, in *Publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 2, 1993, p. 30).

³⁴⁹ ANA CATARINA BRANDÃO entende que a proteção conferida ao embrião “*apoia-se numa expectativa de futuro, no que este se poderá tornar, quer o embrião criado in vitro, quer o de resultado natural, não obstante a diferente zona de formação, podem culminar num nascituro*” (*Alguns Problemas de Direito das Sucessões no quadro da Procriação Medicamente Assistida*, Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 48).

³⁵⁰ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., p. 164.

³⁵¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO é da opinião de não ser possível estender a ideia de *conceção* do art. 2033.º, n.º 1 do Código Civil, aos embriões criopreservados. Apesar de o autor concordar com a analogia do art. 2033.º, n.º 1 do Código Civil, com as pessoas concebidas após a morte do progenitor, considera que, embora sejam filhos, os embriões criopreservados não se adaptam para possuir vocação sucessória geral. O raciocínio do autor não apresenta fundamento para afastar o embrião criopreservado da sucessão testamentária, uma vez que o n.º 2 do art. 2033.º do Código Civil estipula três categorias de filhos havidos mediante PMA (*Direito Civil: Sucessões*, cit., p. 673). A categorização do autor é criticável, já que não há fundamento para afastar o embrião criopreservado da sucessão testamentária de acordo com a alínea a) do n.º 2 do art. 2033.º do Código Civil que abrange quaisquer filhos que o testador indique sejam eles já nascidos, por nascer ou ser concebidos no momento da abertura da sucessão.

“*Quando se designam de modo genérico – os filhos de tal pessoa, entendem-se todos, atuais e futuros; dados à luz antes ou depois da feitura do ato da última vontade, antes ou depois da morte do disponente; do matrimónio atual ou de outro, anterior ou posterior à abertura da sucessão. É lícito, no entanto, deixar só aos nascidos, ou só aos nascituros, aos do primeiro consórcio, ou exclusivamente aos do segundo*” (Cfr. CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, Vol. II, cit., p. 498). Neste ponto, é de salientar o respeito pela liberdade que o testador tem de especificar quais os filhos da pessoa designada pretende beneficiar, porém a mera indicação de *filhos* interpreta-se a favor de todos os filhos, independentemente de qualquer distinção que possa surgir.

ser distinto do embrião *in vivo* não se deve renunciar os direitos sucessórios de um filho pelo simples facto de não ter nascido no momento da abertura da sucessão. Isto porque, o facto de o embrião já estar formado e só necessitar de ser implantado no útero materno significa uma maior probabilidade de êxito da técnica³⁵².

Relativamente ao prazo para que se proceda à transferência, a Lei N.º 32/2006, no preceito do art. 23.º, n.º 1, fala num “*prazo ajustado*”. Contudo, não se consegue perceber qual o prazo nem quem o deve determinar, gerando por vezes efeitos colaterais no que concerne ao processo sucessório e à definição dos herdeiros³⁵³. Não existindo determinação legal de prazo para que ocorra a transferência³⁵⁴, a partilha desencadeia-se com os demais herdeiros e, quando a criança nascer³⁵⁵, habilitar-se-á para compor o quadro de sucessores e participar da partilha que vier a ser feita³⁵⁶; findo o inventário e realizada a partilha, o filho póstumo mais tarde pode reclamar a sua cota-parte em dinheiro (art. 2029.º do Código Civil).³⁵⁷

Contrariamente, há autores que entendem que o embrião *in vitro* pouco se distingue do embrião *in vivo*, pelo facto de o termo nascituro englobar qualquer forma de vida humana ainda não nascida, independentemente do momento ou local. São as posições de RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “*Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones*”, in *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 1995, pp. 214 e 241; e, FEMENÍA LOPEZ, que entende a única diferença entre o concebido *in vitro* e *in utero* é o grau de desenvolvimento e a maior probabilidade de morte do primeiro, que ainda deve superar o processo de nidação, mas que não devem representar nenhuma alteração no regime (*Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid: Macgraw-hill, 1999, pp. 272-273).

Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, cit., p. 165.

³⁵² Se considerássemos o embrião e o nascituro realidades distintas, poderia desencadear posições distinguindo os filhos nascidos por fecundação natural e artificial (RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “*Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones*”, in *Revista Jurídica del Notariado*, cit., p. 201).

³⁵³ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, ob. cit., p. 170.

³⁵⁴ A esse respeito, SANDRA MARQUES MAGALHÃES entende que “*os direitos sucessórios dos herdeiros, existentes ou em gestação, não devem de imediato ser obstados pela mera possibilidade de que um dia a viúva ou ex-companheira do de cujus se disponha a submeter-se aos procedimentos necessários à transferência dos embriões que estiverem criopreservados no momento da abertura da sucessão, e essa transferência culmine no nascimento de uma pessoa que poderá vir a ser reconhecida como filha do finado.*” (*Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, ob. cit., pp. 170-171).

³⁵⁵ A herança não pode permanecer em estado indefinido apenas porque o *de cujus* deixou uma amostra de sêmen criopreservado para fins de PMA, já que a Lei N.º 32/2006, no preceito do art. 22.º, n.º 2 determina que o uso após a morte do beneficiário é considerado *contra legem*.

³⁵⁶ Assim, a administração provisória prevista no art. 2240.º, n.º 2, do Código Civil, não se aplica caso se trate de embrião ou sêmen criopreservado proveniente do testador, tal como não se procede à suspensão de inventário.

³⁵⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “*O Direito Civil em Face das Novas Técnicas de Investigação Genética*”, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madri, número extraordinário, 2006, p. 160.

4. A petição da herança

Um das questões mais usuais relativamente a este tema é: caso a criança nasça por meio desta técnica pode fazer uso da petição da herança? Vamos dar resposta a essa questão.

Perante este tipo de situações, é chamada petição da herança a ação que tem como fim o reconhecimento da qualidade jurídica de herdeiro, proposta para reconhecimento dessa qualidade e com propósito de recuperar o domínio e posse da herança³⁵⁸, no todo ou em parte, desde a morte do *de cuius*³⁵⁹.

A ação deve ser dirigida contra quem quer que possua o património hereditário, no todo ou em parte, a qualquer título, e até sem nenhum título³⁶⁰, mesmo que os bens ou direitos sejam alienados a terceiros, sem prejuízo de o alienante responder pelo valor dos bens alienados (art. 2076.º, n.º 1, do Código Civil)³⁶¹. Portanto, a ação cabe inclusive para o caso do filho que foi reconhecido em testamento, mas do qual nunca se teve conhecimento, ou de filhos não reconhecidos, mas que a filiação só se estabelece após o falecimento do genitor. Dessa forma, não faz sentido negar a petição da herança em busca da posição de herdeiro e reconhecimento dos direitos só porque nasceu em período posterior.

A ação só não poderá ser intentada contra terceiro se a alienação tiver sido feito a título oneroso e de boa-fé, por herdeiro aparente³⁶² e, assim, apenas será responsável segundo as regras de enriquecimento sem causa (art. 2076.º, n.º 2, do Código Civil), devendo restituir os bens de acordo com o estado em que se encontravam ao ser proposta a ação.

³⁵⁸ JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Direito das Sucessões segundo o Código Civil de 1966*, Vol. I, cit., p. 95.

³⁵⁹ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 29.

³⁶⁰ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, *ob. cit.*, p. 173.

Vide, art. 2075.º, n.º 1 do Código Civil que determina que não só os bens ou direitos que sejam alienados a terceiros possam, através da ação, ser reivindicados ou restituídos os bens de herdeiros injustamente esquecidos, mas também o reconhecimento da posição jurídica de herdeiro que de alguma forma não lhe foi atribuída.

³⁶¹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito da Sucessões*, cit., p. 291.

³⁶² ORLANDO GOMES descreve como exemplos de boa-fé do herdeiro aparente a ignorância da existência “*de parente que o precede na ordem da vocação hereditária, ou se supõe válido testamento nulo*”. O autor também esclarece que possuidor de má-fé é “*o herdeiro aparente que não ignorava o obstáculo à aquisição da herança ou foi negligente na indagação das circunstâncias que ensejariam dúvida acerca de sua condição*”. (Cfr. *Sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 263).

Quanto ao prazo de propositura da ação de petição da herança, esta pode decorrer a todo o tempo, “*sem prejuízo das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas, e do disposto no art. 2059.*”³⁶³. Este último dispositivo trata da caducidade do direito de aceitar a herança, que se verifica passado dez anos da data em que o sucessível tem conhecimento de haver sido a ela chamado. Assim, a petição da herança pode ser proposta sem limite de prazo, mediante a aceitação da herança no exercício do direito de suceder no devido tempo. Não havendo aceitação autónoma da herança, isto é, implicando a propositura da ação de petição aceitação tácita, o prazo relativo à aceitação projeta-se no prazo da petição, em que já não terá lugar a restituição, se já tiver sido ultrapassado o período de tempo estatuído de dez anos, pois terá caducado o direito de aceitação da herança³⁶⁴.

Em suma, a petição da herança pretende proteger, o quanto possível, a vocação sucessória da pessoa nascida mediante PMA *post mortem* e estabelecer o reconhecimento desta como filha do *de cuius* e respetivos efeitos sucessórios.

³⁶³ Art. 2075.º, n.º 2 do Código Civil.

³⁶⁴ LUÍS A. FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 290 e p. 204; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, cit., pp. 474-475; EDUARDO DOS SANTOS, *O Direito das Sucessões*, cit., p. 204

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da ciência e da tecnologia tem sido visível ao longo dos anos e acredita-se que no futuro maiores serão as descobertas associadas ao desenvolvimento da sociedade. Contudo, a convergência entre a Tecnologia e o Direito continuam e estarão em discussão durante os próximos tempos pelo facto de estarmos perante um tema tão complexo, polémico e abrangente que anseia por um consenso.

São diversas as opiniões geradas, a favor ou contra, a utilização da PMA *post mortem*. A utilização do sémen criopreservado, a transferência de embriões criopreservados após a morte do genitor e ainda os efeitos filiatórios e sucessórios que implicam a utilização destas técnicas, provocam diversas opiniões contrárias e polémicas assim como argumentos favoráveis, com fundamento de que muitas vezes não são vistos na perspectiva jurídica.

Como visto, a inseminação artificial *post mortem* é proibida pela Lei N.º 32/2006, apenas sendo permitido a transferência do embrião já formado. Porém, a transferência *post mortem* de embriões criopreservados também demonstra controvérsia da mesma índole, mas acredita-se que este método apresenta maior aceitação tendo em conta o número crescente de embriões que se formam durante o processo de PMA e que posteriormente são criopreservados.

A inseminação *post mortem* divide opiniões acerca da sua aceitação. A corrente doutrinária contrária sustenta a ideia de que o superior interesse da criança não será respeitado se a criança nascer sem conhecer o progenitor, não lhe dá o direito de escolher se pode viver sem o pai. Todavia, não é um argumento forte porque já são várias as crianças que vivem atualmente dessa forma (monoparentalidade³⁶⁵) e nunca foram afetadas psicológica ou sociologicamente.

Inversamente, há quem entenda que a inseminação *post mortem* permite o combate à discriminação em relação aos casais que podem engravidar de forma natural, mas que a gravidez permanece após o falecimento do progenitor, nascendo a criança já sem o pai vivo. Esta demonstração é muitas vezes refutada por se acreditar que não

³⁶⁵ Felizmente a mentalidade do ser humano está em evolução. Cada vez mais se compreende a formação de uma família com apenas um dos progenitores e estudos comprovam que o interesse superior da criança nunca é posto em causa. Por isso mesmo, o ser humano facilmente se adapta à mudança desde que benéfica e com o intuito de proteção.

podemos comparar os dois casos por no primeiro caso a criança nascer dentro dos nove meses e no caso de inseminação *post mortem* a pessoa que nascer pode ultrapassar esse tempo.

Relativamente à transferência *post mortem* de embriões, a sua admissibilidade encontra-se expressamente prevista no art. 23.º da Lei N.º 32/2006, desde que haja consentimento do *de cuius* de forma a honrar a vontade do genitor e proteger o interesse do embrião aquando o nascimento (atender à especial proteção que deve ser dada ao embrião demonstrando o estatuto jurídico que representa na sociedade).

Com a chegada da Lei N.º 32/2006 e aplicação da respetiva regulamentação, a PMA homóloga *post mortem*, é considerada, em princípio, proibida pelo uso de sémen após a morte de quem o segregou (inseminação *post mortem*), mas permitida a transferência de embrião criopreservado *post mortem* do beneficiário que o tenha originado. Dessa forma, a lei reconhece os efeitos filiatórios à criança que nascer através da técnica considerando-a filha do *de cuius*.

A lei demonstra ainda imprecisão quando o legislador permite a transferência do embrião criopreservado *post mortem*, mas não determina qualquer vínculo jurídico com o novo ser nem efeitos sucessórios para a criança que nascer através da técnica. Inversamente, proíbe a inseminação *post mortem*, mas atribui relação paterno-filial entre a criança e o *de cuius*.

Assim, devido a estes imprevistos surgem diversas questões em torno da PMA homóloga *post mortem*. Entende-se, de acordo com as regras gerais do Código Civil, que a pessoa nascida mediante utilização da técnica permitida ou vedada de PMA *post mortem* é considerada filha do *de cuius*. Se o beneficiário tem interesse no projeto parental a ele deve ser atribuído o vínculo parental. Porém, o fator biológico é determinante para o estabelecimento da filiação, mas não é absoluto.

Com efeito, as relações jurídicas do *de cuius*, sempre que transmissíveis *mortis causa*, devem ser continuadas por quem a lei ou a vontade determinar, elegendo seus descendentes, ao lado do cônjuge sobrevivente, como herdeiros preferenciais, sucessíveis, mesmo contrariamente à vontade do *de cuius* expressa em testamento ou contrato.

Sendo assim, caso se trate de inseminação ou transferência não havendo consentimento do progenitor falecido, a paternidade não pode ser estabelecida, pois na reprodução não existiu ato sexual e o consentimento é fulcral para a constituição do vínculo.

O consentimento que tanto se fala é crucial para a realização das técnicas de PMA do beneficiário com a esposa ou companheira, no âmbito de um projeto parental claramente formado. Por isso mesmo, a lei regulamentou que deverá o consentimento constar de documento aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida³⁶⁶ e que o consentimento deve conter parâmetros para a sua apreciação.

A lei determina que o consentimento esteja de acordo com a formação de um projeto parental claramente estabelecido direcionado para alcançar a gravidez desejada da esposa ou companheira, mesmo após a morte do beneficiário. Portanto, o vínculo paterno-filial não pode ser estabelecido sem o prévio consentimento expresso do beneficiário. Assim, para que o consentimento traga mais segurança aos beneficiários da PMA e aos profissionais de saúde é necessário que respeite certos requisitos para não ultrapassar certos limites que tenham como consequência a responsabilidade civil e até mesmo penal.

Não obstante o peso que o consentimento releva para a iniciação dos procedimentos de PMA, este não funciona para que conste no registo de nascimento da pessoa que será biológica e juridicamente reconhecida como filha do *de cuius*. Posto isso, será necessário o reconhecimento judicial da paternidade e o consentimento prestado pelo progenitor falecido servirá como meio de prova para a atribuição judicial do vínculo, ficando ao critério do julgador a exigência de mais meios de prova ou sendo o consentimento suficiente.

Relativamente aos efeitos sucessórios da pessoa nascida mediante o uso das técnicas de PMA não há regulamentação adequada aos avanços tecnológicos e à situação atual da sociedade. A sucessão do filho nascido mediante inseminação artificial *post mortem*, mesmo sendo considerada proibida, quando geradora de uma criança que é juridicamente reconhecida como filha do *de cuius*³⁶⁷. Verificada a filiação e considerada filha do autor da herança, o princípio da igualdade entre os filhos fundamenta o reconhecimento da sucessão legítima à pessoa concebida através de inseminação *post mortem* – art. 36.º, n.º 4 e art. 18.º, n.º 1, da Lei Fundamental – não

³⁶⁶ Vide capítulo IV, arts. 30.º e ss da Lei n.º 32/2006, que esclarece a noção, a composição, o mandato e o funcionamento do CNPMA.

³⁶⁷ Cfr. DANIELLA ALOISE BORGES, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, cit. p. 130.

havendo distinção e tratamentos díspares aos filhos em virtude da sua origem, condição ou qualquer outro critério³⁶⁸.

Portanto, são reconhecidos os direitos legais e testamentários à pessoa nascida mediante PMA *post mortem*, sendo a vocação sucessória aperfeiçoada aquando o nascimento, não sendo afastada pelo simples facto de a criança não existir no momento da abertura da sucessão e o nascimento não ter acontecido dentro dos trezentos dias após o óbito do genitor. Até ao nascimento da criança a herança pode permanecer indivisa, desde que haja determinação legal de um prazo para que a criança seja concebida.

Findo o prazo para que seja efetuada a inseminação *post mortem* sem que tenha ocorrido gestação, os herdeiros adquirem a situação hereditária definitiva. Se após o prazo ocorrer o nascimento, o nascituro poderá reclamar a sua parte da herança em dinheiro. Se a criança nascer após a realização do inventário e terminada a partilha dos bens da herança, o herdeiro pode recorrer à petição da herança, para que seja reconhecida como filha do autor da herança e receba a sua quota-parte da herança.

Perante a situação de transferência de embriões *post mortem*, a problemática assenta no estatuto jurídico dado ao embrião, ou seja, se podemos considerá-lo um nascituro ou concepturo, mas ainda não se encontram dentro do útero materno. Todavia, considera-se que não se deve excluir o filho da sucessão pelo facto de ainda não ter nascido no momento da abertura da sucessão e quando a probabilidade de nascer é maior por já se encontrar formado e apenas necessitar de ser implantado no útero da mãe. Assim, a conceção de que trata o art. 2033.º do Código Civil estende-se aos embriões que se encontrem criopreservados, estabelecendo o chamamento sucessório por lei e testamento, desde que o embrião venha a ser transferido, implantado, nidado, ocorra o nascimento e se estabeleça a respetiva filiação.

O prazo para implantação do embrião no útero materno ainda não se encontra estabelecido pelo ordenamento jurídico português e, por isso mesmo, a partilha ocorrerá normalmente com os demais herdeiros. Na hipótese de se encontrar em curso o inventário, o herdeiro irá compor o quadro de sucessores e participar da partilha que vier a ser feita; findo o inventário e ultimada a partilha, o filho pode reclamar uma parte em dinheiro da herança ou por meio da petição da herança (art. 2075.º do Código Civil), tutelando a posição jurídica do sucessível que de alguma forma não tenha recebido

³⁶⁸ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, cit., p. 180.

determinado acervo hereditário. Aqui se verifica a hipótese da pessoa que nasce e é reconhecida juridicamente como filha do *de cuius* após o óbito do mesmo e transcorrido o prazo legal de presunção do vínculo parental.

Para concluir, é visível a dificuldade de abordagem das técnicas de inseminação artificial *post mortem* e transferência de embriões *post mortem* em face ao ordenamento jurídico atual. É necessária uma devida regulamentação legal não só no uso das técnicas de PMA *post mortem*, mas também dos efeitos filiatórios e sucessórios que o uso das dessas técnicas implicam. A pesquisa e a investigação aqui traçadas demonstram algumas soluções que a ciência proporciona e que o legislador pode estipular de acordo com a evolução tecnológica e social que se depara, preparando a sociedade para debates que envolvem a PMA *post mortem*.

A solução desejada era que o legislador ordinário houvesse previsto os aspectos sucessórios da PMA *post mortem*, o estabelecimento da filiação e conseqüentemente a vocação sucessória, determinando um prazo razoável para que a técnica pudesse ser realizada. Sendo para já possível isso acontecer, entende-se que este caminho é o menos prejudicial para todos envolvidos, tanto a pessoa que vier a nascer, os herdeiros contemplados na partilha e a vontade do autor da herança, evitando situações de desfavorecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *Direito Civil: introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Procriação Assistida com dador: o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais”, Colóquio interdisciplinar, 12-13 de dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Procriação Assistida, Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993, pp. 49-65.

_____. *Os direitos fundamentais da constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Reimpr, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

AÑÓN, Carlos Lema, *Reproducción, poder y Derecho: Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción assistida*, Madrid: Editora Trotta, 1999.

ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra: Almedina, 1999.

ARAÚJO, Maria Dionysia de Mendonça Machado de, “Vocação de nascituros e concepturos”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento XIII, Coimbra, 1961, pp. 84-202.

ARCHER, Luís, “Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999”, in NUNES, Rui, MELO, Helena (Coord.), *Genética e Reprodução Humana*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000, pp. 15-47.

_____. “Uma Tecnologia nas Fronteiras do Humano”, in *Centro de Estudos de Bio-Ética*, Genética e Pessoa Humana, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1991, pp. 5-18.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, in *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 67.º, n. 3, 2007, pp. 977-1006.

_____. *Direito Civil: Sucessões*, 5.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *Direito civil: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. “Direito e Bioética”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51.º, 1991, pp. 429-458.

_____. “Procriação Assistida e Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 645-676.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, «Aspectos jurídicos da inseminação artificial "post mortem"», in *Colectânea de Jurisprudência: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Coimbra, ano VII, Tomo II, 1999, pp. 21-24.

_____. “Da problemática jurídica dos embriões excedentários”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Lisboa, ano 41.º, n.º 1-2, 2000, pp. 103-113.

_____. *Direito ao Património Genético*, Reimpr, Coimbra: Almedina, 2006.

BRANDÃO, Ana Catarina, *Alguns problemas de Direito das Sucessões no quadro da procriação assistida*, Dissertação de Mestrado – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

BRANDÃO, Teresa Alexandra da Silva, *Da Procriação Medicamente Assistida (aspectos gerais) aos Efeitos Sucessórios – Inseminação Homóloga Post Mortem*, Outubro de 2015.

BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile*, Vol. II, Milano. Giuffrè, 1989.

BORGES, Daniella Aloise, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: Quadro geral e implicações sucessórias*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), com Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

BRITO, Diogo Lorena, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de, “A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 44, 2006, pp. 24-27.

_____. *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito*, Separata de Estudos de Direito da Bioética, Coimbra, 2008, pp. 73-86.

_____. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a Ed., 3.^a Reimpr., Coimbra: Almedina, 2005.

_____. “Lições de Direitos da Personalidade”, in *Separata Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1992.

_____. *Nós: Estudo sobre direito das pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, 4.^a Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003.

CAPOZZI, Guido, *Successioni e donazioni*, Milano: Giuffrè, Tomo I, 1983.

CARDOSO, Augusto Lopes, “Procriação Humana Assistida: Alguns Aspectos Jurídicos”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51.º, Vol. I, 1991, pp. 5-27.

CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, 5.^a Ed., Vol. I, Coimbra: Almedina, 2006.

CARNEIRO, Nelson, “Os aspectos jurídicos da inseminação artificial e a disciplina jurídica dos bancos de esperma”, in *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, ano 4.º, n.º 7, 1988, pp. 241-250.

CATALA, Pierre, “Le droit des successions et des libéralités au regard de la procréation artificielle”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 46.º, n.º 2, Setembro/1986, pp. 469-486.

CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos), in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1990.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte, “Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro”, in *O Direito*, Coimbra, ano 130.º, Vols. I e II, 1998, pp. 57-88.

_____. “O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra: Almedina, Vol. I, 2000, pp. 635-644.

COELHO, A. M. Pereira, “A Ética e a Lei na Reprodução Medicamente Assistida”, in SILVA, João Ribeiro da; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martins (Coord.), *Contributos para a Bioética em Portugal*, Centro de Bioética Faculdade de Medicina Universidade de Lisboa, Lisboa: Edições Cosmos, 2002, pp. 389-394.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-1974*, atualizadas em face da legislação posterior, Coimbra, 1992.

_____. “Procriação Assistida com Gâmetas do Casal”, Colóquio Interdisciplinar, 12-13 de dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993, pp. 9-31.

_____. *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães, “A Reforma de 1977 do Código de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 17-40.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, Coimbra: Almedina, Vol. I, Tomo III, 2002.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa: Quid Juris, 2012.

_____. “Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, in CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coord.), in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 347-366.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, João Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.^a Ed., Lisboa: AAFDL, 2011.

COSTA, Amélia, *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000.

COSTA, José Manuel Cardoso da, *Genética e Pessoa Humana*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51.º, Vol. II, 1991, pp. 459-475.

CUPIS, Adriano de, *Os Direitos da Personalidade*, Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

DIAS, Ana Cristina, “Adopção: uma reflexão sobre aspectos éticos, sociais e relacionais associados”, in *Cadernos de Bioética*, n.º 36, 2004, pp. 130-138.

DIAS, Cristina Araújo, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra: Almedina, 4.^a Ed., 2015.

DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DINIS, Joaquim José de Sousa, “Procriação Assistida: Questões Jurídicas”, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano 18.º, Tomo IV, 1993, pp. 7-13.

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

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a Ed., Lisboa: Quid Juris, 2012.

FERNÁNDEZ, María Carcaba, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995

FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FIGUEIREDO, Helena, “Aspectos técnicos da clonagem”, in *Clonagem. O risco e o desafio*, Porto: Gabinete de Investigação de Bioética da Universidade Católica Portuguesa, 2000, pp. 15-30.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá, *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A Protecção juscivil da vida pré-natal: sobre o estatuto jurídico do embrião”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70.º, n.º 1-4, 2010, p. 299-323.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *A nova filiação – O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando, *Sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Patrícia, “Consentimento (des)informado na PMA heteróloga?”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8.º, n.º 15, 2011, pp. 129-138.

GUIMARÃES, Ana Paula, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “La Fecundación Artificial «Post Mortem»”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, ano 86.º, n. 4.º, 1987, pp. 41-74.

HÖSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do código civil português: Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Reimpr., Coimbra, Almedina, 2005.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil: Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. V, 1995.

LOUREIRO, João Carlos, Filho(s) de um Gâmeta Menor?: Procriação Medicamente Assistida Heteróloga, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3.º, n.º 6, 2006, pp. 5-48.

_____. “Há mais vida para além da letra: A questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei de procriação medicamente assistida”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, ano 19.º, n.º 11, 2010, pp. 273-293.

_____. “O direito à identidade genética do ser humano”, in *Studia Iuridica*, Coimbra, n.º 40, Colloquia 2, 1999, pp. 263-389.

_____. “O nosso pai é o dador n. XXX: A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga”, in RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite.

LÓPEZ, Pedro J. Femenía, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid: Mc Graw Hill, 1999.

MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MANSO-PRÊTO, José Alfredo Soares, *Estudo sôbre a situação jurídica dos nascituros e concepturos no domínio da sucessão testamentária*, Dissertação (Licenciatura) - Curso de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1947.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões - Notas Breves*,

disponível em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3753>, acesso em Maio/Junho de 2014.

MASSAGER, Nathalie, *Les droits de l'enfant à maître*, Bruxelles: Bruylant, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos, *Direito das Sucessões*, Vols. I e II, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

MELO, Helena Pereira de, *Manual de Biodireito*, Almedina, Coimbra, 2008

MENDES, João Castro de; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Direito da Família*, Lisboa: AAFDL, 1990/1991.

MENDONÇA, Marta, “Melhoramento Humano em Geral: Perspectiva Ética”, in SILVA, Paula Martinho da (Coord.), *Investigação Biomédica, Reflexões Éticas (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida)*, Lisboa: Gradiva, 2008, pp. 205- 216.

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

MONGE, Marina Pérez, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002.

MOSCONI, María Adelina; PONTORIERO, Orieta, “La genética y el Derecho: La inseminación *post mortem*”, in *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n.º 857, 1999.

NASCIMENTO, Paulo, “Procriação Medicamente Assistida post mortem: Efeitos familiares e sucessórios”, in DIAS, Maria Berenice et al. *Escritos de direito das famílias: Uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, pp. 239-240.

NEVES, M. Patrão, “O começo da vida humana”, in ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter (Coord.), *Bioética*, Lisboa: Verbo, 1996, pp. 175-183.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 49.º, Vol. III, 1989, pp. 767-791.

_____. “Aspectos jurídicos da procriação assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. “Caducidade das acções de investigação”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 49-58.

_____. *Crítério Jurídico da Paternidade*, Reimpr, Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. Et al., *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. “Legislar sobre Procriação Assistida”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 127.º, 1994, n.º 3840, pp. 74-75; n.º 3841 e 3842, pp. 98-105.

_____. *Mãe há só uma (duas): o contrato de gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. “O Direito Civil em Face das Novas Técnicas de Investigação Genética”, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Derecho y Genética: Un Reto de la Sociedad del Siglo XXI, Madrid, número extraordinário, 2006, pp. 149-162.

_____. “Procriação Assistida com dador: Tópicos para uma intervenção”, Colóquio interdisciplinar, 12-13 de dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Procriação Assistida, Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 1993, pp. 33-40.

_____. “Um caso de selecção de embriões”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1.º, n.º 1, 2007, pp. 7-13.

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

PAIVA, Ana Catarina Brandão Fonseca de, *Alguns Problemas de Direito das Sucessões no quadro da Procriação Medicamente Assistida*, Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Et al., “Primeiras notas sobre a Lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, in *Lex Medicinae*, ano 3.º, n.º 6, 2006, pp. 89-104.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, João Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2011.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa: AAFDL, Vol. I, 2007.

_____. “A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei N.º 32/2006, de 26 de Julho)”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 201-214.

_____. *Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa: AAFDL, Vol. IV, 2005.

_____. *O Direito da Família Contemporâneo*, Reimpr. 3.ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2011.

_____. “Procriação Medicamente Assistida”, in MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (Coord.), *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra: Almedina, Vol. I, 2005, pp. 753-785.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

QUEIROZ, Juliane Fernandes, *Auto-regulamentação familiar e reprodução assistida post mortem: a (re)construção da igualdade entre filhos*, tese de doutorado, policopiada, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

RAPOSO, Mário, “O Estatuto do Embrião e Problemas Conexos”, Colóquio Interdisciplinar, 12-13 de dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Procriação Assistida, Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993, pp. 99-120.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Crónica de um casamento anunciado: O casamento entre pessoas do mesmo sexo”, in *Revista do Ministério Público*, ano 30.º, n.º 120, 2009, pp. 157-190.

_____. *De Mãe para Mãe: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Vol. II, 2012.

_____. “Direitos Reprodutivos”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 2.º, n.º 3, 2005, pp. 111-131.

_____. “Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais, e das duas mães) – Análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4.º, n.º 7, 2007, pp. 37-51.

_____. “Embriões, investigação embrionária e células estaminais”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9.º, n.º 18, 2012, pp. 47-70.

_____. “O Dilema do Rei Salomão: Conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 5.º, n.º 9, 2008, pp. 55-79.

_____. “O Direito à vida na Jurisprudência de Estrasburgo”, in *Jurisprudência Constitucional*, Vol. XIV, 2007.

_____. “Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4.º, n.º 8, 2007, pp. 59-84.

_____. “Poder parental sobre os embriões excedentários”, in SILVA, Susana; VELOSO, Luísa (Coord.), *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas: Contributos para uma reflexão*. Porto: Universidade do Porto Editorial, 2009, pp. 61-82.

RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo, “Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7.º, n.º 14, 2010, pp. 81-94.

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias, “Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho)”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3.º, n.º 6, 2006, pp. 89-104.

REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.

_____. “Filhos depois dos 20...! Notas ao acórdão do Tribunal Constitucional N.º 486/2004, de 7 de Julho”, in *Lex Familiae*, ano 2.º, n.º 3, 2005, pp. 127-134.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira, “Dos aspectos éticos do consentimento informado em reprodução assistida: diagnóstico genético pré-implantacional”, in *Lex Medicinæ*, ano 2.º, n.º 3, 2005.

RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROSSI, Enzo, *Il testamento*, Milano: Giuffrè, 1988.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, Jurisprudence Française em Matière de Droit Civil., in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n.º 4, 1984, pp. 691-706.

_____. “Insemination artificielle «post mortem»”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, ano 83.º, n.º 4, 1984, pp. 703-706.

SANCHEZ, Yolanda Gomez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Marcial Pons, 1994.

SANTOS, Eduardo dos, *O Direito das Sucessões*, Lisboa: Vega, 1998.

SANTOS, Teresa Almeida; RAMOS, Mariana Moura, *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SAPIÑA, Rafael Gómez-Ferrer, “Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones”, in *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-Marzo, 1995, pp.181-255.

SÁ, Eduardo, “Problemas Psicológicos da Fecundação com Esperma de Dador”, Colóquio Interdisciplinar, 12-13 de dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Procriação Assistida, Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993, pp. 41-48.

SESTA, Michelle, “Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eteróloga”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2000.

SILVA, Ana Margarida dos Santos, *Relatório de Estágio: O Laboratório de Reprodução Humana Assistida*, Mestrado em Biologia Celular e Molecular, Departamento de Biologia, sob a Orientação de Vasco Martins de Almeida, Professor Auxiliar, Faculdade de Ciências da Universidade do Porto, 2014.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de, “A procriação medicamente assistida na União Europeia: harmonizar ou reagir?”, *O Direito*, Lisboa, ano 140.º, n.º 4, 2008, pp. 889-921.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de direito das sucessões*, 4.ª Ed. renovada. Coimbra: Coimbra Editora, Vol. I, 2012.

_____. *Lições de direito das sucessões*, 3.^a Ed. Renovada, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. II, 2002.

_____. *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.), *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*, Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 197-270.

_____. “Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto”, in *Cadernos de Bio-Ética*, Coimbra, n.º 14, 1997, pp. 3-64.

TELES, Natália Oliva, *Diagnóstico genético pré-implantação*, Aspectos técnicos e considerações éticas, Acta Med. Port., 2011.

TELLES, Inocência Galvão, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. “Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XIX, ano 19.º, 1965, pp. 89-132.

_____. *Sucessão Testamentária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Sucessões: parte geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004b.

_____. *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*, Lisboa: Sociedade Astória, 1944.

VARELA, Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra: Almedina, Vol. I, 2000, pp. 620-634.

_____. “A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 127.º, n.º 3843, 1994, pp. 162-163, Out. 1994; n.º 3844, pp. 194-196, Nov.

_____. “A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 128.º, n.º 3846, 1995, pp. 266-270, Jan. 1995; n.º 3848, pp. 325-326, Mar. 1995; n.º 3849, pp. 359-361, Abr. 1995; n.º 3852, pp. 66-70, Jul. 1995; n.º 3853, pp. 98-101, Ago.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do direito civil*, 4.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2007.

Xavier, Rita Lobo, «A vinculação do Direito da Família aos “direitos da família”», in *HOMEM*, António Pedro Barbas, *João Paulo II e o Direito*, Cascais: Principia, 2003, pp. 147-158.

ZANELLATTO, Marco António, “Fertilização artificial: efeitos jurídicos”, in *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Universidade Lusíada Editora, Porto, n.º 1-2, 2003, pp. 211-259.

JURISPRUDÊNCIAS

Acórdão do Tribunal Constitucional de 28/05/1985, N.º 85/85, Relator: Conselheiro Vital Moreira, Lisboa, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, (consultado no dia 12-07-2015 pelas 18h45).

Acórdão do Tribunal Constitucional de 28/05/1985, N.º 85/85, Relator: Conselheiro Vital Moreira, Lisboa, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, (consultado no dia 12-07-2015 pelas 18h45).

Acórdão do Tribunal Constitucional de 23/02/2010, N.º 75/2010, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, Lisboa, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, (consultado no dia 12-07-2015 pelas 17h45).

Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa de 29/07/2014, 10ª Vara Cível, N.º 2139/2014, Processo N.º 1711/13.6TVLSB, disponível em www.jusjornal.wolterskluwer.pt, (consultado no dia 25-06-2015 pelas 19h00).

ANEXO I

Lei n.º 32/2006
Lei n.º 17/2016
Lei n.º 25/2016

ANEXO II

Parecer n.º 44/CNECV/04

ANEXO III

Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides
Modelo de Consentimento informado