



Universidade do Minho
Escola de Direito

Teresa Alexandra da Silva Brandão

**Da Procriação Medicamente Assistida
(aspectos gerais) aos Efeitos
Sucessórios – Inseminação Homóloga
*Post Mortem***



Universidade do Minho
Escola de Direito

Teresa Alexandra da Silva Brandão

**Da Procriação Medicamente Assistida
(aspectos gerais) aos Efeitos
Sucessórios – Inseminação Homóloga
*Post Mortem***

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Cristina Araújo Dias

outubro de 2015

DECLARAÇÃO

Nome: Teresa Alexandra da Silva Brandão

Endereço eletrónico: teresa.dsbrandao@gmail.com

Número do Cartão de Cidadão: 13903096

Título da dissertação: “Da Procriação Medicamente Assistida (aspetos gerais) aos Efeitos Sucessórios – Inseminação Homóloga *Post Mortem*”

Orientadora: Professora Doutora Cristina Araújo Dias

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado: Direito das Crianças, Família e Sucessões

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

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

*“O único lugar onde o sucesso vem antes do
trabalho é no dicionário”*

ALBERT EINSTEIN

“Feliz daquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina”

CORA CORALINA

O meu muito obrigada, Professora Doutora Cristina Araújo Dias.

**“Da Procriação Medicamente Assistida (aspetos gerais) aos Efeitos Sucessórios –
Inseminação Homóloga *Post Mortem*”**

RESUMO

A evolução da ciência, coadjuvada com os avanços científicos e tecnológicos, permitiu à sociedade o acesso à procriação medicamente assistida, doravante P.M.A., quando a procriação por via natural se mostra impossível de alcançar.

Pese embora o importante contributo desta para a perpetuação da espécie, capaz de trazer felicidade para os seus membros beneficiários, a nossa legislação atual, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, não se mostra capaz de responder a questões básicas quando confrontada com as situações.

Assim, é para nós incontornável a problemática do reconhecimento de efeitos legais de filiação do novo ser em relação ao beneficiário da técnica de P.M.A., enquanto ser humano, capaz de se tornar pessoa humana, digno de tutela.

Finalmente, não seríamos completamente diligentes na discussão das questões levantadas com a filiação, se não conseguíssemos demonstrar como é que estas se refletem na vida futura do nascituro/conceturo, isto é, nos seus direitos sucessórios.

“From Medically Assisted Procreation (general aspects) to Succession effects - *Post Mortem Insemination Homologous*”

ABSTRACT

The evolution of science, along with the scientific and technologic advances, allowed society access to medically assisted procreation, henceforth P.M.A., when natural procreation presents itself out of reach.

Despite its valuable contribute for the perpetuation of the species, capable of bringing happiness to its beneficiaries, our current legislation, through Law n.º 32/2006, of 26th of July, isn't capable of answering basic questions when faced with the situations.

Therefore, it's unavoidable to us the issue of acknowledgment of filiation legal effects to the new being in relation to the P.M.A. technique beneficiary, as a human being, capable of becoming a human person, worthy of legal protection.

Finally, we wouldn't be thorough when discussing the questions that arise within the filiation subject, if we couldn't demonstrate how they reflect on the unborn child future life, that is, on its succession rights.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	xiii
INTRODUÇÃO.....	15
CAPÍTULO I - A PROcriação Medicamente Assistida	19
1. A Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)	19
1.1. Linhas preambulares.....	19
1.1.1. Infertilidade / esterilidade.....	20
1.1.2. Principais técnicas de P.M.A. e respetivo acesso	22
1.1.3. Enquadramento legal – Legislação ordinária	25
2. Princípios constitucionais aplicáveis – Abordagem constitucional.....	28
2.1. Dever de coabitação (mesa, leito e habitação) como pressuposto do direito a procriar na P.M.A.....	29
3. A procriação medicamente assistida <i>post mortem</i>	35
3.1. P.M.A. homóloga e heteróloga – Breve distinção.....	35
3.2. Enquadramento / admissibilidade	37
4. Inseminação <i>post mortem</i>	40
4.1. A questão na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.....	40
4.2. A criopreservação de gâmetas.....	42
5. Fertilização <i>in vitro</i>	44
5.1. A questão na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho	44
5.2. Criopreservações de embriões e destino a dar-lhes.....	46
5.2.1. Estatuto reconhecido ao embrião – ou será pré embrião?	48
CAPÍTULO II – INSEMINAÇÃO <i>POST MORTEM</i> E FILIAÇÃO	53
1. Reflexos no Direito da Família.....	53
1.1. Em torno da biparentalidade.....	54
2. Inseminação artificial e filiação.....	57
2.1. A vontade da mulher	57
2.2. O consentimento do <i>de cuius</i>	58
2.3. Filiação	60
2.3.1. O período legal de concepção	64

2.3.2. O consentimento do <i>de cuius</i> assume-se relevante?	66
2.3.3. O consentimento do novo marido ou companheiro da mulher inseminada.....	68
2.3.4. Notas finais relativas à filiação	68
3. Filiação à luz de outros ordenamentos jurídicos	70
CAPÍTULO III – INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E ASPETOS SUCESSÓRIOS	76
1. Reflexos no Direito das Sucessões	76
2. Vocação sucessória.....	78
2.1. A titularidade de designação sucessória prioritária.....	81
2.2. O pressuposto de existência e a capacidade sucessória.....	82
2.2.1. A personalidade humana pré-natal.....	83
3. Objeto da sucessão	85
4. Tutela sucessória de pessoa nascida mediante P.M.A. homóloga <i>post mortem</i>	86
4.1. A questão à luz da doutrina	87
4.2. A existência de filiação face ao <i>de cuius</i> torna a pessoa herdeira?	93
5. Efeitos práticos	96
6. Fenómeno sucessório à luz de outros ordenamentos jurídicos.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
ELEMENTOS BIBLIOGRÁFICOS	106

LISTA DE ABREVIATURAS

AAVV – Autores vários

C.C. – Código Civil

C.F.M. – Conselho Federal de Medicina

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

C.P. – Código Penal

C.P.C. – Código de Processo Civil

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

Cfr. – Conferir

Coord. – Coordenação

DESC – Direitos Económicos, Sociais e Culturais

HFE – Human Fertilisation and Embryology Act

I.e. – Isto é

N.º - Número

Op. cit. – Obra citada

P. – Página

P.M.A. – Procriação medicamente assistida

Pp. – Páginas

Ss. – Seguintes

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça

V.g. – *Verbi grata*, por exemplo

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

A família, enquanto instrumento de realização da pessoa como ser humano, deve ser entendida como meio e não como fim dos indivíduos que a compõem¹. Isto é, a família como instrumento e espaço de realização dos seres humanos, com espírito de entreajuda, respeito e salvaguarda da dignidade de cada indivíduo. A multiplicação da espécie humana assume, na atualidade, um papel a desafiar, vital para a comunidade no seu todo, paralela à importância que a proteção do património genético assume para cada um de nós, mas também no plano biológico, social, emocional e inclusivamente patrimonial.

Nos dias de hoje, perante os diversos fatores que contribuem para a infertilidade ou esterilidade do casal, fruto da idade já avançada da mulher no momento da decisão de procriar, stress, disfunções hormonais ou quaisquer outras causas que não se esgotam no seu elenco, a procriação por ato sexual, condição *sine qua non*, revela-se um verdadeiro desafio, muitas das vezes não se verificando frutífera.

Ora, as técnicas de procriação medicamente assistida, revelam-se verdadeiros escapes de fuga e meio subsidiário para que os futuros pais consigam ver lograda uma gravidez, gerando-se, desta forma, um novo ser, seu descendente. Assim, e em casos de esterilidade ou infertilidade², permite-se que o casal³ recorra a técnicas médicas⁴, com o objetivo último da tão desejada reprodução, apesar de auxiliada.

Contudo, aparte estas inovações, surgem novas e pertinentes questões que merecem resposta pelo Direito Português e cabe-nos a sua formulação e concretização.

Uma delas, e embora possivelmente possamos não encontrar uma resposta, relaciona-se com o facto de entendermos o porquê de tanta espera de regulamentação

¹ CLARISSA BOTECCA, “Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, *Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, 2007, p. 56.

² O artigo 4.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, no seu n.º 2, permite a utilização de técnicas de P.M.A. ainda nos casos de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosas ou outras, quando devidamente comprovadas.

³ Quando nos referimos ao “casal”, consideramos não só os que se encontram unidos mediante o vínculo matrimonial, isto é, o casamento, e desde que não separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto, mas também os unidos de facto.

⁴ Elencadas no artigo 2.º da lei em análise.

própria quanto à P.M.A., quando autores já reclamavam por ela⁵. Não se compreende a demora e, a par disso, não se compreende a sua imperfeição.

Outras questões que podem ser colocadas têm que ver com o acesso às técnicas de P.M.A. e os seus beneficiários – artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Assim sendo, a P.M.A., sendo admitida em casos bastante restritos, por beneficiários heterossexuais e se unidos pelo vínculo do matrimónio ou união de facto, e tão-só como método subsidiário, deixa de fora os casais homossexuais e as pessoas solteiras⁶.

Posto isto, e de acordo com o referido, onde está patente o direito a procriar? Não é um direito constitucionalmente consagrado e, de acordo com o princípio da igualdade⁷ e não discriminação, não deveria ter aplicação a todos e quaisquer cidadãos? CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL⁸ sustenta que o facto de a C.R.P. antepor o direito a constituir família ao direito a contrair casamento, parece tutelar o direito a procriar autonomamente. A nosso ver, o conceito de “constituir família” não tem de passar necessariamente pela procriação, já que existem outras formas de a constituir, como a adoção, por exemplo.

Mas a inseminação artificial, e bem assim as outras técnicas de P.M.A., corresponderão ainda ao exercício do direito a procriar? O direito a constituir família está amplamente consagrado e a procriação artificial é juridicamente reconhecível⁹.

A Lei da P.M.A. caracteriza-se por assentar, marcadamente, no conceito de biparentalidade, consagrado no seu artigo 6.º, o que pode explicar as restrições de acesso já oportunamente enunciadas. Contudo, cada vez mais proliferam as famílias monoparentais, fruto da adoção por uma única pessoa, divórcio, separação ou morte de um dos progenitores. Com a mudança do conceito de família, fruto das novas formas possíveis de constituição da mesma, desafia-se, de facto, a tão desejada biparentalidade.

⁵ Veja-se, JORGE DUARTE PINHEIRO, “A necessidade da lei da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, in AAVV, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, 2008, p. 205.

⁶ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (PMA)”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Almedina, 2002, pp. 355-356, sustenta que não vê razões para não ser reconhecido o acesso a tais técnicas aos casais homossexuais e a pessoas solteiras, já que não lhes deveria ser vedado o direito a procriar, por qualquer meio, especialmente tendo em conta a proliferação das famílias monoparentais.

⁷ Artigo 13.º da C.R.P..

⁸ *Idem*, p. 355.

⁹ *Idem*, *Ibidem*. No mesmo sentido ainda, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, n.º III, 1989, p. 768.

Atenta a manutenção do caráter subsidiário e não alternativo da P.M.A.¹⁰, as novas formas de constituição de família, o verdadeiro conceito de família, e até o superior interesse da criança¹¹, urge-nos analisar as problemáticas subjacentes à P.M.A. homóloga, que, apesar de ser a que mais se aproxima da procriação natural, comporta em si pontos de discordância, como a problemática do uso de gâmetas e a transferência do embrião após a morte do beneficiário da técnica, inclusivamente em termos do estabelecimento da filiação quando não há consentimento para tal e efeitos sucessórios que daí possam advir.

Posto isto, e porque a legislação vigente ainda deixa brechas para diversas interpretações doutrinárias, na investigação serão analisados os efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga *post mortem*, quer no que concerne ao Direito da Família, quer ao Direito das Sucessões, com o propósito de encontrar respostas possíveis para certas questões: atento o forte crescimento das famílias monoparentais, porquê não alargar o leque de beneficiários que a estas técnicas podem aceder? Sendo o consentimento um verdadeiro ato de demonstração de vontade, se o *de cuius* se pronunciou no sentido da não autorização do seu material genético para fins póstumos, esta criança é havida ainda como sua filha? Será que a criança que vier a nascer (não) tem direito a construir a sua família e ver reconhecida a sua filiação? Isto é, o consentimento expresso de não autorização do uso de gâmetas *post mortem* afasta o direito constitucionalmente consagrado nos artigos 36.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da C.R.P.?

Mas não só. O embrião deve ser merecedor de um verdadeiro estatuto? Quer isto dizer que, após a conceção, devem prevalecer os direitos e interesses do nascituro, em detrimento dos dos beneficiários das técnicas? Não haverá como que uma espécie de limitação do direito dos pais após a conceção?

Com a criação deste método subsidiário de reprodução humana, novas dimensões de conceitos básicos mereceram a atenção do legislador, como de integridade moral das pessoas, dignidade do ser humano, maternidade e paternidade e ainda, no direito a constituir família e o que por ela se entende, tendo-se impreterivelmente de interpretar e reformular regras jurídicas, até então, tradicionais.

¹⁰ JORGE MARTINS RIBEIRO, *O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade: A igualdade na decisão de procriar*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 133.

¹¹ O que se pretende é o melhor para a criança, o seu bem-estar e sustentabilidade no lar, não estando intrínseco no conceito de “superior interesse da criança” que esta tem de ter um pai e uma mãe a conviver consigo.

Apesar das particularidades da procriação na modalidade heteróloga que se caracteriza pelo recurso aos gametas de pessoa estranha ao casal, e de as mesmas se mostrarem sensíveis e bastante pertinentes, não nos cumpre a sua análise, se bem que sempre que necessário fá-lo-emos no decorrer da exposição do tema. O mesmo acontece com a P.M.A. *post mortem* realizada com ovócitos da esposa ou companheira que morreu, pois necessariamente teríamos de nos referir à maternidade de substituição.

Isto dito, o nosso estudo assenta em três pilares, para nós essenciais. Na primeira parte serão clarificados alguns conceitos, as técnicas existentes e a forma como se concretizam, passando-se a uma abordagem constituicional, por forma a enquadrarmos o tema em questão.

Na segunda parte, referir-nos-emos à filiação decorrente da inseminação *post mortem* (e analogicamente à transferência de embriões), dando especial enfoque na filiação decorrente do consentimento (ou a sua ausência) do *de cuius* para a sua efetivação.

Por último, mas claramente não menos importante, desenvolveremos a problemática da P.M.A. *post mortem* em sede de direitos sucessórios.

Ao longo de toda a nossa exposição, relativamente às questões mais prementes, faremos alusão a outros ordenamentos jurídicos, com especial destaque para o Espanhol e Brasileiro, atenta a proximidade e os elos que nos unem ao país vizinho, no caso de Espanha, e à proximidade e partilha de cultura, no caso do Brasil.

CAPÍTULO I - A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

1. A Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)

1.1. Linhas preambulares

Quando nos centramos no conceito de Procriação Medicamente Assistida, desde logo não poderemos esquecer-nos de um outro conceito: procriação. Assim, a procriação mais não é do que uma continuidade / perpetuação¹² da espécie, enraizada por uma crença sociológica, religiosa e cultural¹³. Caracteriza-se, portanto, como o fenómeno através do qual há-de vir um novo ser ao mundo.

Com a proliferação científica, para o ato de procriação não se exige mais o ato sexual em si mesmo. E, aliás, é dispensado que o espermatozóide, ou até mesmo o óvulo, provenha da pessoa com a qual será estabelecido um vínculo jurídico e emocional. A este propósito, a verdadeira revolução no direito da reprodução humana ocorreu em 1978, com o nascimento do primeiro ser humano reproduzido fora do organismo humano, concebido através da fertilização *in vitro*, desenvolvida por Steptoe e Robert Edwards¹⁴.

No entanto, pensarmos nos enormes avanços científicos e tecnológicos até então, leva-nos não a exonerar que a problemática da procriação está ultrapassada, mas, mais do que isso, é cada vez mais o vácuo legislativo e lacunoso da legislação portuguesa e, quiçá, até da europeia.

O conceito de família, direito amplamente consagrado no artigo 36.º da C.R.P., conforme veremos mais adiante, é o pilar central da P.M.A.. A instituição familiar de hoje em dia é organizada por um número restrito de pessoas, com igualdade entre os membros do casal - ainda que na prática isso nem sempre aconteça - e na proteção dos menores. A família extensa, com desigualdade entre o homem e a mulher, nos moldes da família romana, foi superada e, atualmente, já são conhecidos diferentes e distintos

¹² Termo usado por CLARISSA BOTECCA, “Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, op. cit., p. 49.

¹³ A este propósito, é de salientar que o conceito de procriação e a crença enraizada de que a mesma é uma obrigação começa a cair em desuso. Isto, porque, cada vez existem menos cidadãos a ter a procriação como objetivo concreto, inclinando-se até para outros métodos, como sendo a adoção ou simplesmente fazendo uso do seu direito de querer ou não querer procriar – a chamada liberdade negativa de procriar -, aliás consagrado no artigo 9.º da AAVV, “Sexual rights: an IPPF declaration”, disponível in http://www.ippf.org/sites/default/files/sexualrightsippfdeclaration_1.pdf, publicado em outubro de 2008, consultado a 18.07.2015.

¹⁴ SANDRINA MARIA ARAÚJO LOPES ALVES, CLARA COSTA OLIVEIRA, “Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas”, in *Revista Bioética*, n.º 22, 2014, p. 67.

conceitos de família. A chamada “família moderna”, classificada de acordo com a sua composição, em que há um pai, uma mãe e os respetivos filhos é a mais aceite pela sociedade (biparentalidade). De certa forma, e apesar de ser tida como família moderna, a sua base assenta ainda na chamada família tradicional.

Por seu turno, a família monoparental verifica-se quando o agregado familiar é composto apenas por um dos membros, como seja, qualquer dos progenitores, pais adotivos, ou apenas pais, ainda que jurídicos ou emocionais, e os seus filhos¹⁵. Com a proliferação das separações, divórcios, adoções, é cada vez mais vulgar este tipo de família.

A autora CLARISSA BOTEGGA avança ainda com o reconhecimento de um novo conceito de família – a chamada eudemonista -, que, segundo a mesma, tem por característica principal o individualismo de cada ser dentro da família, isto é, o Estado não só protege a família em si como um todo, mas, a par disso, o ser individual que a integra¹⁶.

Posto isto, a conhecida família moderna deixa de lado a estruturada e hierarquizada estratificação de classes e passa a ser entendida como uma instituição voltada para o ser intrínseco em si mesmo, com personalidade humana, afincada com e para o princípio da dignidade da pessoa humana, onde os homens são todos livres e iguais, sujeitos de direitos.

1.1.1. Infertilidade / esterilidade

Segundo a Associação Portuguesa de Fertilidade, a infertilidade é uma doença reconhecida pela Organização Mundial de Saúde e atinge cerca de 10% a 15%¹⁷ da população em idade reprodutiva.

Assim, muito embora a população em geral não distinga a infertilidade da esterilidade, o certo é que estes conceitos são passíveis de distinção. A infertilidade caracteriza-se pela ausência de capacidade no alcance da gravidez desejada, sempre que

¹⁵ CLARISSA BOTEGGA, “Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, op. cit., p. 52, refere-se ainda ao conceito de “família unilinear”, justificando-o com o facto de existir filiação apenas quanto a um dos progenitores, como sendo o caso das mães solteiras. No entanto, a nosso ver, estes casos podem ser contemplados no conceito de família monoparental, não vindo necessidade de criação de um novo conceito específico.

¹⁶ Idem, *Ibidem*.

¹⁷ Estimativa avançada pela Direção Geral de Saúde, no Programa Nacional de Saúde Reprodutiva, em 2008.

o casal não consiga ver lograda a fecundação ao fim de um ano de vida sexual contínua¹⁸ e sem o uso de métodos contraceptivos¹⁹. Por seu turno, a esterilidade caracteriza-se pela incapacidade total de reproduzir, condição irreversível e que impede a concepção²⁰.

A infertilidade / esterilidade ainda nos dias de hoje não é bem aceite e encarada pela sociedade. Continua a estereotipar-se a fertilidade como uma coisa boa e o oposto, como uma coisa má, consubstanciada de ser tida como uma sanção natural e social. A prova disso é que utilizamos metáforas e simbolismos, tal como a conhecida “terra estéril”²¹.

Em boa verdade, sendo que a própria natureza submete parcelas da população à esterilidade, não será contraditório consagrarmos um verdadeiro direito a procriar²²? A seu tempo atentaremos a esta questão quando nos referirmos ao direito a procriar, mas a realidade é que, nos dias de hoje, a procriação não é vista como uma obrigação do ser humano, mas inversamente, é tida como uma faculdade suscetível de escolha. Assim, o direito de cada indivíduo deve ser analisado por ele próprio, no âmbito do que aquele considera importante no seu contexto sexual e até social e económico.

¹⁸ A Organização Mundial de Saúde fixa, para a definição do conceito, o prazo limite para a ausência de gravidez em dois anos. No entanto, é consensual a consideração de que, findo um ano, deve ser iniciado o processo de avaliação dos eventuais fatores envolvidos.

¹⁹ WAGNER MOTA ALVES SOUZA, “Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a doutrina *venire contra factum proprium* – A inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a)”, *EVOCATI Revista*, n.º 41, p. 3 (08.05.2009), in http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=327, consultado a 09.03.2015; MICHELE ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, seconda edizione, Giuffrè Editore, 2003, p. 236. Com a mesma afirmação, avança o Centro de Estudos de Infertilidade e Esterilidade e a própria Associação Portuguesa de Fertilidade.

²⁰ Em termos mais simplistas, a infertilidade caracteriza-se pela capacidade diminuída do ser humano para a reprodução, devido a fatores já conhecidos na área científica que podem ter que ver com o próprio corpo da pessoa, como disfunções nos órgãos reprodutores, gâmetas, ou até razões sociais, que, devido ao papel do homem e da mulher, os colocam perante o desafio da paternidade / maternidade em idade avançada. Concomitantemente, a esterilidade é a incapacidade para conceber de forma natural.

²¹ A esterilidade é uma característica puramente humanista, mas é utilizada em forma de animismo, quando nos referimos a “terra estéril” por forma a evidenciar a *secura* da mesma, que não permite produzir uma árvore. A par disto, a responsabilidade (que nem deveria existir) pela infertilidade / esterilidade é socialmente imputada à mulher. Desde os primórdios da Humanidade, o papel desta era tão só a procriação e as lides domésticas. Com a chegada do Capitalismo, e devido à procura por mão de obra mais barata, as mulheres passaram a ser admitidas em fábricas e, a partir daí, a reivindicar os seus direitos, não se deixando acatar pelo seu único dever de procriar. No entanto, e pela concepção da Antiguidade, à mulher, em determinadas culturas, ainda lhe é intrínseco o dever de procriação, dever este que na Antiguidade lhes implicou cruéis práticas – Cfr. 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)”, in *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, Coimbra Editora, 2006, p. 112 -, pelo que quando esta se vê impossibilitada / impedida, é socialmente culpabilizada por tal, pois não consegue obter o fim para o qual existe: procriar.

De todo o modo, sempre se compreenderá o drama da esterilidade. Esta era tida como um castigo dos deuses, obra de feitiçaria, desonra. A este propósito veja-se AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Edições Jurídicas, 1991, p. 108.

²² WAGNER MOTA ALVES SOUZA, “Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a doutrina *venire contra factum proprium* – A inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a)”, op. cit., p. 3.

1.1.2. Principais técnicas de P.M.A. e respetivo acesso

As técnicas de procriação medicamente assistida visam ultrapassar os problemas com a reprodução natural, através de auxílios médicos e tecnológicos. É o caso da inseminação artificial (IA), processo através do qual se introduz o sémen masculino no órgão reprodutor feminino, com o intuito de facilitar a fecundação – técnica minimamente invasiva²³-, a fertilização *in vitro*^{24 25} (FIV), através da manipulação dos ovócitos, seguida da punção dos ovários e, já em meio de cultura laboratorial, dá-se a união dos óvulos e espermatozóides, procedendo-se à transferência do zigoto ou embrião para o útero da mulher²⁶, e, ainda, injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI), que consiste na introdução de espermatozóides diretamente no citoplasma dos ovócitos^{27 28}.

Apesar de estas serem as técnicas mais conhecidas e até as mais utilizadas, o certo é que a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, além de consagrar as técnicas já referidas, acrescenta no seu artigo 2.º a *transferência de embriões, gâmetas ou zigotos* (alínea d)), *diagnóstico genético pré-implantação* (alínea e)) e *outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias* (alínea f)). Muito embora a existência destas, a sua aplicação é bastante residual.

Quando um casal se submete a uma de qualquer das técnicas referidas supra, mostra-se necessário distinguir a proveniência das células reprodutoras. Assim, se as células são do próprio casal estamos perante procriação medicamente assistida homóloga²⁹; se os espermatozóides e / ou os ovócitos são provenientes de um terceiro alheio ao casal – terceiro dador -, a procriação tem-se por heteróloga³⁰.

²³ TERESA ALMEIDA SANTOS, MARIANA MOURA RAMOS, *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 81.

²⁴ Alguns autores não utilizam o termo de “fertilização *in vitro*”, mas “fecundação *in vitro*”, como é o caso de SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, Coimbra Editora, 2010, p. 18; LUÍS ELOY AZEVEDO, “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 90, ano 23, abril, junho, 2002, p. 97.

²⁵ Em conformidade com o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, utilizaremos o termo “fertilização *in vitro*”.

²⁶ Esta é uma técnica extrauterina, já que se processa fora do órgão reprodutor da mulher, na chamada placa de Petri.

²⁷ Técnica de micromanipulação mais evasiva, utilizada com recurso a uma agulha muito fina e, em regra, quando o número de espermatozóides é escasso. Cfr. C. COELHO, “Bioética em Reprodução Medicamente Assistida”, in *Nascer e Crescer – Revista do Hospital de Crianças Maria Pia*, vol. VX, ano 2006, n.º 1, p. 29.

²⁸ SANDRINA MARIA ARAÚJO LOPES ALVES, CLARA COSTA OLIVEIRA, “Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas”, op. cit., p. 68.

²⁹ Na procriação assistida, a vontade não se basta por si só. É necessário que o casal utilize os meios e os modos adequados. Cfr. ELIO SGRECCIA, *Manual de Bioética*, 1.ª edição, Princípios, 2009, p. 609.

³⁰ Cfr. ANA PAULA GUIMARÃES, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Editora, 1999, p. 22. A autora distingue ainda a inseminação artificial *mista, confusa ou combinada*, quando o esperma é proveniente não só do marido da mulher, como também de um terceiro dador.

A questão da admissibilidade e beneficiários da P.M.A. tem propiciado bastante controvérsia, logo desde os primeiros meses de vida da lei que a sustenta³¹. Esta mesma lei, no seu artigo 4.º, estabelece a subsidiariedade das técnicas de procriação³². Quer o nosso legislador afirmar – e afirma – que o recurso às técnicas de P.M.A. está limitado aos casos em que o casal é infértil ou, no caso de não o ser, a procriação por meio natural (assuma-se, contacto sexual), causaria risco de transmissão de doenças de origem infecciosa³³, genética ou outras ao nascituro ou, sendo caso disso, para tratamento de doença grave³⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução n.º 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, consagrava a subsidiariedade das técnicas de P.M.A.. No entanto, e com a entrada em vigor da Resolução n.º 2.013/2013, de 9 de maio, também do Conselho Federal de Medicina, que revogou a anterior, não se refere a esterilidade ou infertilidade como pressuposto para o acesso às referidas técnicas, estabelecendo-se apenas no seu Item I, n.º 1, que as “técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana”³⁵.

É certo que se nos centrarmos no direito a procriar a lei é omissa quanto à tipificação. Para nós, o ato de procriar é apenas e somente gerar, conceber, reproduzir! Não lhe é intrínseco o carácter natural. Fala-se apenas em procriar. E, assim sendo, é legítimo que a procriação medicamente assistida tenha de ser subsidiária face à reprodução natural? Os cidadãos não têm opção de escolha entre a procriação natural e a procriação auxiliada, porque não lhes é dado esse direito.

³¹ A este propósito, diversas iniciativas legislativas surgiram pelos grupos parlamentares portugueses. Desde logo, o projeto lei 100/XII, com retirada a 21/12/2011, exatamente na data em que o grupo parlamentar do Bloco de Esquerda deu entrada de um novo projeto lei – 122/XII – (que na sua génese assentava exatamente nas mesmas matérias que o projeto apresentado anteriormente), onde se garantia o acesso de todas as mulheres às técnicas de P.M.A. e regulava o recurso à maternidade de substituição. Mais tarde, o projeto lei 131/XII, com iniciativa parlamentar do Partido Socialista, veio consagrar situações excecionais para ser permitido o acesso à maternidade de substituição e, apesar da prolação no tempo, foi apresentado pelo autor da iniciativa um novo texto, em 21/01/2015. É conhecido ainda o projeto lei 137/XII, que pretendia o alargamento dos beneficiários das técnicas de P.M.A., com iniciativa do Partido Socialista, vindo a suceder-se um novo projeto lei – 138/XII -, com iniciativa parlamentar do Partido Social Democrata, que versava na utilização das técnicas de P.M.A.. Mais recentemente, e especificamente a 15/01/2015, por iniciativa do Partido Socialista, o projeto lei 752/XII pretendia o alargamento do âmbito dos beneficiários das técnicas de P.M.A., em conjunto com o projeto lei 755/XII, que se centrava no acesso de todas as mulheres a tais técnicas, mas ambos foram rejeitados na votação na generalidade.

³² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, n.º III, dezembro, 2007, p. 979.

³³ Como é o caso da SIDA, em que o nascituro já nasceria infetado.

³⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, dezembro, 2006, p. 1027.

³⁵ A este propósito, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, “Reflexões sobre a Procriação ou Reprodução Assistida nas Uniões entre Pessoas do mesmo Sexo”, in AAVV (coord. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA e THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO), *Grandes Temas de Direito da Família e das Sucessões*, vol. 2, Editora Saraiva, 2014, p. 34, refere que pelo facto de a Resolução em vigor permitir o acesso às técnicas de P.M.A. a casais homossexuais, por si só já se estará a considerar uma natureza alternativa de procriação.

No nosso entender, e sustentando-nos no princípio da dignidade da pessoa humana, antagónico à instrumentalização do ser humano, o processo de procriação medicamente assistida não poderá ser alternativo à procriação natural, mas subsidiário, sob pena de ser vulgarizado. Isto, claro está, por aplicação aos casais heterossexuais que não tenham qualquer problema de fertilidade. No casos dos casais homossexuais, muito embora estes até possam não padecer de infertilidade, a reprodução por ato sexual tornando-se impossibilitada, outra alternativa não lhes restaria que não a de recorrerem a estas técnicas, caso o recurso às mesmas se tornasse admissível nos termos da lei.

A Lei da P.M.A., apesar dos já vários projetos legislativos, continua a estabelecer como beneficiários apenas os casais heterossexuais³⁶ e maiores, não interditos ou não inabilitados por anomalia psíquica³⁷. E eis que aqui surge a inevitável questão: afinal, (in)existe um verdadeiro direito a procriar, tido por muitos como constitucionalmente consagrado?³⁸ Tal impossibilidade é justificada pelo legislador pelo carácter de biparentalidade³⁹ da família, consagrado pelo artigo 69.º, n.º 2, da C.R.P., o que, no mínimo, se assume, a nosso ver, como controverso, e até contraditório, já que se prevê a adoção singular⁴⁰. A proliferação de famílias monoparentais, cada vez mais numerosas, vem também derrogar esta consagração da biparentalidade.

Face à constante evolução dos ordenamentos jurídicos europeus, no sentido do alargamento dos direitos a conceder aos casais⁴¹ homossexuais⁴², considera-se legítimo o acesso destes, ainda que por via subsidiária, às técnicas de P.M.A.⁴³, assim como o deveria ser quanto à adoção conjunta. Com a permissão do casamento civil entre

³⁶ Por casais, entenda-se pessoas casadas e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto e casais que vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos – os unidos de facto, portanto – art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho.

³⁷ A violação do preceituado no artigo 6.º, n.º 2, é punida com pena de prisão de dois a oito anos – artigo 35.º da lei em estudo.

³⁸ Como sustenta CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os Efeitos Familiares e Sucessórios na Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, op. cit., p. 355, pela negação de acesso de mulheres solteiras ou casais homossexuais, não haverá aqui um recorte jurídico do dito direito a procriar?

³⁹ LUÍS ELOY AZEVEDO, “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, op. cit., p. 100, admite este carácter de biparentalidade, sustentando que, sendo necessário um gâmeta feminino e um masculino para se gerar um novo ser, não parece que se deva “ficcionar/abrir” tal direito aos casais homossexuais.

⁴⁰ No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, “A necessidade da lei da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, op. cit., p. 207; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os Efeitos Familiares e Sucessórios na Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, op. cit., p. 356.

⁴¹ Quer os que tenham contraído vínculo matrimonial, quer os unidos de facto.

⁴² *Parentalidade não é parentesco. Nela o que está em jogo são as funções a serem exercidas por aqueles que compõem a estrutura do parentesco, mas, com funções, a exemplo de educar, alimentar, proteger, amar e outros, podem ser exercidos por qualquer pessoa.* Cfr. ILKA FRANCO FERRARI, MARTA RODRIGUES DE MORAIS ANDRADE, “Casar, filiar, procriar: reivindicações na homossexualidade masculina”, in *Instituto de Medicina Psicológica, Psicanálise e Psiquiatria Dinâmica*, vol. 43, n.º 1, p. 32.

⁴³ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os Efeitos Familiares e Sucessórios na Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, op. cit., pp. 355-356, critica esta exclusão dos homossexuais e das mulheres solteiras, afirmando, inclusive, que aos mesmos lhes está a ser vedado o seu direito a procriar.

peças do mesmo sexo⁴⁴, não se entende o porquê da não extensão aos casais homossexuais dos direitos dos casais heterossexuais. E isto, tendo em conta o princípio da igualdade e da não discriminação, é uma pura forma de atentarmos a estes princípios consagrados constitucionalmente⁴⁵.

Basta ultrapassarmos uma fronteira terrestre para verificarmos um avanço legislativo quanto à admissibilidade de beneficiários destas técnicas. A lei espanhola - Ley n.º 14/2006, de 26 de mayo – admite como usuárias das técnicas de P.M.A. as mulheres solteiras, desde que capazes, com idade superior a 18 anos e independentemente da sua orientação sexual (artigo 6.º, n.º 1). Assim, a norma consente, a um só tempo, que sejam beneficiárias as mulheres solteiras e, ao mesmo tempo, as que vivam em união de facto homossexual ou até casadas⁴⁶.

Já no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, e sendo que eles não têm uma lei específica / formal, a Resolução n.º 2.013/2013, além de preencher uma lacuna legislativa, consagra também no seu item II, n.º 2, a faculdade de recurso às técnicas de P.M.A. para pessoas solteiras e para relações homossexuais⁴⁷ (“homoafetivas”)⁴⁸.

1.1.3. Enquadramento legal – Legislação ordinária

Data de 1986 o primeiro Projeto de lei tocante à P.M.A.. Contudo, pelas divergentes posições políticas e desigualdades éticas e ideológicas, que, em si, geraram

⁴⁴ Através da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio.

⁴⁵ FILIPA CABRAL DE ANDRADE DUARTE RIBEIRO VICENTE DE SOUSA, “A procriação medicamente assistida na União Europeia: harmonizar ou reagir?”, in *Revista “O Direito”*, ano 140.º, n.º IV, 2008, p. 908, considera que existe um vazio legislativo comunitário, além do vácuo de cada ordenamento que compõe a União Europeia. A autora adianta que, face ao alargamento da U.E. e o estreitar dos laços entre os diferentes Estados Membros, torna-se premente o estabelecimento de regras comuns, externas a cada um deles, isto é, uma regulamentação comunitária. No entanto, admite que é a disparidade de matérias que dificulta um consenso entre esses mesmos Estados Membros. Com efeito, teme que face à livre circulação de pessoas e prestação de serviços, possa surgir um verdadeiro “turismo de procriação assistida” (p. 891), que arrecadará problemas sérios quanto à filiação e ao direito sucessório. Também designado por «turismo reprodutivo», este baseia-se em situações onde o casal se desloca de uma Instituição, Jurisdição ou País onde a técnica é proibida, ou onde os beneficiários se encontram restringidos, para outro onde tal é possível.

Em Portugal, já há relatos de mulheres que escolheram as cidades espanholas, onde existam clínicas de P.M.A., para poderem ter acesso a tais técnicas. As mesmas argumentam que não faz sentido permitir o casamento homossexual e não conceder a estes cidadãos os restantes direitos, inerentes a outras famílias. Da mesma forma, não encontram justificação para que, tendo a mulher escolhido ficar solteira, sem qualquer par a seu lado, lhes seja vedado, logo *ad initio*, o direito a procriar.

⁴⁶ Veja-se SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 39.

⁴⁷ A Constituição Federal brasileira reconhece a monoparentalidade como uma entidade familiar. Esta é uma realidade social premente e não pode ser negada. Aliás, é reconhecida a biparentalidade.

⁴⁸ No Brasil, já existem (há bastantes anos até!) diversos projetos de Lei sobre o assunto. No Congresso Nacional, no entanto, até ao momento, não foi criada nenhuma lei específica reguladora das técnicas de procriação assistida.

uma certa instabilidade parlamentar, Portugal esteve 20 anos neste vazio legislativo, com mais de uma dezena de projetos abortados⁴⁹.

Muito embora as questões da procriação medicamente assistida se encontrem reguladas em legislação avulsa, a legislação ordinária também se dedica a ela, embora não de forma tão específica. É o caso do Código Penal, do Código Civil e ainda de alguma legislação avulsa.

Reportemo-nos ao artigo 1839.º, n.º 3, do C.C., que consagra a proibição legal de o cônjuge que consentiu na inseminação artificial com sémen de dador vir, *a posteriori*, impugnar a paternidade. Isto posto, se o cônjuge da mulher inseminada consentiu que esta recorresse ao sémen de terceiro, o filho que vier a nascer estabelece a sua filiação para consigo, e não para com esse terceiro alheio ao casal^{50 51}. Assim, o marido não poderá usar o seu estatuto jurídico e social de pai para, posteriormente, recorrer a meios probatórios⁵², para demonstrar que não é de facto o progenitor⁵³. Com este preceito, o objetivo do legislador é evitar que exista um retrocesso da palavra dada⁵⁴.

Já no que respeita à responsabilidade penal, o legislador, além de estabelecer penas e contraordenações⁵⁵ para quem praticar atos contrários aos estabelecidos na Lei

⁴⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 36/2006, de 26 de julho)”, op. cit., p. 89.

⁵⁰ TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 58-59, afirma que, nos casos em que se invoca o n.º 3 do artigo 1839.º do C.C., a filiação não é igual às outras, mas uma nova forma de filiação (tal como acontece na adoção). Ao proibir-se a impugnação de paternidade, a disposição legal atribui a paternidade ao marido da mãe que nela consentiu, verificando-se, assim, um afastamento quer do critério biológico (isto é, do princípio da verdade biológica, um dos princípios base do Direito da Família), quer do estabelecimento do vínculo de filiação por sentença, como é o caso da adoção. No mesmo sentido, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, op. cit., pp. 356-357; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Procriação assistida e Direito”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Almedina, 2000, pp. 660-661. Uma parte da doutrina, acolhendo o mencionado anteriormente, invoca que muito embora o marido da mulher inseminada não possa impugnar a paternidade, o filho que vier a nascer poderá fazê-lo, já que este não está entre as pessoas que prestaram o seu consentimento – *venire contra factum proprium*. Cfr. JOANA CABRAL PEREIRA, “Considerações sobre o artigo 1839.º, n.º 3, do Código Civil (Implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga)”, in *Scientia Iuridica*, tomo 51, n.º 292, p. 156. A autora acrescenta ainda que, caso o marido da mãe tenha sido erroneamente informado ou até persuadido, no que toca ao consentimento, poderá também ele impugnar a presunção de paternidade. No entanto, e para que não se abram exceções a este princípio, cremos que o consentimento do marido / companheiro da mãe deve ser alvo de uma decisão consciente, informada, deliberada, livre e madura.

⁵¹ Claro está que aliada a esta questão, surgem outras. É o caso do princípio da verdade biológica e do conhecimento da identidade genética. Colocam-se até questões relacionadas com o consentimento, isto é, e se o marido da mulher não consentiu? Estabelece-se ou não a filiação em relação ao filho que vier a nascer?

⁵² Como decorre do artigo 1801.º do C.C..

⁵³ Daí que o ato de consentir seja sempre bastante importante, não só para a procriação artificial homóloga, mas também, e essencialmente, para a heteróloga, como reflexo do princípio bioético do respeito pelas pessoas, também conhecido como princípio pela autonomia. Veja-se HELENA MARIA VIEIRA DE SÁ FIGUEIREDO, *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Coleção Bioética Hoje, n.º IX, Gráfica de Coimbra, 2005, p. 94.

⁵⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, op. cit., p. 773.

⁵⁵ A lei encarrega-se de criar ilícitos típicos (artigo 34.º), aos quais faz corresponder sanções criminais, penas de multa, penas de prisão e até penas acessórias (artigo 45.º). A par destas sanções penais, surgem outras de mera contraordenação, mesmo para condutas negligentes, plasmadas no artigo 44.º.

n.º 32/2006, de 26 de julho, o artigo 46.º estipula a aplicação subsidiária do Código Penal e do regime geral das contraordenações⁵⁶.

Assim sendo, o artigo 168.º do Código Penal prevê pena de prisão de 1 a 8 anos para quem praticar ato de procriação artificial em mulher, sem que a mesma tenha consentido⁵⁷. A justificação para a referida incriminação assenta indiscutivelmente na necessidade de se estabelecerem limites aos direitos fundamentais que a utilização das técnicas de P.M.A. deve respeitar^{58 59}.

Além dos ditames do Código Civil e do Código Penal, complementam o nosso ordenamento jurídico a Lei n.º 3/84, de 24 de março, sobre “Educação Sexual e Planeamento Familiar”, que atribui ao Estado o dever de promover e proporcionar o acesso, estudo e tratamento igualitário a todos os cidadãos que se encontram em situações de esterilidade, devendo ser por ele assegurado o seu suprimento (através do acesso à procriação artificial) – artigo 9.º; a Lei n.º 12/93, de 22 de abril⁶⁰, sobre a “Colheita e Transplante de Órgãos”, que prevê que “a dádiva de óvulos e de esperma e a transferência e manipulação de embriões são objeto de legislação especial”.

A este propósito, não nos podemos deixar de referir à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, que entrou em vigor no ordenamento jurídico português no dia 1 de dezembro de 2001. No seu artigo 14.º encontra-se consagrado que o acesso às técnicas de P.M.A. é expressamente proibido quando o objetivo é a escolha do sexo da criança que vier a nascer, *salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo*, não sendo sequer admissível a modificação do genoma humano, senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas, e apenas nos casos em que não há modificação do genoma da descendência (artigo 13.º)⁶¹.

⁵⁶ Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com as alterações que foram sendo introduzidas, de entre as quais, a última, Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

⁵⁷ No projeto de 1966, e no que respeita ao artigo 256.º, o legislador punia todo aquele que, usando a violência ou ameaça grave, praticasse inseminação artificial na mulher sem que nela tivesse consentido, da mesma forma que punia a mulher que praticasse em si mesma inseminação com sêmen de dador, sem o consentimento do marido.

⁵⁸ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, SÓNIA FIDALGO, «Procriação artificial não consentida – anotação ao artigo 168.º», in AAVV, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 778.

⁵⁹ Ainda de acordo com as mesmas autoras, este artigo padece de uma incorreta localização sistemática, já que deveria integrar o capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal e não a sistematização atual – crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

⁶⁰ Com a última atualização pela Lei n.º 36/2013, de 12 de junho.

⁶¹ A lei portuguesa que regula a P.M.A. também consagra essa mesma proibição, ao abrigo do disposto no artigo 7.º, n.º 2, proibindo o melhoramento de características não médicas do nascituro ou a escolha do sexo, sendo que quem o fizer, *é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias* – artigo 37.º da referida lei.

2. Princípios constitucionais aplicáveis – Abordagem constitucional

É inquestionável entre nós a existência de direitos constitucionalmente consagrados, que nunca, em momento algum, podem ser restringidos ao ser humano. Sendo que a matéria inerente à procriação medicamente assistida se insere no âmbito dos “direitos, liberdades e garantias”, a lei apenas os pode restringir nos casos expressamente previstos na Constituição da República Portuguesa e respeitando sempre o princípio da necessidade, adequação e da proibição do excesso – artigo 18.º da C.R.P.. Este preceito, com eficácia geral, *erga omnes*, não afasta a possibilidade de toda e qualquer restrição, mas apenas nos casos em que tal se mostre estritamente necessário e proporcional⁶². Os Direitos Fundamentais não são absolutos nem sequer ilimitados!

Se nos centrarmos nos princípios fundamentais do sistema jurídico aplicáveis à matéria da procriação medicamente assistida, desde logo, no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da C.R.P., é consagrado que o Estado deve regulamentar a mesma, maxime, salvaguardando a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional previsto no artigo 1.º da C.R.P.. A família, enquanto elemento fundamental da sociedade, deve ser protegida e salvaguardada, não apenas no seu todo, mas individualizada em si mesma, isto é, cada membro que a compõe deve ser pessoalmente protegido⁶³, reconhecida a sua autonomia e autodeterminação e ser tratado como pessoa em si mesma.

A criança merece especial proteção na nossa lei fundamental, pois o interesse desta deve ser ponderoso e prioritário. A C.R.P., no artigo 69.º, n.º 1, reconhece-lhes o direito à proteção por parte do Estado, mas também da sociedade em geral, nomeadamente contra todas as formas de abandono, discriminação, opressão e conduta abusiva e autoritária por parte da família, sendo que a esta lhe cabe a manutenção e educação dos filhos, mesmo os nascidos fora do casamento – artigo 36.º, n.ºs 3, 4 e 5 da C.R.P..

⁶² J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2014, p. 388.

⁶³ Mas vejamos, o referido direito à procriação é intrínseco a cada pessoa ou ao casal? Qualquer que seja a nossa orientação põem-se novas questões. Partindo do pressuposto que é direito do casal, porque não podem os casais homossexuais aceder às técnicas de P.M.A.? Se é direito individual, é reconhecido tal direito ao homem ou apenas à mulher? E se qualquer um deles for solteiro? Deve exigir-se o casamento ou a união de facto para tal acesso? Cfr. LUÍS ELOY AZEVEDO, “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, op. cit., pp. 98-99. Cremos que este artigo causa algumas dúvidas de interpretação, não apenas pela leitura do mesmo, mas tendo em conta as proibições impostas pela lei que regula a P.M.A.. Todos os cidadãos individualizados devem ter acesso à procriação artificial e estamos em crer que foi essa interpretação que o legislador nos quis transmitir. O erro, a nosso ver, não está na C.R.P., mas na Lei n.º 32/2006, de 26 de junho, que é extremamente restritiva.

Concluimos, pois, que o ser humano não deve ser coisificado nem sequer instrumentalizado. Tal previsão resulta do artigo 26.º, n.º 3, da C.R.P.⁶⁴, que na generalidade do artigo abarca direitos de personalidade – é o caso do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁶⁵. Mas esta reserva confina-se somente à confidencialidade dos atos da pessoa. Muito embora vivamos num Estado de Direito Democrático, em que todos os cidadãos são livres na sua pessoa, o Estado e a lei intervêm nas mais variadas situações de vida de cada cidadão.

Assim, segundo a nossa tradição cultural e a nossa legislação, não se encontra excluída uma intervenção pública (estadual) e prévia, mas tal limita-se tão-só a definir as bases e os requisitos para o acesso às técnicas biomédicas de procriação. Depois desta incumbência do Estado, a sua intervenção cessa e passamos à esfera e autonomia privada dos cidadãos, cabendo-lhes as decisões a tomar e o prosseguimento dos tratamentos, com vista à procriação.

Posto isto, a C.R.P., além de tutelar de forma privilegiada a dignidade da pessoa humana, não descarta do direito à liberdade, à vida privada, à intimidade, direito à autodeterminação, bem como proteção e amparo por parte do Estado⁶⁶.

2.1. Dever de coabitação (mesa, leito e habitação) como pressuposto do direito a procriar na P.M.A.

Como princípio cimeiro, daí a sua consagração logo no artigo 1.º da C.R.P., o princípio da dignidade da pessoa humana não comporta qualquer relativização, sendo absoluto no campo da ciência e considerado norteador do desenvolvimento saudável da família e dos seus constituintes⁶⁷. Este influi na (de)limitação de outros princípios, como o direito a constituir família – artigo 36.º da C.R.P.⁶⁸ -, que, na sua génese, atribui o direito fundamental de procriar (manifestação maxime do direito à liberdade pessoal) e de ver a sua descendência reconhecida juridicamente. No entanto, note-se, referirmo-

⁶⁴ No nosso entender, é exatamente pela consagração deste artigo que se profbe, e questiona, a problemática dos embriões excedentários e o fim que lhes deve ser atribuído.

⁶⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, op. cit., p. 769.

⁶⁶ Também no Brasil, o legislador atribuiu o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, base de todo o sistema constitucional, como forma de se reconhecer que o Estado existe em função da pessoa humana e não o inverso.

⁶⁷ Cfr. CLARISSA BOTEGGA, “Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, op. cit., p. 58.

⁶⁸ A Constituição Federal brasileira, no artigo 226, parágrafo 7.º, consagra a família como sendo a base da sociedade e, como tal, goza de especial proteção por parte do Estado.

nos ao direito a procriar é arrastarmos consigo uma imensidão de problemáticas e questões que não são geradoras de consenso na doutrina.

Autores⁶⁹ entendem que pelo facto de a C.R.P. antepor, no artigo 36.º, n.º 1, o direito a constituir família ao direito a contrair casamento, faz crer que se legitima a tutela constitucional do direito a procriar, independentemente do direito (ou será dever?) de contrair casamento. Mas será verdadeiramente essa interpretação que o nosso legislador quis transmitir?

Pela leitura do preceito, podemos agrupá-lo em três categorias diferentes, todas elas tuteladas constitucional e autonomamente: o direito a constituir família, independentemente do vínculo através do qual esta se estabeleça⁷⁰, o direito a contrair casamento e o direito à filiação.

Chegados aqui, importa analisar qual o alcance verdadeiro do conceito “constituir família”. O legislador em momento algum afirma que o direito a constituir família passa pelo direito a procriar, até porque, como demonstramos, a família pode ser constituída pelo vínculo da adoção, da mesma forma que não se expressa se o recurso às técnicas de P.M.A. é, ainda assim, uma forma de constituir família⁷¹. Este conceito indeterminado⁷², que gera obviamente diversas posições doutrinárias, é extremamente lacunoso e deve ser alvo de uma avaliação restrita, convenhamos.

A verdade é que pela análise do mesmo, cremos que não se pode retirar a conclusão de que o direito a procriar é um direito autonomamente consagrado⁷³. Cremos sim que, no limite, a C.R.P. poderá porventura tutelar o direito de procriar, num sentido amplo, isto é, abarcado pelo direito de constituir família e pelo direito à filiação⁷⁴.

⁶⁹ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, op. cit., p. 355.

⁷⁰ O conceito de “constituir família”, assim como o “direito à filiação”, não tem de passar necessariamente pela procriação, já que existem outras formas de a constituir, como a adoção, por exemplo.

⁷¹ Os autores 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)”, op. cit., p. 117, acreditam que pela leitura do preceito nada se depreende quanto a esta problemática. No entanto, compreendem que aquando a feitura do mesmo não se pensava que a procriação por meio de técnicas de P.M.A. fosse suscitar quaisquer querelas jurídicas e doutrinárias, pelo que, o artigo deve ser analisado de forma abrangente, tarefa necessariamente dinâmica, sob pena de a C.R.P. se tornar obsoleta e desadequada à realidade.

⁷² O conceito de família varia de pessoa para pessoa. Para um casal que se decida pela não procriação, certamente que, na sua vertente, o conceito de “constituir família”, se limita única e somente pela união dos seus dois membros, união essa que pode não ter necessariamente de ser adstrita ao casamento.

⁷³ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, op. cit., p. 768, afirma perentoriamente que o artigo 36.º, n.º 1, da C.R.P., consagra o direito fundamental de procriar.

⁷⁴ A nosso ver, não se pode partir da linha de pensamento de que o “direito à filiação” é o mesmo do que o direito à procriação. Vejamos o caso da inseminação com o sêmen de um terceiro dador ou a adoção. Aqui, não há uma verdadeira procriação, há sim, uma filiação, que se estabelece por via legal, mas não por compatibilidade e identidade genética.

Mas, partindo do pressuposto que o legislador quis tutelar autonomamente, ainda que de forma implícita, o direito a procriar, encontra-se englobada, ainda assim, a procriação artificial? Ou o direito apenas é extensível à dita procriação natural, por ato sexual⁷⁵?

Tecnicamente, procriar mais não é do que o ato de gerar, de conceber, de promover e dar origem à procriação. Em qualquer um dos casos (natural ou assistida), o embrião mesmo que não seja concebido no útero materno, como é o caso da fertilização *in vitro*, acaba por ser para lá transferido, aí se gerando e desenvolvendo. Portanto, cremos que, neste prisma, o problema do alcance do direito a procriar não se deva colocar, pelo menos quando nos referimos à mulher.

Se pensarmos no caso do homem, e vejamos a procriação heteróloga, em que o sêmen provém de um terceiro dador, ainda assim o marido / companheiro da mãe estará a exercer o seu direito a procriar⁷⁶ ou estará apenas a exercer o seu direito à filiação? Somos da opinião que neste caso não podemos falar em direito à procriação, mas apenas à filiação. E isto porque o artigo 1839.º, n.º 3, do C.C., consagra a inimpugnabilidade da paternidade do marido da mãe⁷⁷, tendo a inseminação sido consentida⁷⁸. Sabendo que o marido, ou até o companheiro, consentiu na inseminação, será de reconhecer um caráter alargado do direito à filiação, estabelecido por vínculo legal, mas não mais do que isso. Bem vista a questão, este não interveio no ato da conceção da criança, pois não contribuiu com o seu material genético⁷⁹.

De acordo com o referido, e continuando por terrenos complexos, o direito a procriar, como direito amplamente consagrado no direito a constituir família, e pela sua consagração no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da C.R.P.⁸⁰, é tido como pessoal e próprio de cada indivíduo ou do casal⁸¹? Ora, sendo individual, deve ser reconhecido ao homem, à

⁷⁵ Idem, *Ibidem*.

⁷⁶ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, op. cit., p. 355.

⁷⁷ Cfr. AAVV (coord. GUILHERME DE OLIVEIRA), *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição aumentada, Coimbra Editora, 2001, p. 67. Os autores entendem que a presunção de inimpugnabilidade da paternidade do marido que consentiu na inseminação heteróloga sacrifica o princípio da verdade biológica.

⁷⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, in Boletim da Faculdade de Direito - Studia Iuridica, n.º 21, Coimbra Editora, 1996, pp. 37-38, refere que nos países ditos socialistas da Europa de Leste, em relação à problemática do critério jurídico da paternidade, hoje em dia é consensual que o marido que consente na inseminação heteróloga, não poderá depois impugnar a paternidade.

⁷⁹ Em igualdade de circunstâncias encontram-se os pais adotivos. Não se pode afirmar que estes procriaram o adotado, nem tão pouco que em causa está um verdadeiro direito à procriação, simplesmente fazem uso do seu direito à filiação, estabelecido por sentença judicial.

⁸⁰ Pelo disposto no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da C.R.P., parece-nos que o Estado deve tão somente regulamentar a procriação medicamente assistida em termos que salvaguarde a dignidade da pessoa humana.

⁸¹ LUÍS ELOY AZEVEDO, “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, op. cit., p. 98.

mulher ou a ambos⁸²? Se é do casal, onde se encontra o direito a procriar que deveria, nesta linha de pensamento, ser reconhecido aos homossexuais?

Creemos, pois, que o direito a constituir família e nele se incluindo o direito à procriação, deve ser tido como individual, próprio de cada pessoa e não um direito do casal (porque ele pode nem sequer existir). Assim, sendo direito individual, deve ser adstrito a ambos os sexos. O que quer dizer que tal direito deveria ser extensível quer às mulheres solteiras, quer a homens⁸³, solteiros ou, ainda que, em união homossexual.

O direito da criança a uma família biparental, tal como visto tendencialmente, não é absoluto, sob pena se estarmos a negar a esta criança o seu próprio direito à existência, no caso específico em que há um anseio intenso de procriar por parte dos progenitores. Certamente temos a percepção de que a opinião que defendemos pode ser, porventura, até controversa, porque a questão esbarra com umas outras quantas, como a subsidiariedade da P.M.A. ou até o superior interesse da criança. No entanto, cremos mais veemente que tal conceito é *carecido de preenchimento valorativo*⁸⁴, pelo que ele⁸⁵ adquire a sua valoração, consoante o caso concreto.

Concomitantemente, pelo facto de que o direito a procriar (enquanto elemento abarcado pelo direito a constituir família, mas não estando subjacente a ele) se antepõe ao direito a contrair casamento, estamos convictos que o legislador quis demonstrar que o vínculo matrimonial não deve ser pressuposto para a procriação. Mas note-se, para a procriação natural!

⁸² Mesmo que consideremos que é um direito individual, não haverá um contrassenso ao ser negado o acesso à procriação artificial às mulheres solteiras? Já para não falarmos dos homens que teriam de recorrer a uma espécie de “barriga de aluguer” para poderem ver concretizado o seu direito.

⁸³ Ao ser permitido o direito a procriar individualmente ao homem, obviamente que a solução passa pela permissão da maternidade de substituição, que, nos dias de hoje, também não é permitida no nosso ordenamento jurídico. No entanto, esta questão nem sempre é de fácil resolução e não devemos tomar uma posição estanque sobre ela. Compreendemos pois que a onerosidade dos contratos de gestação envolveria, claro está, a atribuição de um preço a uma criança, contrariando, desta forma, os bons costumes e sendo, por isso, passíveis de serem considerados nulos, pelo artigo 280.º do C.C., ao mesmo tempo que envolveria uma espécie de renúncia a um direito de personalidade, por parte da mãe que dava à luz, aquando a entrega à mãe / pai beneficiário. Mas, compreendemos igualmente que situações perfeitas não existem e, com toda a convicção, nunca vão existir. O Direito deve intervir exatamente para questionar, pensar, gerar posições acerca do mesmo tema e debatê-lo. Se a vida em sociedade não gerasse qualquer tipo de problemas, o Direito não tinha razão de existir.

A este propósito, VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, p. 129, refere que para que a maternidade de substituição fosse admissível, deveria ser estabelecida a proibição de qualquer compensação monetária, além das que extravasem as despesas médicas. De igual forma, a maternidade ou paternidade apenas seria estabelecida, caso pelo menos um dos contraentes (ou o contraente, no caso de ser único) contribuísse com os seus gametas para o processo reprodutivo. Além disso, também as mães de substituição deveriam ser selecionadas, por forma a evitar a exploração de mulheres mais desfavorecidas economicamente – p. 136.

⁸⁴ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Parental “Estudos e Monografias”*, 2.ª edição, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 74.

⁸⁵ *O interesse superior da criança deve ser entendido como o direito deste ao seu desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, definido através de uma perspectiva sistémica e interdisciplinar que não esqueça e não deixe de ponderar o grau de desenvolvimento sócio-psicológico da criança* – Cfr. ALMIRO RODRIGUES, “Interesse do Menor - Contributo para uma definição”, *Revista Infância e Juventude*, n.º 1, 1985, pp. 18-19.

No entanto, é para nós incontornável que o acesso às técnicas de procriação assistida têm como pressuposto o dever de coabitação, isto é, comunhão de mesa, leito e habitação (nos moldes em que existe no casamento). É sabido que desde os primórdios da sociedade, a liberdade de procriar sempre veio atrelada ao direito de contrair casamento ou, pelo menos, tendo-o em vista⁸⁶. E, na atualidade, o que se passa não é muito diferente. Existe a obrigatoriedade de estabelecimento de um qualquer vínculo amoroso, tendencialmente duradouro, para que seja admitida a possibilidade de recurso às técnicas de P.M.A.⁸⁷.

Na verdade, entendemos que não existe uma verdadeira liberdade de procriar, pelo menos na sua plenitude, já que o nosso ordenamento jurídico obriga os cidadãos a terem uma relação amorosa, quer através do vínculo matrimonial, quer pela união de facto, para que possam recorrer a uma qualquer técnica de P.M.A., reforçando, assim, uma vez mais, o carácter biparental na constituição da família. Ou seja, o que deveria ser tido como um direito de escolha de qualquer cidadão, torna-se um dever e um pressuposto para que possam ultrapassar o problema da esterilidade ou infertilidade e conseguir a tão desejada procriação⁸⁸.

Assim, de uma forma simplista podemos constatar que existe um direito a constituir família para quem pretende (e pode) procriar pela via natural, bem como para os casais⁸⁹ heterossexuais, independentemente da procriação a que recorrem (natural ou assistida); por seu turno, existe um dever de comunhão de mesa, leito e habitação, pressupondo o vínculo matrimonial ou a união de facto, para os casais⁹⁰ que, muito embora tenham uma relação amorosa, ainda que não considerada duradoura (como o é no casamento ou união de facto) pretendam de algum modo recorrer às técnicas de procriação assistida. Ou seja, no núcleo das tipologias de casais, só os heterossexuais

⁸⁶ CLARISSA BOTECCA, “Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, op. cit., p. 59.

⁸⁷ No caso do Reino Unido, e através do «Human Fertilisation and Embryology Act 2008», que veio alterar algumas disposições do «Human Fertilisation and Embryology Act 1990», estabeleceu-se que não existem quaisquer restrições impostas aos beneficiários, tanto a nível do estado civil, como até da sua orientação sexual para que o acesso às técnicas de P.M.A. se possa verificar. Aliás, se já no Diploma de 1990 se encontrava regulado que a mulher ou o casal poderiam recorrer a estas técnicas sem qualquer vínculo matrimonial estabelecido, o Diploma de 2008 apenas veio confirmar isso mesmo, explicitando que o acesso às técnicas de P.M.A. não carecia de um pai, mas apenas de “*supportive parenting*”, isto é, “pais de apoio”.

Apesar de tudo, cremos que este diploma distingue os casos em que a criança nasce no seio de uma família constituída por casais de sexo diferente ou até do mesmo sexo, dos casos em que esta nasce numa família em que a mulher é solteira ou o homem é solteiro, sendo que nestes casos as formas de tratamento são diferentes. E, no nosso ponto de vista, tal não deveria acontecer. A família é a família, independentemente do número que a compõe. Logo, o tratamento distinto não se assume como aceitável, à luz do princípio da igualdade e da livre constituição da família.

⁸⁸ Sabemos pois, que existem outros interesses subjacentes para que só se permita o acesso às técnicas de P.M.A. aos casais unidos pelo matrimónio ou que vivam em união de facto, como o superior interesse da criança que virá a nascer. Mas, cremos igualmente que a conceção tradicional de família está cada vez mais em desuso (fruto das novas formas de constituição de família).

⁸⁹ E por casais entenda-se aqui unidos pelo vínculo matrimonial ou em união de facto.

⁹⁰ Por estes casais, entendam-se os que escolheram não casar, não partilhar a vida equiparada conjugalmente.

podem recorrer à P.M.A. e desde que casados ou a viver em união de facto. A liberdade de procriar nestes casos não é, salvo melhor opinião, a mesma.

Em relação aos homossexuais ou mulheres solteiras podemos falar no direito a constituir família amplamente consagrado, mas, se incluirmos neste conceito a liberdade de procriar, estes já nem sequer têm direito algum, porque simplesmente não o podem fazer pela via natural (uma única pessoa não consegue conceber um filho) e a via artificial é-lhes negada⁹¹. Será caso para afirmarmos que, mais uma vez, e apesar do artigo 13.º, n.º 2, da C.R.P., possivelmente a proibição de acesso por estes casais padece de uma inconstitucionalidade, fundada na violação do preceito legal anteriormente referido, que apela à não discriminação em razão da orientação sexual.

Ainda neste ponto de vista, urge pensarmos no caso da esterilidade. É ponto assente que a nossa lei prevê o acesso às técnicas de P.M.A. em caso de infertilidade ou esterilidade, excepcionando-se os casos já amplamente referidos – artigo 4.º, n.º 2, da Lei da P.M.A.⁹². Ora, num casal que padece de esterilidade, a lei permite-lhe e facilita-lhes o acesso à procriação artificial. Mas, caso não se veja lograda a fecundação, existirá ainda assim um verdadeiro direito à procriação por parte deste casal? Não lhes será vedado este direito a procriar *ad initio*?

Orientamo-nos no sentido de que, ainda assim, existe um verdadeiro direito a procriar. O Estado, no exercício das suas atribuições, colocou à disposição do casal os meios necessários para a efetivação do seu direito. Simplesmente, existe aqui um entrave hormonal, próprio do corpo de cada pessoa, seja devido à idade avançada da mulher para procriar, problemas cancerígenos, ou outros. É claro que a procriação para estas pessoas não vai ser possível, mas não há violação de qualquer direito constitucionalmente consagrado, já que estes indivíduos, a nível de proteção constitucional, concorrem com os mesmos direitos e deveres⁹³ reconhecidos aos outros cidadãos, o que já não acontece quanto aos homossexuais, por exemplo.

⁹¹ LUÍS ELOY AZEVEDO, “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, op. cit., p. 100, defende que os homossexuais não devem ter acesso à procriação artificial, justificando a sua opinião na necessidade de um gâmeta feminino e um masculino para procriar. Deve haver um pai (homem) e uma mãe (mulher), ainda que não casados, e vivos (isto porque o autor também nega a hipótese de inseminação *post mortem*).

⁹² ANA CLÁUDIA S. SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução Assistida*, Editora Saraiva, 2010, p. 246.

⁹³ Vejamos um casal em que a mulher não consegue procriar, fruto da sua idade avançada. No caso, não se pode falar de limitação do direito a procriar a esta mulher, nem tão pouco ao homem, já que, sendo um casal, unido pelo vínculo do matrimónio ou apenas vivendo em união de facto, e sendo composto por um homem e uma mulher, nada os impede de recorrerem às técnicas de P.M.A..

Resta-nos concluir que, falar sobre a liberdade de procriar com recurso às técnicas de P.M.A. é entrar por um mundo desconhecido. Existem inúmeros tabus, preconceitos e ideias pré concebidas, já enraizadas na nossa sociedade. É o caso da “normalidade” do ambiente familiar assente no princípio da biparentalidade. A monoparentalidade não constitui, pela análise da lei, forma privilegiada ou sequer equiparada, de constituição de família.

Apesar do referido, autores⁹⁴ entendem que não podemos comparar a P.M.A. à adoção singular já que, no segundo caso existe uma criança que carece de progenitores e, portanto, ter um progenitor é necessariamente melhor do que não ter nenhum. Contrariamente, no primeiro caso, à partida essa criança já nasceria numa família monoparental (no caso das mulheres ou homens solteiros) ou numa família *contra natura*⁹⁵ (no caso dos homossexuais).

Se o fator principal que levou à promulgação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, foi a necessidade de contemplar as novas questões em torno da medicina e bioética em matéria reprodutiva, maxime, garantindo a segurança jurídica, constatamos que esta não foi efetivamente alcançada.

3. A procriação medicamente assistida *post mortem*

3.1. P.M.A. homóloga e heteróloga – Breve distinção

Como já tivemos oportunidade de nos referirmos, a procriação assistida tem-se por homóloga, consoante os gâmetas provenham de duas pessoas casadas ou que vivam em união de facto ou por heteróloga quando esse material genético provém de um terceiro dador (ou até de dois terceiros dadores, quando há a doação de um gâmeta masculino e um gâmeta feminino).

No primeiro caso, há como que uma compatibilidade quer quanto à verdade biológica, quer quanto à verdade jurídica, estabelecendo-se, assim, um verdadeiro

⁹⁴ LUÍS ELOY AZEVEDO, “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, op. cit., p. 102. O autor entende que a adoção singular é tão somente um *remédio jurídico*.

⁹⁵ Com esta expressão, apenas queremos salientar a posição de alguns autores, nomeadamente LUÍS ELOY AZEVEDO, que justifica a sua posição com a necessidade de dois gâmetas, provenientes de sexos diferentes, para a procriação. Naturalmente que esta não é a nossa opinião!

estatuto de filho legítimo⁹⁶ à criança que vier a nascer, em relação aos seus pais. No entanto, esta comporta pontos de discordância, nomeadamente quanto à problemática relacionada com a transferência de embrião ou do uso de gâmetas após a morte do beneficiário da técnica (P.M.A. *post mortem*) ou até do destino dos embriões excedentários.

Já no que respeita à procriação heteróloga, é certo que não há uma compatibilidade entre a verdade biológica e a verdade jurídica, isto é, o(a) terceiro(a) dador(a), de acordo com o critério biológico, seria tido(a) como o pai / mãe biológico(a), mas a verdade é que a filiação se estabelece em relação ao marido / companheiro da mãe da criança que vier a nascer (ou então em relação à mulher que foi beneficiária dos ovócitos). Assim, desta necessariamente decorrem problemas quanto às relações parentais, o anonimato do dador, o conhecimento da ascendência genética por parte da criança que vier a nascer ou até outros a que nos teremos oportunidade de referir⁹⁷.

Face ao exposto, é perentória e indubitável a conclusão a que podemos chegar: os processos de procriação heterólogos são subsidiários face aos processos homólogos, sendo que estes apenas são permitidos quando a procriação por processo homólogo é inviável ou comporta graves riscos, tanto para os beneficiários, como para o nascituro.

Em todo o caso, pela aplicação de uma qualquer das técnicas em um qualquer processo (heterólogo ou homólogo) existem princípios ético-jurídicos a respeitar: a não instrumentalização do ser humano e a dignidade humana. Por muito que tentemos solucionar todas as questões que possam porventura surgir, cremos que não existem respostas fáceis em sede de P.M.A., nem as mesmas são posições estanque, já que, com os constantes progressos tecnológicos, existem mutações que podem inverter as posições aqui defendidas.

⁹⁶ MICHELE SESTA, *Diritto di Famiglia*, Seconda Edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2005, p. 571.

⁹⁷ Várias vozes se têm pronunciado e insurgido contra a procriação heteróloga, justificando-o com a quebra da unidade procriativa do casal. Cfr. Parecer 44/CNECV/04, nomeadamente as declarações de voto de DANIEL SERRÃO, JORGE BISCAIA, J.P. RAMOS ASCENSÃO, MARTA MENDONÇA E MICHAEL RENAUD, sendo que este último não considera que a procriação com gâmetas de dadores cumpra a “dignidade ética do casal”.

3.2. Enquadramento / admissibilidade

A P.M.A. *post mortem* abrange não só a inseminação artificial, mas também a fertilização *in vitro*, com a transferência de embriões. À primeira vista, os termos parecem-nos parecidos, mas em bom rigor não o são. No caso da inseminação artificial *post mortem*, utiliza-se o sémen do companheiro / marido já morto, com o fim último de fertilizar um óvulo⁹⁸. No caso da fertilização *in vitro*, já há a segregação do gâmeta masculino, a formação e a criopreservação do embrião, existindo assim um verdadeiro projeto parental, passível de já ser comprovado.

Quanto a esta matéria, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, não deixa margem para dúvidas, pronunciando-se pela inadmissibilidade da mulher ser inseminada com o sémen do marido / companheiro já falecido, mesmo que este tenha prestado o devido consentimento, aquando o início do processo de inseminação (n.º 1 do artigo 22.º). Assim, e tendo havido já a recolha de sémen, caso o homem venha a falecer, o seu produto seminal deve ser destruído (n.º 2 do mesmo preceito legal).

No entanto, os problemas surgem quando nos debruçamos no n.º 3 do artigo 22.º da referida lei. Assim, e existindo já um projeto parental, a transferência *post mortem* do embrião é lícita, desde que o *de cuius* haja expresso o seu consentimento para aquele projeto parental, por escrito⁹⁹.

Mas vejamos, o consentimento que o companheiro / marido da mãe presta no início do processo de inseminação não terá, em bom rigor, um carácter futuro, sendo-lhe intrínseca a perspetiva de um projeto parental? Se assim não for, afinal de que servirá esse consentimento inicial¹⁰⁰? Para que haja a segregação do sémen ou a punção dos

⁹⁸ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 51.

⁹⁹ A lei tenta estabelecer um prazo de reflexão para que a mulher pondere adequadamente a sua decisão, evitando-se futuros arrependimentos, ou quiçá, a tomada de decisões emocionais. No entanto, apenas se refere a um prazo *ajustado à adequada ponderação da decisão*, não especificando assim, um limite temporal mínimo nem máximo.

¹⁰⁰ A propósito deste consentimento inicial, suponhamos o caso em que o casal consente na sua submissão às técnicas de P.M.A. e, aquando a fecundação do óvulo com o espermatozóide, isto é, existindo já embrião, uma das partes altera a sua vontade. *Quid iuris?* Neste sentido, é conhecido o caso Davis v. Davis, em Tennessee, com data de 1992, em que ambos os cônjuges consentiram na segregação dos seus gâmetas para a fecundação de um embrião. No entanto, antes da implantação, e porque o casal se divorciou, não obtendo consenso quanto ao destino a dar aos embriões congelados e quem teria a custódia dos mesmos, recorreram à via judicial. No Tribunal de 1.ª instância, o juiz pronunciou-se no sentido de que o embrião é já pessoa humana e tendo em conta a prática corrente, estes ficariam com a mulher. Por seu turno, o homem recorreu desta decisão e o Tribunal de Recurso ordenou a destruição dos embriões, já que estes não tinham interesse digno para ser merecedores de tutela. Em última instância, no Tribunal Supremo, a custódia foi atribuída novamente à mulher, ainda que temporariamente, com o propósito de implantação. Cfr. WALDIR EDSON RODRIGUES JÚNIOR, JANICE SILVEIRA BORGES, “Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida”, in AAVV (coord. ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, GUSTAVO PEREIRA LEITE RIBEIRO), *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Mandamentos Editora, 2008, p. 235.

No caso em estudo, não havendo um verdadeiro consentimento para um projeto parental por parte do homem, terá este de estabelecer filiação quanto ao filho que vier a nascer? Ou simplesmente a falta desse consentimento exime-o das suas responsabilidades? Expressando o consentimento a vontade do beneficiário na altura em que o mesmo foi prestado, e

óvulos? Entendemos que, a partir do momento em que os beneficiários se submetem às técnicas de P.M.A., já têm em vista um projeto parental, logo, o consentimento inicial, prestado aquando o início do processo de submissão às técnicas de P.M.A., já o abrange.

A questão da permissão ou da proibição, prende-se com o facto de já existir o embrião¹⁰¹ (fertilização *in vitro*) ou tão-só a segregação do sémen (inseminação artificial) o que nos leva a afirmar que, pelo disposto no artigo 22.º, n.º 3, a lei portuguesa reconhece alguma protecção jurídica à perspectiva de vida do embrião^{102 103}.

Perante isto, podemos afirmar que a lei portuguesa assume uma posição intermédia, isto é, nem é demasiado permissiva, como no Reino Unido, nem demasiado restritiva, como é o caso de Itália, já que admite a transferência *post mortem* nos casos expressos no artigo 22.º, n.º 3 da lei em análise¹⁰⁴.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁰⁵ aplaude a resistência da lei face à P.M.A. *post mortem*, pois, segundo o autor, a sua permissão provocaria imensas perturbações nas relações familiares e sucessórias, bem como o menosprezo pelo interesse do novo ser.

Pese embora o referido, em boa verdade a proibição elencada anteriormente não é, contudo, acompanhada de tutela penal ou contraordenacional, pelo que, uma vez inseminada a mulher do falecido, a paternidade do nascituro estabelece-se para com este. Logo, como podemos constatar, o anseio do autor, com o devido respeito, não tem razão de ser, já que a problemática envolvente às questões filiais e sucessórias, sobretudo as patrimoniais, não deixa de existir¹⁰⁶.

independentemente de este se ter alterado ao longo do decorrer dos tratamentos, sem haver ainda inseminação ou fertilização *in vitro*, em princípio esta alteração não traria qualquer problema. No entanto, havendo já a inseminação ou a fertilização, há já um projeto parental e há, de facto, a possibilidade de nascimento de um novo ser. Ora, maior do que a vontade dos beneficiários, e porque, a nosso ver, em causa já há um ser humano, o interesse do nascituro e a sua expectativa de vida devem ser superiores ao interesse dos progenitores. Isto para afirmar que, muito embora possa existir o dito arrependimento na concretização do projeto parental, traduzido pela alteração da vontade do mesmo, os vínculos paterno-filiais não podem ser eximidos. Cfr. *Idem*, p. 237.

¹⁰¹ Quando falamos de embrião, já há a concepção de um novo ser, digno de tutela.

¹⁰² 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)”, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰³ Além destes casos, outros existem em que já há a segregação do sémen do marido ou companheiro para posterior fertilização *in vitro*, mas no entretanto, este morre como que a um passo da concepção de um novo embrião. *Quid iuris?* Acerca desta problemática ainda nos debruçaremos mais adiante.

¹⁰⁴ Se bem que, como já tivemos oportunidade de nos referir, o consentimento inicial já tem em vista um projeto parental e, muito embora possa ainda não existir o embrião, já há a vontade expressa de ambas as partes na sua concepção.

¹⁰⁵ “A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, *op. cit.*, p. 983.

¹⁰⁶ E mesmo que existisse essa tutela penal ou contraordenacional, o nascituro era merecedor de tutela, enquanto ser humano. A mulher inseminada que praticou o ilícito teria de suportar as consequências do seu ato, não sendo essas extensíveis à criança.

Autores entendem que permitir a P.M.A. *post mortem* seria, à partida, permitir e incentivar a formação de uma “família monoparental voluntária”¹⁰⁷. Assim, e tendo em conta a biparentalidade tendencial, não meramente genética, base do nosso sistema de filiação, que restringe o acesso às técnicas de P.M.A. à mulher solteira, a vinda de um filho já órfão de pai representaria, grosso modo, a secundarização do interesse superior da criança que vier a nascer em relação ao interesse dos progenitores¹⁰⁸ (ou de um deles).

Resulta, por conseguinte, que a formação deliberada de uma família monoparental, privada da figura do progenitor pai seria repudiada, até pelo consagrado no artigo 69.º, n.º 1, da C.R.P., já para não ter em conta que atentaria à conceção tradicional de família.

A maternidade e a paternidade constituem valores sociais, mas cremos que, para a análise devida da questão, mais do que o interesse dos pais, temos de ter em conta o interesse do filho que há-de nascer. Muito embora a lei estabeleça um período de reflexão para a mulher, conquanto não fixe um verdadeiro prazo para que esta possa decidir sobre a transferência (ou não) do embrião após o falecimento do marido / companheiro, tememos que essa decisão inquine, não raras vezes, pelo estado emotivo da pessoa em causa que, com um desejo puro de imortalidade, apenas queira ter alguma “coisa” em comum com o *de cuius*, algum elo de ligação jamais insanável.

No entanto, a “coisa”¹⁰⁹ em comum, não pode ser uma criança! Há que ponderar pelo interesse desta, pela sua desproteção da figura paternal *ad initio* e, da parte da progenitora, há que assumir uma maternidade responsável. Cremos assim, que, embora muitas dúvidas e posições possam surgir, o interesse da criança deverá, em todo o caso, ser prioritário em relação ao interesse da progenitora.

¹⁰⁷ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 52.

¹⁰⁸ LUÍS ELOY AZEVEDO, “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, op. cit., p. 100.

¹⁰⁹ Na verdade, cremos que a questão se prende com o facto de que, corroídos pelo desejo de imortalidade do sentimento que unia o homem e a mulher, esta tenha tendência a permanecer com uma “coisa” (um elo de ligação) em comum para com este. No entanto, a “coisa” comum não pode ser a criança de forma alguma. O nosso Código Civil define “coisa”, no seu artigo 202.º, n.º 1, como *aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas*. E, como sabemos, a criança não o pode ser, não é objeto de comércio, nem susceptível de apropriação individual, mas o oposto: é um sujeito de direitos, com dignidade humana e carecedor de proteção, não só por parte do Estado, mas pela sociedade em geral – artigo 69.º, n.º 1, da C.R.P..

4. Inseminação *post mortem*

4.1. A questão na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Em Portugal, ao longo de todo o processo legislativo que culminou com a Lei da P.M.A., a Proposta de Lei n.º 135/VII, datada de 31/07/1997, que deu origem ao Decreto Parlamentar n.º 415/VII¹¹⁰, datado de 16/07/1999, no seu artigo 18.º, previa que a inseminação *post mortem* não fosse permitida, salvo havendo o consentimento do marido ou companheiro em sentido oposto e desde que esta fosse realizada nos três meses seguintes ao seu falecimento.

No entanto, e pese embora esta Proposta de Lei, a verdade é que o nosso ordenamento jurídico não a adotou. O artigo 22.º da Lei da P.M.A., não permite a inseminação, mesmo havendo o dito consentimento por parte do marido ou companheiro, referindo ainda que, o sémen segregado e conservado até então, deve ser destruído (n.º 2 do artigo 22.º). Contudo, a criança que vier a nascer estabelece a sua filiação para com o *de cuius* (artigo 23.º, n.º 1). Tal não se aplica se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído novo casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto e o marido ou companheiro tenha prestado o seu consentimento para o ato de inseminação (artigo 23.º, n.º 2)¹¹¹.

As correntes doutrinárias mais recentes têm tomado diferentes posições¹¹²: [1] admissibilidade do procedimento de inseminação, contudo sem atribuição de efeitos filiais e sucessórios relativos ao falecido; [2] admissibilidade do procedimento, embora condicionado ao expreso consentimento do falecido e a prazos para a conceção e o nascimento com vida aconteçam e [3] vedação à inseminação *post mortem*¹¹³.

ANA PAULA GUIMARÃES questiona se será legítimo este tipo de inseminação ou se, ao invés, ao proibi-la, não estaremos a cercear a mulher do seu direito à

¹¹⁰ Este foi aprovado pela Assembleia da República, mas ulteriores vetado pelo Presidente da República.

¹¹¹ STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao património genético*, Almedina, 2006, p. 130, entende que as viúvas que venham a ser inseminadas com sémen do falecido, apenas o fazem por razões de natureza económica, atento o fabrico de um herdeiro. No entanto, não partilhamos da opinião da autora, na medida em que a mulher viúva, quer tenha sido casada ou apenas unida de facto com o *de cuius*, encontra-se protegida pela nossa lei, nomeadamente sendo tutelados os seus interesses patrimoniais. É certo que, sendo casada, a sua tutela será maior, mas mesmo que seja apenas a companheira sobrevivente, não ocupando um verdadeiro lugar na vocação sucessória hereditária, é-lhe salvaguardado, por exemplo, o direito real de habitação. Pelo que, independentemente do vínculo matrimonial, em qualquer um dos casos a viúva não se encontra em total desamparo, pela consagração e proteção que lhe é concedida pelo nosso sistema jurídico. Se a união de facto não se caracteriza pela perenidade, a verdade é que tal também não significa necessariamente que se trate de uma união mais instável do que a união conjugal, logo, também deve ser merecedora de proteção social e patrimonial.

¹¹² Idem, *Ibidem*.

¹¹³ Esta é a corrente maioritária e a que esteve na base da referida Proposta de Lei, sendo patente ainda na atualidade. Mesmo tendo o *de cuius* consentido no ato de inseminação, a mulher não poderia beneficiar dele. A este propósito, veja-se AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*, op. cit., p. 99.

maternidade¹¹⁴. A mulher deve decidir se quer ser mãe ou não, utilizando os meios que lhe estão disponíveis. A mesma autora, embora compreenda, acrescenta que não poderemos analisar a questão apenas pela afirmação do direito à maternidade, mas também do ponto de vista dos interesses do filho. Assim, se esta criança é vista como uma terapia pelo vazio que o marido ou companheiro da mulher lhe causou, estamos perante as designadas “crianças terapêuticas”¹¹⁵ e, deste modo, à mulher não assiste qualquer direito a ser inseminada, opinião que largamente partilhamos.

Concomitantemente, cremos que o legislador não foi mesmo preciso quanto à tipificação deste artigo. Senão vejamos: a lei, mesmo proibindo a inseminação *post mortem*, implicitamente exige o consentimento do novo marido ou companheiro da mulher para que esta seja inseminada com o sémen do falecido marido ou companheiro, motivo pelo qual este depois não poderá desencadear o mecanismo previsto no artigo 1839.º, n.º 3, do C.C., isto é, será havido como pai da criança. Mas, de todo o modo, a lei é omissa nos casos em que a mulher toma a liberdade de se submeter à referida técnica, mesmo sabendo que o marido ou companheiro desta não consentiu na inseminação. Surge assim a questão de saber se a filiação desta criança estabelecer-se-á em relação ao seu pai biológico (*de cuius*) ou em relação ao novo marido ou companheiro¹¹⁶.

Ainda assim, há uma outra questão que nos deixa curiosos. Sabendo que a mulher tem de realizar os tratamentos na clínica especializada e, tendo por base que é necessário o consentimento de ambos os beneficiários, não havendo o consentimento do *de cuius* na inseminação *post mortem* ou, no caso de a mulher já ser casada ou viver em união de facto, o consentimento por parte do marido ou companheiro, como será possível ver-se lograda a inseminação? A mesma, em princípio, não terá de ser levada a cabo por especialistas que devem garantir a conformidade de todos os procedimentos? Assim, não conseguimos conceber a ideia de que as proibições consagradas na Lei da P.M.A. possam ser ultrapassadas, sem existir qualquer responsabilização por parte dos médicos e mesmo das clínicas, que deveriam ser os garantes máximos da aplicação da lei.

¹¹⁴ *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, op. cit., p. 39.

¹¹⁵ *Idem*, *Ibidem*.

¹¹⁶ A este propósito, veja-se TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, op. cit., p. 101, que, embora não nestes precisos moldes, ao comentar os dispositivos do Decreto n.º 415/VII reclamou as imprecisões da lei, pronunciando-se por qual seria a solução caso o marido ou companheiro atual da mulher não tenha consentido na inseminação e se isso implicaria a filiação face ao *de cuius* ou se, simplesmente, não havendo consentimento de nenhum deles, se haverá de ser correspondida paternidade ao filho que vier a nascer.

4.2. A criopreservação de gâmetas

A descoberta da possibilidade de congelamento de gâmetas masculinos e femininos, previamente segregados, conservando-se o seu poder fecundante, permite ao casal precaver-se de uma possível infertilidade¹¹⁷, ao mesmo tempo que lhes permite a continuação da espécie, mesmo que o marido ou companheiro da mulher venha a falecer no decurso da submissão às técnicas de P.M.A.¹¹⁸.

A vitrificação, como também é conhecido este procedimento, caracteriza-se pelo congelamento quer dos gâmetas femininos, quer masculinos, a uma temperatura que ronda os 196º negativos¹¹⁹, não havendo um prazo limite para essa conservação. A primeira inseminação com gâmetas congelados, data de 1791, em Inglaterra¹²⁰.

Apesar do congelamento de gâmetas femininos ser residual, nos dias de hoje é cada vez mais frequente a adesão de mulheres a esta prática, uma vez que estas tendem a adiar a maternidade para um plano secundário, privilegiando a estabilidade na carreira e outros projetos pessoais. Ora, quando estas atingem a sua plenitude e refletem sobre a maternidade, já se deparam com uma idade avançada, em que a fertilidade se encontra como que reduzida, daí o congelamento dos gâmetas femininos ser uma opção viável.

No entanto, e por outro lado, não menos verdade é que ainda assim o congelamento de gâmetas masculinos é mais frequente, já que a mulher antes do congelamento é submetida a custosos tratamentos hormonais, submissão a ciclos reprodutivos e a procedimentos invasivos¹²¹ ¹²². Além disso, e no que concerne ao descongelamento dos ovócitos, este não é tão eficaz, uma vez que podem existir lesões no citoplasma interior, perdendo-se assim a integridade da membrana plasmática ou até alterações cromossómicas no ovócito congelado.

¹¹⁷ O congelamento de espermatozoides é indicado para situações em que o homem é sujeito a radioterapia, quimioterapia ou até vasectomia. No caso da mulher, esta também poderá congelar os seus gâmetas quando vai ser sujeita a rigorosos tratamentos oncológicos ou até porque simplesmente quer adiar a maternidade.

¹¹⁸ Como já referido, a inseminação *post mortem* é expressamente proibida no nosso ordenamento jurídico, mas, a verdade é que, uma vez praticada, a filiação encontra-se estabelecida e a mulher que praticou o ilícito não é punida pela lei penal nem contraordenacional. Isto, obviamente leva a que, muito embora se saiba dessa proibição, a mulher sempre possa utilizar o sêmen congelado, com o intuito último de proliferar a espécie.

¹¹⁹ TERESA ALMEIDA SANTOS, “Criopreservação: sim ou não?”, in *As Leis da Interrupção Voluntária da Gravidez e da Procriação Medicamente Assistida - uma apreciação bioética*, Coleção Bioética – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, n.º 13, 2011, p. 43.

¹²⁰ Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.º edição, Almedina, 1997, p. 328.

¹²¹ Veja-se SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 58.

¹²² Em termos mais técnicos, a mulher é sujeita à indução do crescimento folicular, que se caracteriza pela estimulação controlada dos ovários, através da administração de hormonas, para que depois estes folículos possam ser aspirados, para posterior isolamento e criopreservação.

Veremos então que o congelamento de gâmetas e consequentemente a aplicação de técnicas de procriação artificial, além de permitir a diminuição de embriões excedentários e / ou congelados¹²³, dispensa nos dias de hoje, a atualidade de segregação dos diferentes gâmetas, bem como o ato sexual para que o encontro entre o espermatozóide e o óvulo possa acontecer, culminando com a fecundação, tão desejada.

A este propósito, não podemos deixar de nos referir a uma das questões problemáticas da inseminação *post mortem* e ao congelamento de gâmetas masculinos, que, inclusive, já foi merecedor de um parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, doravante CNECV. Em Portugal, em meados de 2011, uma mulher pretendia engravidar do companheiro, já morto. A fertilização do óvulo com os espermatozoides havia sido já agendada, mas o beneficiário morreu num acidente. Mesmo assim, esta mulher pretendia terminar os tratamentos e informou a clínica, em Lisboa, da sua pretensão. No entanto, os pais do falecido comunicaram à dita clínica a sua oposição à continuação dos tratamentos, pois não queriam ter um neto de um filho já morto. Necessariamente, a clínica viu-se forçada a solicitar um parecer ao CNECV, pronunciando-se este pela não autorização da continuidade do processo, pois, além de haver oposição expressa por parte dos ascendentes do *de cuius*, este não havia prestado o seu consentimento por escrito¹²⁴.

Fruto desta discussão, o CNECV enviou ao Parlamento uma proposta de alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, no sentido da clarificação dos moldes que o consentimento deve revestir, pretendendo-se que este seja prestado nos termos do que se encontra tipificado no artigo 14.º da referida lei.

Salvo melhor opinião, entendemos que o consentimento em causa deva ser prestado autonomamente em relação ao consentimento para a utilização das técnicas de P.M.A.. O consentimento existente nas clínicas, aprovado previamente pelo CNECV, é omissivo quanto a estas matérias e não dá a certeza se se destina apenas à fase inicial dos processos de procriação assistida ou se será válido até final dos tratamentos (incluindo os *post mortem*), desde que ainda não revogado. E isto, para uma melhor clarificação de

¹²³ MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, Sobre o Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de Substituição, 2012, p. 23, in <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>, consultado a 22.07.2015.

¹²⁴ Apesar da posição do CNECV, que nos assemelha à primeira vista sensata, a questão do consentimento poderia gerar aqui alguma controvérsia. Sabemos pois que a fertilização já teria data marcada, mas, de qualquer forma, pela aplicação do artigo 22.º, n.º 1, parece-nos que, mesmo havendo o consentimento expresso do companheiro da mulher, o prosseguimento dos tratamentos deveria ser obstado. Na verdade ainda não existia um embrião, digno de tutela, mas apenas gâmetas.

vontades, ou seja, para que os beneficiários possam manifestar a sua vontade acerca da disposição dos seus gâmetas, enquanto vivos e depois, separadamente, caso venham a falecer no decorrer dos tratamentos, e desde que já tenha havido segregação do seu sémen. O consentimento expresso da utilização de gâmetas *post mortem* deve ser extremamente completo, até exaustivo, e onde estejam conotadas todas as implicações sociais, jurídicas e sucessórias, para que os beneficiários possam, em consciência, refletir e decidir¹²⁵.

5. Fertilização *in vitro*

5.1. A questão na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Remonta de 1978 o primeiro nascimento resultante do processo de fertilização *in vitro*, às mãos do médico Patrick Steptoe e o biólogo Robert Edwards¹²⁶. Este processo caracteriza-se por ser extracorporal e consiste na obtenção de gâmetas masculino e feminino, seguido da fertilização dos ovócitos em meio laboratorial, no chamado tubo de Petri, e posterior transferência para o útero da mulher¹²⁷.

Na fertilização *in vitro*, atento o disposto no artigo 24.º da lei em estudo, apenas deve haver lugar à criação dos embriões que se mostrem indispensáveis e necessários para o êxito do processo, evitando-se assim a problemática dos embriões excedentários.

Por seu turno, e contrapondo a permissão do artigo 24.º, o artigo 9.º, n.º 1, estabelece a proibição da criação de embriões com o fim último de serem utilizados para fins de investigação científica. No entanto, e os mesmos existindo, podem ser utilizados

¹²⁵ Ainda a propósito desta questão, no ano de 1998, chegou ao Tribunal de Palermo (Itália), o caso de uma mulher, à altura viúva, que solicitou ao centro médico que transferisse para o seu útero o embrião já formado com o seu material genético e com o do *de cuius*, já que os tratamentos se tinham iniciado quando este ainda era vivo. O centro médico recusou-se, alegando que o código deontológico médico proibia a inseminação *post mortem*, mas o juiz responsável pelo caso autorizou a transferência do embrião para o útero da mulher, não só porque aquando o início dos tratamentos o marido ainda era vivo, mas, de igual forma, era necessário tutelar o direito ao nascimento deste embrião. Cfr. MICHELE SESTA, *Diritto di Famiglia*, op. cit., p. 577.

Já em França, no ano de 1984, com o conhecido caso de «Alain Parpalaix», a viúva solicitou ao banco de esperma a entrega do tubo que continha o semén congelado do marido, mas esta foi-lhe recusada. A viúva Corinne teve de intentar a competente ação judicial, sendo esta julgada procedente, condenando o centro de conservação a devolver-lhe o sémen do *de cuius*. O juiz responsável pelo processo entendeu que a procriação artificial era considerada uma nova forma de filiação, argumentando que o tubo em causa transportava vida, cabendo em último caso à viúva a liberdade de a gerar. Veja-se, ANA PAULA GUIMARÃES, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, op. cit., p. 35; SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 64; EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos”, in *Revista dos Tribunais*, 1995, pp. 236-237; VERA LÚCIA RAPOSO, EDUARDO DANTAS, “Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, in *Separata de Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2010, p. 85.

¹²⁶ ANA PAULA GUIMARÃES, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, op. cit., p. 99.

¹²⁷ Em termos mais técnicos, os folículos ováricos da mulher são sugados por via endovaginal, trabalhados em meio laboratorial e selecionados de modo a rejeitar-se os anómalos ou imaturos, para que posteriormente se possa proceder à fertilização. Uma vez fecundados pelo espermatozóide, já temos os chamados embriões que são cultivados num recipiente até atingirem a fase do blastocisto, momento em que são transferidos para a cavidade uterina da mulher. Cfr. 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)”, op. cit., pp. 118-119.

com o objetivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, bem como para se aperfeiçoar as técnicas de P.M.A., constituição de bancos de células estaminais ou quaisquer outras finalidades, desde que terapêuticas – n.º 2 do artigo 9.º.

Pese embora o referido, não podem ser utilizados todos e quaisquer embriões a serem afetos à investigação científica, se não os que a lei estabelece nas alíneas a), b) e c) do n.º 4 do artigo 9.º. De todo o modo, e para que estes possam ser utilizados para fins de investigação, é necessário o prévio consentimento dos beneficiários a que estes se destinavam – artigo 9.º, n.º 5.

Isto posto, a formação de embriões excedentários é, como veremos, quase inevitável no processo de fertilização *in vitro*¹²⁸.

À semelhança do que acontece na inseminação artificial, também na fertilização *in vitro* é permitido o recurso a gâmetas de um terceiro dador, aplicando-se analogicamente o disposto para aquela¹²⁹. Isto é, em qualquer dos processos, e sempre que se recorre ao sémen de um dador, este deve ser criopreservado (o sémen fresco apenas deve ser utilizado quando estamos perante um processo homólogo, se bem que estudos apontem para que quando o sémen, mesmo nestes casos, é criopreservado, haverá maior sucesso) – artigo 19.º, n.º 2. Assim, quando os gâmetas provêm dos dois membros do casal beneficiário, estamos perante fertilização *in vitro* homóloga, ao passo que se qualquer um destes provier de um(a) terceiro(a) dador(a), a fertilização é vista como heteróloga. De acrescentar que a lei estabelece que a doação de gâmetas tem carácter fortuito, não podendo os dadores ser ressarcidos – artigos 17.º e 18.º da Lei da P.M.A.¹³⁰.

Assim, uma vez mais, podemos afirmar que os processos heterólogos são subsidiários em relação aos homólogos, na medida em que os primeiros apenas são admitidos no caso de não se obter gravidez, como facilmente se depreenderá pela leitura do preceito do artigo 19.º, n.º 1.

¹²⁸ Idem, *Ibidem*.

¹²⁹ Artigos 19.º a 21.º da Lei da P.M.A. *ex vi* artigo 27.º.

¹³⁰ Mesmo que a lei não tipificasse o carácter fortuito da doação de gâmetas, pelo termo em si – doação – a lei civil caracteriza-a pelo ato de disposição gratuito de uma coisa ou de um direito ou assunção de uma obrigação – artigo 940.º do C.C.. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, *op. cit.*, p. 989, critica o termo “doação”, referindo que o elemento genético não é uma coisa, logo não pode ser objeto de doação, alertando ainda que, se os pais têm a competência de representar os seus filhos, ainda que nascituros, será que a efetivação da doação corresponde, ainda assim, ao interesse do representado?

5.2. Criopreservações de embriões e destino a dar-lhes

A prática médica afirma que devem ser implantados no útero cerca de três ou quatro embriões¹³¹, muito embora a nossa lei não estabeleça um limite, apelando apenas à razoabilidade e necessidade. Sendo que, em média, se conseguem sete ou mais ovócitos por ciclo reprodutivo, não é recomendável que todos estes sejam transferidos. Cabe, pois, aos beneficiários decidirem qual o destino a dar a estes ovócitos não fecundados: congelamento ou a dádiva¹³². Da mesma forma, e quando já há embrião (que resulta da fecundação dos ovócitos com o espermatozóide), também é necessário decidir que destino lhes dar: criopreservação, doação a outro casal, destruição ou uso para investigação científica¹³³.

De qualquer modo, e tendo por base que é aos beneficiários que cabe esta decisão, sempre será benéfico, a nosso ver, congelar os gâmetas extraídos, evitando-se assim embriões excedentários ou, ao invés, havendo já embriões, criopreservá-los, atentas as dificuldades e a exaustão a que a mulher se submete para a estimulação ovariana e para a extração dos ovócitos, assim como o homem para a recolha de sémen. Aliás, a própria lei, no seu artigo 25.º, n.º 1, consagra essa criopreservação, acrescentando que os beneficiários se comprometem a utilizá-los caso se submetam a um novo processo de transferência de embriões até ao limite de três anos.

Creemos, além do mais, que a lei consagra uma verdadeira obrigatoriedade na parte em que regula *comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos*¹³⁴, mas, certamente, não o deveria, tendo em conta que é aos beneficiários que compete essa decisão. O casal pode simplesmente querer doá-los ou, uma vez não lograda a gravidez, não pretender mais a submissão a estes procedimentos, sempre desgastantes e custosos. Somos da opinião

¹³¹ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 73.

¹³² A bem dizer, nada impede que todos os ovócitos sejam fecundados e essa pode ser a opção dos beneficiários. Basicamente os ovócitos são da mulher e, como tal, é o casal que deve decidir qual o destino a dar-lhes. No entanto, e se mesmo com a transferência de dois ou três embriões há a possibilidade de gravidez múltipla, é natural que se a implantação for em número superior, facilmente se compreenderá que a probabilidade é mais elevada, atento o critério da proporcionalidade. No ordenamento jurídico espanhol, permite-se a transferência de um máximo de três embriões em cada mulher e em cada ciclo reprodutivo – Artigo 3.º, n.º 2, da Ley n.º 14/2006, de 26 de mayo. Por seu turno, a lei brasileira permite um máximo de quatro embriões, sendo recomendável que caso a mulher tenha até 35 anos de idade, lhe sejam transferidos até dois embriões; se a idade desta se compreender entre os 36 e 39 anos, até três embriões; mulheres entre os 40 e os 50 anos, até quatro embriões – Item I, n.º 6, da Resolução CFM n.º 2.013/2013. Na eventualidade de gravidez múltipla, a lei brasileira proíbe a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária – n.º 7 do Item I, da referida Resolução.

¹³³ O mesmo se passa em França. Os beneficiários das técnicas decidem, por declaração conjunta e de forma escrita, qual o destino a dar aos gâmetas criopreservados ou embriões. Cfr. PÉNÉLOPE AGALLOPOULOU, “Les procréations médicalement assistées selon le droit hellénique”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008, p. 33.

¹³⁴ Salvo melhor opinião, parece-nos que o preceito deveria ter a seguinte consagração: “comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los (os embriões), caso se submetam a um novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos”.

que a lei não deveria pretender vincular as partes a este preceito mas, mais do que isso, apenas aconselhar¹³⁵.

Os embriões, na verdade, só existem porque provieram dos gâmetas dos seus beneficiários e, nesta ordem de pensamento, seria *contra natura* estes não poderem dispor deles livremente, obviamente respeitada a ordem pública e a identidade pessoal destes¹³⁶.

Com a extração dos folículos ovarianos, tratamento dos mesmos e fecundação para posterior implantação, é ideia generalizada e prática corrente que devem ser aproveitados o máximo de embriões possíveis, não só porque os beneficiários das técnicas podem vir a necessitar deles novamente, mas também, e uma vez recolhido o sémen ou extraídos os óvulos e fecundados, podem até ser doados para um outro casal que de facto deles precise.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, debruça-se¹³⁷ sobre a problemática dos embriões excedentários no seu artigo 25.º, afirmando que os embriões devem ser criopreservados e utilizados pelos seus beneficiários no prazo de três anos, findo os quais, os mesmos podem ser doados a outro casal que deles necessite. Outra questão de difícil interpretação que se coloca em torno da fertilização *in vitro* e do destino¹³⁸ a dar aos embriões excedentários, tem que ver com a sua destruição ou o seu uso para fins de investigação clínica¹³⁹. Em qualquer dos casos, existem diversos autores que não consideram esta opção como sendo viável, justificando-o com o estatuto do embrião, que veremos mais adiante¹⁴⁰.

¹³⁵ No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, op. cit., p. 988.

¹³⁶ Com isto, claramente não pretendemos transmitir a ideia de que os beneficiários dos gâmetas possam andar pela rua a distribuí-los, logicamente (se se percebe o exagero), mas tão-só que, no que respeita a estes processos, não nos parece correto que se exija a obrigatoriedade destes criopreservarem os embriões, quando a sua vontade possa ser simplesmente doá-los a qualquer outro casal. É prática corrente que muitos casais, uma vez frustrada a gravidez, e atentas as dificuldades e expectativas que nela colocaram, não pretendem a submissão a novos processos, poupando-se a nova ansiedade, estado de inquietação e incerteza.

¹³⁷ Embora não de forma tão exaustiva e pormenorizada que seria desejável, pois, como veremos, a Lei não consegue dar resposta a toda a problemática do destino dos embriões excedentários.

¹³⁸ A Lei brasileira n.º 11.105, de 24 de março de 2005, conhecida como a Lei da Biossegurança, permite a utilização de células tronco-embriónicas obtidas de embriões humanos através da fertilização *in vitro*, desde que não utilizados, para fins terapêuticos ou de investigação, e que se mostrem inviáveis ou congelados há mais de três anos, sendo necessário o consentimento devido dos seus beneficiários. Veja-se WALSIR EDSON RODRIGUES JÚNIOR, JANICE SILVEIRA BORGES, “Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida”, op. cit., p. 239.

¹³⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, op. cit., p. 784, considera que no caso de destruição dos embriões ou caso estes venham a ser utilizados para investigação, o destino sempre tenderá para conduzir à “exterminação” dos embriões excedentários.

¹⁴⁰ A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, estabelece a proibição de criação de embriões com o objetivo central da sua utilização para fins de investigação (artigo 9.º, n.º 1). A par dito, também o artigo 18.º, n.º 2, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina estabelece esta proibição.

Mas, imaginemos que de facto os embriões ficam criopreservados nesse espaço de tempo e, findos os três anos que a lei estabelece, os seus beneficiários não pretendem doá-los. Ainda assim, será legítimo a estes beneficiários pretender a criopreservação *ad eternum*? Ou, em contrapartida, sendo eles os beneficiários¹⁴¹ terão a obrigatoriedade de os doar¹⁴² findo esse período, mesmo contra a sua vontade?

A questão assemelha-se como controversa, até porque se de um lado da balança temos o direito daqueles beneficiários a um “produto” que é seu, não menos verdade é que do outro lado temos já um embrião (ou será um pré embrião?) que se encontra criopreservado. Será este último merecedor de um verdadeiro estatuto¹⁴³?

É para nós incontestável que a fertilização *in vitro* abriu caminhos e trouxe novas oportunidades, mas também é real que os riscos se multiplicaram de forma tal que para se conceberem certas vidas, umas tantas outras são destruídas. Neste processo, são inúmeros os embriões que se perdem, quer antes da implantação, quer pós implantação¹⁴⁴.

Como já referido, em parte, supra, no processo de fertilização *in vitro*, a formação de embriões excedentários é quase inevitável. Este é o necessário efeito colateral negativo da fertilização: a criação de embriões para além dos que se mostram necessários.

5.2.1. Estatuto reconhecido ao embrião – ou será pré embrião?

Tendo em conta a questão formulada anteriormente, a solução encontra-se ainda por definir, já que a mesma depende do estatuto que for concedido ou reconhecido ao embrião. Na verdade, entendendo-se que o embrião mais não é do que um aglomerado de células¹⁴⁵, não nos choca a possibilidade de ele poder ser usado para fins de investigação científica. Mas, se se considerar que este é já um ente vivo da espécie humana, que uma vez desenvolvido irá ser uma pessoa, então cremos que lhe deve ser

¹⁴¹ E esta problemática complica-se quando, muito embora seja o casal o beneficiário, os gâmetas tenham provindo de um(a) qualquer terceiro(a).

¹⁴² A doação para outro casal trata-se de uma espécie de adoção de embriões. O casal, porque também é infértil e pode nem sequer conseguir dar origem a um embrião que lhe seja biologicamente ligado, socorre-se de um embrião de outro casal – processo heterólogo.

¹⁴³ Sobre a problemática do estatuto que deve ser reconhecido ao embrião, referir-nos-emos seguidamente.

¹⁴⁴ ANA PAULA GUIMARÃES, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, op. cit., p. 107.

¹⁴⁵ Como considera GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, op. cit., p. 785.

reconhecido um verdadeiro estatuto e que o único fim legítimo é o da realização de um projeto parental, pelo menos no plano imediato.

Embora a lei não equipare embrião a pessoa humana, nem tutele a vida embrionária ou extra uterina, não deixa de lhe atribuir proteção jurídica, procurando potenciar a sua expectativa de vida¹⁴⁶ – seja por via da doação a outros casais (artigo 25.º, n.º 2), pela implantação *post mortem* (artigo 22.º, n.º 3 *ex vi* artigo 26.º) ou até por estabelecer que devem ser criados embriões tendo em conta o princípio da proporcionalidade, i.e., os considerados necessários para o êxito do processo (artigo 24.º, n.º 1).

Há quem entenda que o embrião é já um ser humano, digno de direitos e, portanto, a sua destruição¹⁴⁷ ou uso para fins de investigação¹⁴⁸ não é admissível. Esta solução arrasta consigo problemas não só jurídicos, mas também éticos e morais. No entanto, há quem defenda também que não se trata ainda de um embrião, mas apenas de um pré embrião e, muito embora seja merecedor de proteção pela lei, não se pode falar ainda de um verdadeiro estatuto jurídico a ser-lhe atribuído.

Na verdade, para nós, os embriões servem não só para gerar vida, mas também como realização pessoal dos seus beneficiários, vistos como pais, com os deveres e responsabilidades parentais que lhe são inerentes. Logo o único destino a dar-lhes é a implantação e, caso sejam em número superior ao que se mostra razoável, os mesmos devem ser doados para a concretização do projeto parental de um outro casal. A sua destruição ou o uso para investigação clínica levar-nos-ia a pensar que o embrião é tido como uma coisa, desprovido do mínimo de carácter humano que lhe é intrínseco. Trata-se de instrumentalizar o embrião, tão-só!

Não se trata de apelarmos a esta possível vida de uma forma desmesurada. Trata-se sim, de dar oportunidade a um outro casal de estabelecer o seu próprio projeto parental. Logicamente que o recurso a gâmetas de terceiro é admissível, mas havendo

¹⁴⁶ 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)”, *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁷ Analise-se AAVV (coord. GUILHERME DE OLIVEIRA), *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, p. 9. Para os autores, a destruição dos embriões pode ser considerada como uma violação do artigo 24.º da C.R.P. – direito à vida -, se se considerar que já existe embrião a partir da fecundação e que esta norma é absoluta, sem admitir qualquer exceção.

¹⁴⁸ *Idem*, *Ibidem*. Os autores, muito embora questionem a violação do direito à vida, consideram o uso dos embriões para fins de investigação uma opção vantajosa relativamente à destruição. Assim, para estes, será melhor opção a investigação clínica, já que daí podemos retirar uma utilidade que pode vir a beneficiar a espécie humana. Na investigação clínica será possível o estudo do processo embrionário, recolha de células estaminais, investigação de doenças que afetam o ser humano, análise da anatomia humana, sempre preferível em relação à destruição.

embriões excedentários, porque não dar-lhes a oportunidade de se desenvolverem e terem um nascimento completo e com vida?

Mais do que o direito dos beneficiários em relação aos embriões e do destino a dar-lhes, cremos que deve haver a primazia do direito à vida e desenvolvimento saudável¹⁴⁹. Se cerca de 15 a 20 % da população padece da infertilidade ou esterilidade, doar-lhes o embrião será simplesmente dar-lhes um filho (caso este nasça completo e com vida)^{150 151}!

Chegados aqui, impõe-se a questão: mas afinal, existe ainda um pré embrião ou já o podemos considerar como embrião humano? CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL afirma não compreender as posições fundamentalistas que fazem coincidir o início da vida com a concepção, ou mesmo com o estado de pré embrião¹⁵². Desde logo se denota que para o autor ainda não há um verdadeiro embrião, mas apenas um pré embrião.

Apesar de não ser consensual no mundo científico o termo “pré embrião”, para os autores que o consideram, o que o afasta do termo “embrião” tem que ver apenas com a potencialidade que é reconhecida a cada um deles¹⁵³. Esta controvérsia que surge associada às primeiras semanas de vida, à sua natureza e ao seu estatuto ético-jurídico é sustentada por duas posições diversas: uma atribui o estatuto de pessoa a toda a vida humana desde o momento em que ocorre a fecundação¹⁵⁴; outra estabelece como marco o aparecimento de uma linha primitiva que ocorre, em média, por volta do 14.º dia.

Para os defensores desta última corrente, embora estejamos perante formas de vida humana, não se trata propriamente de um ser humano¹⁵⁵. Concomitantemente,

¹⁴⁹ Certamente que a destruição sem mais é completamente desconsiderada por nós. Apesar de o ser também a investigação clínica, não nos choca (por completo) a possibilidade do seu uso para fins terapêuticos, muito embora, não concordemos. Mesmo aqui, e apesar do fim que lhe é dado, cremos que o embrião está a ser uma mera cobaia, instrumentalizado, tratado como coisa.

¹⁵⁰ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (PMA)”, op. cit., pp. 359-360, considera que os embriões congelados não vivem, mas apenas vegetam, pelo que as soluções de impasse inconsequentes devem ser ultrapassadas, opinião que partilhámos.

¹⁵¹ Logicamente também na doação de embriões excedentários existe um problema, tal como na inseminação heteróloga, que tem que ver com o direito que o nascituro tem a conhecer a sua identidade genética. Apesar de não nos termos referido com pormenor à inseminação heteróloga, que extravasa o tema a que nos propusemos, é tão verdade que a nossa lei consagra o anonimato do dador (artigo 15.º, n.º 1 e 2, e artigo 16.º, n.º 1), quanto o é que a pessoa nascida tem direito à sua identidade genética e ao conhecimento e reconhecimento dela (artigo 26.º da C.R.P.). Pese embora os direitos fundamentais não serem direitos absolutos, já que a própria C.R.P. reconhece os seus limites, a confidencialidade do ato de P.M.A. e a ocultação do seu progenitor já remonta ao regime e concepções tradicionais, que garantiam que para se obter a paz familiar e o interesse do nascituro, o anonimato deve ser garantido. Cfr. AAVV (coord. GUILHERME DE OLIVEIRA), *Temas de Direito da Medicina*, op. cit., p. 17.

¹⁵² CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (PMA)”, op. cit., pp. 359-360.

¹⁵³ A este propósito, veja-se SANDRINA MARIA ARAÚJO LOPES ALVES, CLARA COSTA OLIVEIRA, “Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas”, op. cit., p. 69.

¹⁵⁴ Esta é a posição sustentada pela autora VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade – o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Almedina, 2014, p. 414.

¹⁵⁵ SANDRINA MARIA ARAÚJO LOPES ALVES, CLARA COSTA OLIVEIRA, “Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas”, op. cit., p. 71.

apenas podemos atribuir um verdadeiro estatuto de embrião quando já se denota uma individualidade própria, capaz de se desenvolver como um ser humano independente, digno de respeito e dignidade enquanto pessoa.

Para nós, partindo da opinião da autora VERA LÚCIA RAPOSO¹⁵⁶, falar em pré embrião só demonstra desconsideração por este e até desproteção da vida humana. Cremos que a partir do momento da concepção, o novo ser é digno de tutela enquanto tal, com a dignidade que lhe é inerente. Apesar de compreendermos que o embrião já implantado no útero da mulher (embrião uterino) tem maiores probabilidades de se tornar pessoa humana do que os embriões excedentários, não podemos retirar a estes últimos a dignidade que lhes deve ser dada, pois não podemos partir do pressuposto que se trata de um mero aglomerado de células e que qualquer fim a ser-lhes atribuído deva ser permitido.

Da mesma forma, MANUEL CARNEIRO DA FRADA¹⁵⁷ orienta-se pela existência de capacidade antes do nascimento, ainda que reduzida ao direito à vida e à integridade física. Já MÁRIO BIGOTTE CHORÃO¹⁵⁸, baseando-se na doutrina de que o sujeito moral deve ter em conta os sujeitos com quem se relaciona, dando-lhe o tratamento que lhe é devido, adverte para a presença do ser embrionário e da necessidade de o respeitar como pessoa humana. Esse tratamento deve ser entendido não só na vertente de não lhe causar qualquer tipo de dano, mas igualmente prestar-lhe os cuidados e atenção de que é merecedor.

Terminamos, desta forma, com a certeza que é de extrema dificuldade concluirmos pela atribuição de determinada natureza jurídica ao embrião criopreservado e conferir-lhe um verdadeiro estatuto, pois claramente, as diferentes concepções sempre se esbarram em ideologias e crenças éticas e morais. De qualquer forma, ao embrião sempre se deve uma proteção especial, para nós inegável, enquanto ser humano com potencialidades para se tornar pessoa humana¹⁵⁹, sendo, portanto, merecedor de um verdadeiro estatuto.

¹⁵⁶ *O Direito à Imortalidade – o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, op. cit., p. 416.

¹⁵⁷ “A proteção juscivil da vida pré-natal – Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, I/IV, 2010, p. 318.

¹⁵⁸ *Pessoa Humana, Direito e Política*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 541.

¹⁵⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade – o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, op. cit., p. 431.

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 andado¹⁶⁰.

Apesar da pouca tutela e dignidade que o embrião adquire no nosso sistema jurídico, não podemos afirmar que a sua utilização para fins de investigação se possa considerar como inconstitucional. Acreditamos sim, que este novo ser não deve ser visto como “embrião coisa”, sob pena de a sua destruição em nada implicar com vida humana.

Mostra-se incontornável, neste ponto de vista, que tendo o embrião todos os elementos caracterizadores de um novo ser, nada mais lhe sendo acrescentado a partir do corpo da mulher¹⁶¹, este é já um ser humano, que, aquando o seu nascimento completo e com vida se torna verdadeira pessoa humana¹⁶². Por isso, é um ser digno de garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana, prevista no artigo 24.º da C.R.P., que se inicia no momento da origem de uma nova vida¹⁶³, isto é, da conceção.

¹⁶⁰ Configura-se, portanto, um desvio lícito ao princípio da biparentalidade.

¹⁶¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O início da vida”, in AAVV (coord. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Almedina, 2008, p. 26.

¹⁶² Idem, p. 493.

¹⁶³ No mesmo sentido, PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, 1999, p. 40.

CAPÍTULO II – INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* E FILIAÇÃO

1. Reflexos no Direito da Família

O problema da família aparece como centro da questão social no século XX, sendo causa e concomitantemente consequência dela. Ao longo deste último século são enormes os benefícios das constantes evoluções e alterações sociais da família¹⁶⁴.

Tradicionalmente, a definição de família baseava-se em laços biológicos ou institucionais. Nesta aceção tradicional, a família apresentava-se como uma realidade assente no matrimónio, indissolúvel e heterossexual, cujo destino era a reprodução do casal^{165 166}.

Com o evoluir dos tempos, e em muito para isso contribuiu a industrialização, em que a mulher deixa de ser um ente visto tão-só como máquina reprodutora, dedicada unicamente aos filhos e ao lar, para passar a ser ela própria sujeito independente, com trabalho próprio e direitos reconhecidos, passamos da prática enraizada de famílias numerosas (tempos pré industriais) para uma família reduzida (tempos industriais), isto é, de família larga para família nuclear¹⁶⁷.

Hoje em dia, muito embora a família não seja pessoa jurídica em sentido próprio, já que é desprovida de personalidade jurídica¹⁶⁸, é merecedora de uma certa autonomia constitucional face aos sujeitos que a compõem, sabendo que a lei lhe atribui interesses próprios, passíveis de serem tidos como distintos e individualizados, relativamente às pessoas que dela fazem parte.

Assim, a família pode ser constituída por uma relação de parentesco, que tem por base uma relação de consanguinidade^{169 170}, ou por uma relação de afinidade¹⁷¹, que

¹⁶⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.º edição, Almedina, 1997, p. 51.

¹⁶⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade – o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, op. cit., p. 299.

¹⁶⁶ MARIA BERENICE DIAS, MARIANA CHAVES, “As Famílias Homoafetivas no Brasil e em Portugal”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008, p. 39.

¹⁶⁷ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 53.

¹⁶⁸ A família em si mesma não tem aptidão para usufruir de direitos nem para contrair obrigações.

¹⁶⁹ Nos dias de hoje, esta afirmação carece de uma certa veracidade. Isto porque, casos existem, e pensemos na inseminação heteróloga, em que não há compatibilidade entre a verdade biológica e a verdade jurídica. Ora, sendo que no que concerne à filiação, o critério jurídico sempre pretendeu reproduzir o critério biológico, nos dias de hoje, tal já não é assim tão linear, fruto das técnicas de P.M.A. que, como já tivemos oportunidade de nos referir, pode existir um total desacordo entre o critério biológico e o critério jurídico, sempre que, pelo menos um dos beneficiários dessas técnicas não tenha sido aquele que segregou o seu sêmen ou o ovócito (processo heterólogo). Ainda assim, será correto afirmarmos esta relação familiar constituída por via do parentesco?

¹⁷⁰ O parentesco, definido no artigo 1578.º do C.C., determina-se por linhas e por graus, sendo a sua fonte a procriação. Esta relação extingue-se pela morte de um dos sujeitos ou na sequência de uma ação judicial, como é o caso da impugnação da paternidade ou

tem que ver com a relação que liga um dos cônjuges à família do outro. O casamento, a afinidade, o parentesco e a adoção, ao abrigo do artigo 1576.º do C.C., são, portanto, relações jurídicas familiares¹⁷².

1.1. Em torno da biparentalidade

O Direito da Família constitui uma das áreas do Direito que mais sofreu mutações ao longo da evolução das relações económicas, políticas e sociais ocorridas¹⁷³.

Assim, a questão central da biparentalidade reporta-se a saber se a criança precisa, necessariamente, de dois criadores de sexo diferente, se esta tem direito a um pai e uma mãe.

Suscitamos, de antemão, que na base da biparentalidade consta um réstio de estereotipação de géneros. O homem ainda é visto como o homem que era há séculos atrás, não tão capacitado para assumir verdadeiros papéis em relação à orientação e educação dos seus filhos, mas apenas para lhes trazer o devido sustento, e a mulher é tida como a mais cuidadora das crianças, fruto do chamado “instinto maternal”, pois já nasce mais capacitada para tal.

Ao consagrar a biparentalidade como pilar base da construção de relações familiares, o legislador esqueceu-se que os papéis sociais, associados aos de género, estão (ainda bem!) em constante mutação, pelo que fará sentido uma caracterização do papel da mulher (mãe) e do papel do homem (pai)¹⁷⁴?

A composição da família, muito mais do que estereotipada, é independente da conceção matrimonializada, patriarcal e hierarquizada, como em tempos já a fora. Mas,

maternidade. Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. 1, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, p. 46.

¹⁷¹ A constituição desta relação jurídica familiar pressupõe a celebração do vínculo de casamento, daí que não se possa afirmar que na união de facto o vínculo de afinidade exista – Veja-se, *Idem*, *Ibidem*. A este propósito, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “Recentes alterações em Direito da Família, Direito dos Menores e Direito das Sucessões”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Tomo I, Coimbra, 2013, p. 126, refere que com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, é consagrado que a afinidade cessa pelo divórcio e não cessa por morte, ao que este discorda, atento o carácter voluntário e proveitoso (em termos de proteção de, pelo menos, metade do património dos cônjuges) do divórcio atualmente.

¹⁷² SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, MARTA FALCÃO, MIGUEL DINIS PESTANA SERRA, *Direito da Família - da teoria à prática*, Almedina, 2015, p. 17.

¹⁷³ A título de curiosidade, e por forma a evidenciar os constantes avanços em matérias relacionadas em Direito da Família, hoje temos exatamente quatro regulamentos comunitários que pretendem a unificação das regras de conflitos: O Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18.12.2008, respeitante às obrigações alimentares, o Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20.12.2010, que tem que ver com os divórcios e separação judicial, o Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.07.2012, relativo às sucessões por morte e ainda o Regulamento (CE) 2201/2013 do Conselho, de 27.11.2013, respeitante aos conflitos de jurisdição em matéria matrimonial e de responsabilidade parental.

¹⁷⁴ JORGE MARTINS RIBEIRO, *O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade: A igualdade na decisão de procriar*, op. cit., p. 123.

outrora, deve ser vista como o seio de desenvolvimento das pessoas individualizadas em si mesmas, voltadas para o desenvolvimento da sua personalidade e exploradas as suas potencialidades. Portanto, cremos que o facto de a criança ter um pai e uma mãe ou apenas dois pais ou duas mães torna-se irrelevante, na medida em que, mesmo sendo construída nestes moldes, a família como um todo consegue obter harmonia, respeito, educação, assistência.

Partilhando da opinião de SANDRA MARQUES MAGALHÃES¹⁷⁵, desde que verificadas estas funções, devem ser protegidas diversas formações familiares, em respeito pela liberdade sexual de cada um, à sua dignidade e ao modo de união dos seus afetos.

No entanto, e como já referido, LUÍS ELOY AZEVEDO¹⁷⁶ justifica a sua proibição pela necessidade de dois gâmetas diferentes, feminino e masculino, para que possa haver procriação. Para ele, não se trata de uma questão de estereótipos, mas tão-só que dois homens ou duas mulheres não têm por si só capacidade para procriar. Já CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL¹⁷⁷ não entende o porquê desta proibição, inclinando-se para a violação do direito de procriar – tutelados amplamente no direito a constituir família do artigo 36.º, n.º 1, da C.R.P..

Acolhidas as diferentes perspetivas dos autores, entendemos que possam existir argumentos / fatores favoráveis e desfavoráveis que devem ser explorados. Como argumento desfavorável à obrigatoriedade do acesso às técnicas de P.M.A. por beneficiários heterossexuais, referimo-nos ao princípio da igualdade e não discriminação, consagrado constitucionalmente no artigo 12.º, segundo o qual os cidadãos têm de ser tratados com a mesma igualdade e dignidade social – tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente. Ora, socialmente, os homossexuais não têm o mesmo tratamento que os heterossexuais, logo, por si só, ao princípio da igualdade já não lhe é dado o cumprimento devido.

Outra questão que tem a ver com o tratamento desigual que para aqui releva prende-se com o facto de o legislador ter vindo permitir o casamento entre homossexuais e vedar-lhe a opção de adotar. É certo que o legislador, na Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, não tipifica o caso da procriação assistida, mas mais certo é que se o

¹⁷⁵ *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 35.

¹⁷⁶ “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, op. cit., p. 100.

¹⁷⁷ “Os Efeitos Familiares e Sucessórios na Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, op. cit., p. 356.

pretendesse fazer, e no caso de à mesma poderem recorrer os homossexuais, teria alterado a Lei n.º 32/2006 e não o fez.

No artigo 5.º da Lei n.º 9/2010, consta que todas as disposições legais relativas ao casamento e aos seus efeitos devem ser interpretadas de acordo com a lei ordinária, independentemente do género dos cônjuges, isto é, da sua orientação sexual. Pelo que, aprez-nos reclamar que o próprio legislador, no que concerne aos efeitos do casamento, ao não alterar a Lei da P.M.A., no sentido de permitir que os casais homossexuais pudessem recorrer às técnicas de P.M.A. nos mesmos termos que o fazem os casais heterossexuais, está a perpetuar uma discriminação dos cônjuges em função da sua orientação sexual¹⁷⁸.

Ora, atenta a progressão e desenvolvimento de famílias monoparentais, derivadas de divórcios, viuvez, ou pela adoção singular, não compreendemos o porquê da manutenção do carácter biparental para o acesso às técnicas de P.M.A.. Cremos sim, que isso veda o direito constitucionalmente consagrado de constituição de família e direito a procriar, bem como o princípio da igualdade ou até o direito à autodeterminação sexual e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Mais do que pensarmos que aquela criança não saberá a quem chamar mãe ou pai (estas são as opiniões que se ouvem na sociedade!), importa aqui o superior interesse da criança. Esta criança desenvolver-se-á de forma sustentável, porque a família assim o proporcionará, certamente¹⁷⁹. Portanto, o facto de justificarmos esta proibição argumentando que a criança socialmente será interrogada e até enxovalhada, é desprovida de qualquer legitimidade, impulsionada exatamente por essa crença social, isto é, a criança porventura só o será, porque a sociedade encarrega-se de explorar os pontos mais nefastos, ou diferentes, dos cidadãos que a compõem.

¹⁷⁸ Cfr. JORGE MARTINS RIBEIRO, *O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade: A igualdade na decisão de procriar*, op. cit., p. 127.

¹⁷⁹ A este propósito, após a aprovação do casamento homossexual, e quando se começou a discutir a questão da adoção por casais homossexuais, o sociólogo Michael Rosenfeld, da Universidade de Stanford, através da publicação *Demography*, em agosto de 2010, concluiu que as crianças criadas por casais do mesmo sexo têm igual desenvolvimento educacional que os filhos desenvolvidos no seio de uma família composta por casais heterossexuais. Cfr. MICHAEL J. ROSENFELD, “Nontraditional Families and Childhood Progress Through School”, in <http://muse.jhu.edu/journals/demography/summary/v047/47.3.rosenfeld.html>, consultado a 14.08.2015.

Um outro estudo, levado a cabo por investigadores da Universidade Melbourne, na Austrália, sob a coordenação de Simon Crouch, revela que as crianças criadas por casais homossexuais crescem muito mais ajustadas, saudáveis e felizes. Esta pesquisa, onde foram avaliados 315 casais gays com um total de 500 crianças até aos 17 anos, revelou que, os filhos em famílias homoafetivas tiveram resultados em média 6% superiores à média da população em medidores de saúde em geral e coesão familiar. Cfr. MÁRCIO CAPARICA, “Estudo demonstra que filhos de casais homoafetivos são mais felizes”, in <http://www.ladobi.com/2014/07/filhos-casais-gays-mais-felizes/>, consultado a 14.08.2015.

A criança, não sendo socialmente criticada será feliz tanto numa família biparental, quanto monoparental. O que releva para o seu desenvolvimento e felicidade é a assistência, educação, acompanhamento, apoio, e isso qualquer pessoa pode dar! Não é necessário ser-se homem nem ser-se mulher, basta ser pessoa.

2. Inseminação artificial e filiação

2.1. A vontade da mulher

Dir-se-à, antes de mais, que pela consagração do preceituado no artigo 36.º, n.º 1, da C.R.P. todos os cidadãos têm direito a constituir legitimamente a sua família, sendo os seus interesses protegidos pelo Estado.

A mulher, no que corresponde à procriação, sempre teve um papel bastante mais ativo do que o homem, pois é tradicionalmente a esta que, muito embora possa ter a sua vida profissional, lhe cabe o papel de direcionar, educar e zelar pela manutenção dos seus filhos. A mudança do papel da mulher e a crescente mobilidade na cultura ocidental, associados ao aparecimento dos métodos contraceptivos e até da permissão do aborto, levaram a que esta se afirmasse, ascendendo profissionalmente, sendo que hoje assume grandes papéis e novos desafios.

No modelo tradicional de família, apesar de a mulher ser imprescindível, esta era como que anulável, a sua vida era orientada no sentido do marido e dos filhos. Atualmente, o modelo moderno de família qualifica a mulher como sendo um elemento agregador imprescindível e sem a qual a unidade familiar não existe. Nos dias de hoje, a mulher pode direcionar a sua vida e ter a liberdade que há uns anos não teria. E essa liberdade tem reflexos, inclusive, na decisão de procriar.

A maternidade encontra-se secundarizada. As mulheres procuram uma vida profissional ativa, com o agarrar de mais desafios e oportunidades, e o papel de mãe fica como que adiado. Aliás, casos há em que esta simplesmente se sente feliz sem ter filhos, motivo pelo qual opta por não os ter. Em tempos remotos, e na maioria dos casos, isso não era possível. A mulher tinha simplesmente de procriar, pois esse era o seu dever.

No caso de recurso às técnicas de P.M.A., e em relação ao progredir da vida do casal, a mulher assume um papel preponderante, podendo, levado ao extremo, o seu comportamento ou atuação ser violador da lei¹⁸⁰. Já foi aqui por nós amplamente afirmado que a Lei n.º 32/2006 proíbe a inseminação *post mortem* e apenas permite a transferência de embriões *post mortem*, caso já exista um projeto parental e desde que haja o consentimento do *de cuius* – artigo 22.º, n.ºs 1 e 3.

Assim sendo, muito embora a mulher tenha a consciência de que não poderá levar a cabo a inseminação ou até a transferência do embrião, porque tal lhe é vedado por lei ou porque não há consentimento expresso, a verdade é que, caso concretize os seus intentos, não é punida por isso. Uma vez mais, se denota o papel predominante da mulher na opção pela procriação.

No plano atual, é possível que a beneficiária se submeta aos procedimentos aqui em estudo, fazendo-se valer do consentimento inicial do marido ou companheiro, quer este contenha ou não a previsão quanto à P.M.A. *post mortem*. De igual forma, e sendo sua vontade, esta também pode ser inseminada com o sêmen do marido ou companheiro já falecido, com ou sem o auxílio de um centro autorizado. Aliás, no artigo 23.º da Lei da P.M.A., o legislador já consagra essa hipótese e tal denota-se quando prevê a possibilidade de violação das proibições impostas pela lei¹⁸¹.

Com isto, pretendemos evidenciar o papel da mulher, claramente fulminante, no ato de perpetuação da espécie e no projeto de construção da família. A sua opinião e a sua vontade é, a nosso ver, claramente vinculativa.

2.2. O consentimento do *de cuius*

A questão do consentimento revela-se sempre de extrema importância em todos os atos que nos rodeiam, mas no que respeita à integridade da pessoa, este assume um papel predominante, sob pena de vir a gerar responsabilização quando omitido.

Em sede de P.M.A., a lei consagra, no seu artigo 14.º, que todos os beneficiários das técnicas devem prestar o seu consentimento de forma livre, espontânea, esclarecido,

¹⁸⁰ Vejamos o caso em que a mulher se submete à inseminação *post mortem*, mesmo sem qualquer consentimento por parte do *de cuius*.

¹⁸¹ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 113.

de forma expressa e por escrito perante o médico responsável, com a coadjuvante de este poder vir a ser responsabilizado, sob a forma de contraordenação, pela sua omissão (artigo 44.º, n.º 1, alínea d)¹⁸²).

Ora, se o consentimento para a prática de atos enquanto o ser é vivo se assume de elevada importância, também o assume na P.M.A. *post mortem*, de acordo com o artigo 22.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, pois daí pode resultar (ou não) a continuidade dos tratamentos a que o casal se submeteu, mesmo que o marido da beneficiária já tenha morrido, assim como se pode estabelecer (ou não) a filiação do novo ser em relação ao *de cuius* e conseqüentemente, efeitos sucessórios.

Em tempos já tivemos oportunidade de nos referirmos ao consentimento e à forma como a lei o consagra. Ainda nessa ordem de pensamento, não seria benéfico que o legislador estabelecesse os moldes em que o mesmo deveria ser prestado, tal como já solicitado pelo CNECV¹⁸³?

Perante a leitura do preceito do artigo 22.º, n.º 1, parece-nos que, mesmo que o marido ou companheiro da mulher tenha consentido na inseminação, tendo em vista um projeto parental, esse consentimento de nada valerá caso este venha a falecer no decurso do processo. Ora, mas de que consentimento estará o legislador a referir-se? É que, logicamente, não havendo consentimento inicial por parte do marido ou companheiro, as técnicas nem sequer podem ser aplicadas, sob pena de o médico não estar a ser cumpridor da lei e inclusive, atentando o seu código deontológico.

Tendo em conta que os tratamentos de inseminação podem ser obstados, por causa não imputável a nenhum dos beneficiários, mas tão-só devido a fatores imprevisíveis, como a morte, não estará o legislador atrasado na criação de uma norma onde se refira expressamente ao consentimento *post mortem* e aos termos em que este deva ser prestado? Sabemos que situações como estas acontecem e tendo, inclusive, já em 2011 surgido um caso em que a mulher pretendia ser inseminada com o sêmen do companheiro, falecido durante os tratamentos, somos da opinião que o nosso sistema jurídico já merecia essa consagração.

¹⁸² A quem for condenado, ainda que a título de contraordenação, pode o Tribunal aplicar sanções acessórias, como as previstas no artigo 45.º.

¹⁸³ Como aliás já referido em 4.2. (Capítulo I).

Já no que respeita ao artigo 22.º, n.º 3, o legislador refere a licitude da transferência *post mortem* do embrião, desde que haja um projeto parental reduzido a escrito. No fundo em que se traduz este projeto parental claramente estabelecido por escrito? As imprecisões e a falta de clarificação da lei são patentes, surgindo, assim, diversas querelas que terão de ser resolvidas caso a caso.

Sendo o consentimento, *in casu*, uma materialização da manifestação da vontade de ambas as partes que compõem o casal, isto é, da sua autonomia, própria das relações jurídico-privadas nos negócios jurídicos, este é livremente revogável, não sendo sequer admitida a representação para o ato de consentir, atenta a pessoalidade do ato. Acresce que, a mulher do defunto não se pode substituir a ele para o ato de consentir, nem tão pouco suprimi-lo¹⁸⁴.

Posto o referido, muito embora a família não seja tão-só um projeto parental, também não se limita a uma escolha contratual¹⁸⁵, ou seja, a decisão de constituição de família não deve ser estritamente vinculada a um contrato, sob pena de a estarmos a reduzir a um mero negócio jurídico. Ora, sendo necessário, e importante, o consentimento para recurso às técnicas de P.M.A. e para o desenrolar de todo o processo, o ideal seria obtermos um consenso entre ambas as partes (homem e mulher beneficiários), no sentido da clarificação da vontade de ambos, prevenindo-se assim a materialização da própria família.

2.3. Filiação

Para JEHANNE SOSSON¹⁸⁶, a filiação é a relação jurídica que liga um filho ao seu pai e à sua mãe e, através deles, são estabelecidos os laços correspondentes.

O ordenamento jurídico português, como todos os outros, consagra na sua base alguns princípios do Direito da Filiação, princípios esses que no geral, evidenciam concordância por parte dos autores. É o caso do direito à constituição de família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1, da C.R.P., que parece tutelar, e referindo-nos apenas à

¹⁸⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade – o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, op. cit., p. 866.

¹⁸⁵ REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, “Reflexões sobre a Procriação ou Reprodução Assistida nas Uniões entre Pessoas do mesmo Sexo”, op. cit., p. 25.

¹⁸⁶ “Filiation, origines, parentalité”, in AAVV, *Filiation et parentalité*, Collection Famille & Droit, n.º 7, Bruylant, 2014, p. 8.

filiação, o direito da mulher e do homem a procriar, a ter filhos e de estabelecer as respetivas relações jurídicas, mas também o direito dos filhos a estabelecerem com os seus progenitores, ou tão-só pais, relações próprias do estado de filho¹⁸⁷.

Ainda na consagração deste artigo, no seu n.º 5, é atribuído aos pais o dever de educação dos filhos. Neste princípio, podem ser enquadradas duas vertentes. Uma deles voltada para o filho, em que os pais devem escolher qual a educação a dar-lhes e estes terão o dever de obediência; e uma outra em que incumbe ao Estado a não imposição de concepções ou educação diferentes daquelas que os pais pretendem dar aos seus filhos¹⁸⁸. Acresce que, é igualmente consagrada a inseparabilidade dos filhos dos seus pais (n.º 6 do referido artigo). No entanto, note-se, este princípio admite exceções, nomeadamente quando os pais não cumprem com os seus deveres para com o filho, como o de educação, assistência, proteção, zelo, e tal lhe pode ser imputado como comportamento culposos¹⁸⁹, caso em que os filhos podem ser-lhes retirados, sempre mediante decisão judicial.

O nosso sistema consagra ainda a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges¹⁹⁰ quanto à manutenção e educação dos filhos – artigo 36.º, n.º 3, da C.R.P., e a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento – artigo 36.º, n.º 4, da C.R.P., não deixando de se preocupar com a proteção da maternidade e paternidade – artigo 68.º, n.º 1, – e a proteção da infância – artigo 69.º, n.º 1, também da C.R.P..

Para alguns autores, o estabelecimento da filiação em Portugal ainda decorre do ato sexual. Mas casos há em que não é assim, como o caso da adoção, em que a filiação se estabelece por via de sentença judicial, e o recurso a técnicas de P.M.A., sendo que aqui a filiação é estabelecida não em relação aos dadores de gâmetas (no caso de se tratar de processos heterólogos), mas em relação aos seus beneficiários¹⁹¹.

¹⁸⁷ Veja-se JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação*, 4.º edição, Livraria Petrony, Lda, 2001, p. 12.

¹⁸⁸ *Idem*, pp. 13-14.

¹⁸⁹ No caso de os pais não cumprirem com as suas obrigações e deveres, mas por factos que não lhes podem ser imputáveis, porque a situação de pobreza é extrema, por exemplo, o Estado deve providenciar pelo suprimento dessas deficiências, nomeadamente pondo ao dispor dos pais melhores condições de vida e acesso a subsídios que possam combater ou, pelo menos, minimizar tais deficiências. Em todo o caso, e mesmo que a criança seja retirada aos pais, a lei garante-lhes o acesso ao direito de visita, a menos que tal se mostre contrário ao interesse do filho.

¹⁹⁰ Para nós, a designação de “cônjuges” não está perfeitamente correta. Pela leitura do preceito, tal e qual como se encontra consagrado, parece-nos que a lei obriga a que os pais se casem para que possam ter filhos, e sabemos que esta não é a posição do legislador. Na verdade, com este preceito, a C.R.P., apenas quis garantir a igualdade entre homens e mulheres em relação aos filhos. Logo, salvo melhor opinião, a consagração deveria ser alterada, substituindo-se “cônjuges” por “pais” apenas.

¹⁹¹ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 105, são da opinião que nestes casos não tem qualquer cabimento a referência a uma nova modalidade de estabelecimento de filiação como defende JORGE DUARTE PINHEIRO.

Quando nos referimos ao estabelecimento da relação familiar face à mãe, o problema nunca teve grande vulto em comparação com o estabelecimento de filiação face ao pai. No entanto, como veremos, com a possibilidade de adoção e o recurso às técnicas de P.M.A., colocou-se em causa o princípio “*mater certa, pater semper incertus*”, pois o estabelecimento de filiação já não é assim tão linear.

Em boa verdade, o velho princípio romano “*mater semper certa est*” hoje em dia não tem grande aplicabilidade, ou, por vezes, até nenhuma, quando nos referimos à procriação assistida¹⁹². Este funda-se na certeza de que é da mulher de quem nasce que a criança é oriunda¹⁹³, e aliás, que a própria natureza se encarregou de mostrar.

Quando a procriação é homóloga, em princípio, esta máxima continua a vigorar para ambos os beneficiários, tanto para a mãe como para o pai, sendo que a verdade biológica vai coincidir com a verdade jurídico-filial, já que os gâmetas provêm do próprio casal. Mesmo nas situações em que o óvulo provém da mulher que compõe o casal e será a beneficiária, casos há, embora não em Portugal, que uma terceira mulher apenas facilita o seu ventre para o desenvolvimento da criança, já que a mulher segregadora não tem capacidade para tal. Mesmo nestes casos, há correspondência entre a verdade biológica e jurídica, não havendo motivo para não ser estabelecida a filiação quanto à mulher que compõe o casal.

No entanto, e se o óvulo provém de uma dadora, é gerado numa outra mulher e a beneficiária será uma terceira mulher, então afinal que aplicabilidade terá este princípio? Em boa verdade, quem será a mãe biológica? A mãe uterina, a mãe portadora ou a mãe recetora¹⁹⁴?

O princípio da verdade biológica, apesar de não possuir dignidade constitucional, exprime a ideia de que os vínculos jurídico-filiais existentes espelham fielmente o vínculo biológico da relação ali em causa, isto é, que tanto o pai juridicamente reconhecido como a mãe juridicamente reconhecida são realmente os progenitores, pais biológicos da criança com a qual estabelecem vínculos filiais¹⁹⁵.

¹⁹² SUSANA SILVA, LUÍSA VELOSO (coord), *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas – contributos para uma reflexão*, U.Porto editorial, 2009, p. 91.

¹⁹³ PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, op. cit., p. 25.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 26.

¹⁹⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. II, tomo I, Coimbra Editora, 2006, p. 52.

Além da verdade biológica, e não necessariamente desintegrada dela, JOSÉ DA COSTA PIMENTA¹⁹⁶ refere-se ainda à verdade afetiva ou sociológica¹⁹⁷, que se traduz na prática recíproca de sentimentos de pertença ao mesmo grupo e à mesma família, mesmo que esta não coincida com a verdade biológica. É o caso de homem e mulher, unidos pelo matrimónio, (e note-se, operando a presunção de paternidade do artigo 1826.º do C.C.), o marido não sabe que de facto a criança não é sua filha, mas de um terceiro. Muito embora o pai jurídico não o saiba, nem seja o pai biológico, a verdade é que para ele aquela criança é-lhe descendente e trata-a como se a fosse de facto.

Fora os casos aqui expostos, outros há em que são admitidos desvios lícitos ao princípio da verdade biológica e o caso referido supra é um exemplo disso, mas não único. A mãe jurídica é a mãe beneficiária / recetora. Assim sendo, para estabelecimento da filiação quanto à mãe, e no caso dos ovócitos terem provindo de uma terceira dadora, assume relevância o projeto parental que a beneficiária estabeleceu e não a origem dos gâmetas, isto é, a filiação não se estabelece para com os dadores¹⁹⁸. Pelo exposto, apesar de a mãe beneficiária não ser a mãe biológica, é tida como mãe jurídica¹⁹⁹.

Por sua vez, a paternidade da criança pode estabelecer-se por qualquer uma das vias previstas no C.C., a saber: no que concerne ao filho nascido de mulher casada, opera a presunção de paternidade nos termos do artigo 1826.º e 1835.º; se a mulher não é casada, o pai da criança tem que perfilhar, como figura no artigo 1849.º e seguintes; por último, esta pode ser reconhecida por decisão judicial em ação de investigação²⁰⁰ ou tratando-se de adoção, por sentença judicial que ateste isso mesmo.

No que respeita à inseminação *post mortem* e à filiação póstuma, os problemas começam a surgir de forma mais permanente. Além dos entraves do artigo 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, temos de verificar se existiu o consentimento por parte do

¹⁹⁶ *Filiação*, op. cit., pp. 24-25.

¹⁹⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, “Critério biológico e critério social ou afectivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008, p. 9, refere ainda o critério social, justificando a sua existência quer na adoção, quer no estabelecimento de maternidade / paternidade resultante da P.M.A. heteróloga.

¹⁹⁸ Estranhámos o facto de a lei apenas se referir ao dador, como sendo um homem. Sempre que a lei consagra que a doação por parte de um terceiro é permitida, refere-se sempre à doação de sémen. Com isto, haverá apenas uma omissão ou será que o legislador, implicitamente, quis proibir a doação de óvulos?

¹⁹⁹ Já no que respeita ao estabelecimento de filiação face ao marido ou companheiro da mãe da criança, a questão torna-se ainda mais complexa. Estabelece o artigo 1839.º, n.º 3, do C.C. que havendo o consentimento por parte do marido da mãe para a inseminação heteróloga, não pode depois este vir impugnar a paternidade da criança, sendo que esta se encontra estabelecida para consigo.

²⁰⁰ STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, “Investigação da filiação”, in AAVV (coord. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Almedina, 2008, p. 44.

de cuius, o período em que a criança foi concebida, se houve consentimento por parte do novo companheiro ou marido da mulher inseminada, entre outras questões.

De qualquer das formas, convém referir que, em princípio, a filiação não produzirá quaisquer efeitos enquanto não estiver legalmente constituída e registada²⁰¹.

2.3.1. O período legal de conceção

Quanto à filiação póstuma, quer ela seja estabelecida por via da procriação natural ou por procriação assistida, a lei é perentória e trata-a no C.C.. De acordo com o artigo 1826.º, n.º 1, e artigo 1829.º, n.º 1, presume-se a paternidade²⁰² do marido da mãe quando o filho tenha nascido ou sido concebido na constância do matrimónio. Isto é, mesmo nos casos em que a mulher se submeta às técnicas de P.M.A. e já tendo sido lograda a gravidez, o marido desta venha a falecer, a criança nasce com a filiação estabelecida em relação a este, pois funciona a presunção de paternidade consagrada no artigo.

No entanto, e se se tratar de união de facto? Sabemos que não opera a presunção de paternidade, pelo que o pai da criança terá de perfilhar. No caso de este ter morrido no decurso da gravidez, e apesar de a lei em nada se pronunciar quanto a esta problemática, somos da opinião que uma das soluções seria fazer prova da origem dos gâmetas e exibição do respetivo consentimento prestado por ambos os beneficiários, para o caso da procriação artificial se ter por homóloga, sem necessidade de se fazer prova da coabitação. No caso de tal não se verificar como suficiente, entendemos que a solução passará pela instauração da ação de reconhecimento judicial da paternidade²⁰³.

No caso de o casal se ter submetido às técnicas de P.M.A., mas com recurso a sémen de um dador, entendemos que para o ato de filiação bastaria a exibição desse mesmo consentimento prestado inicialmente e, se porventura necessário, com certeza

²⁰¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3.ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, p. 292.

²⁰² Esta presunção é ilidível, pelo que pode ser afastada sempre que se faça prova em contrário, nomeadamente por testes de ADN ou quando a paternidade é impugnada por ação judicial.

²⁰³ Isto porque, estabelece o artigo 1847.º do C.C. que o reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimónio, aplicando-se aqui à união de facto, efetua-se por meio de perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação. Cfr. JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 2014, p. 209. Ora, no caso da inseminação *post mortem*, e uma vez que não se verifica como sendo possível o ato de perfilhação, a ação de investigação da paternidade e o seu reconhecimento é provavelmente a solução mais viável – *Idem*, p. 212. Da mesma forma, de SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 133, argumenta que a ação de reconhecimento judicial da paternidade deve ser instaurada, quer se trate de casamento ou união de facto, pois o exame de ADN (ácido desoxirribonucleico) demonstra de forma cabal o vínculo biológico.

que o centro autorizado atestaria isso mesmo. Aliás, para que se tenha recorrido às técnicas de P.M.A. o casal tem de ser casado ou unido de facto, logo, com a exibição do respetivo consentimento, cremos que este seria bastante para que fosse reconhecida a paternidade da criança que vier a nascer em relação ao *de cuius*. No entanto, e uma vez insuficiente, a instauração da ação de reconhecimento judicial da paternidade seria, a nosso ver, sempre benéfica. Obviamente que aqui, no caso do sémen ter provindo de um terceiro dador, e por força da Lei da P.M.A., este dador não seria considerado juridicamente como pai, mas aquele homem com o qual a mulher se havia submetido às técnicas de procriação assistida.

Questão diferente e mais complexa, é a do nascimento da criança passados os trezentos dias que a lei ficciona – artigo 1798.º e artigo 1829.º, n.º 1, do C.C. -, pois aí sim, em princípio a presunção de paternidade não se aplicará²⁰⁴. Mais problemas se apresentam quando o nascimento da criança ocorre passados os trezentos dias, por via da realização da P.M.A. *post mortem*.

No caso de ter havido recurso à técnica da inseminação, claramente se perceberá que a proibição do artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, foi violada e a paternidade estabelece-se nos termos do preceituado no artigo 23.º da referida lei. Por seu turno, se tiver ocorrido a transferência de embriões *post mortem*, a lei não estabelece de que forma é estabelecida a filiação. Mas, tendo em conta que a mulher recebe no seu útero um embrião, este não poderá ficar mais desprotegido, em relação à paternidade que se estabelece na inseminação artificial *post mortem*. Assim, para JORGE DUARTE PINHEIRO²⁰⁵, a falta de rigor da lei não pode operar em desfavor do filho que vier a nascer, pelo que a filiação deve ser estabelecida nos precisos termos dos artigos 26.º e 47.º da Lei da P.M.A. e desde que tenha havido o consentimento do *de cuius*.

É inelutável, portanto, que seja estabelecida a filiação do filho que vier a nascer em relação ao homem que, embora morto no momento da transferência do embrião para o útero da mulher com quem fora casado ou tivera vivido em união de facto e que, inclusive, tenha consentido na P.M.A..

²⁰⁴ Conforme estabelece FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, op. cit., p. 29.

²⁰⁵ *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 219.

2.3.2. O consentimento do *de cuius* assume-se relevante?

Centremo-nos no artigo 22.º, n.º 1, que estabelece que a inseminação *post mortem* é proibida, mesmo que haja o consentimento expresso por parte do *de cuius*. No entanto, e já no artigo 23.º, a lei consagra que uma vez inseminada a mulher, a criança estabelece a sua filiação para com o falecido. No caso de o falecido ter consentido na inseminação, e mesmo imposta a sua proibição, desta não surgem, pelo menos no plano imediato, grandes problemas, uma vez que era sua vontade tácita a continuação da espécie e existia um projeto parental em vista, claramente já estabelecido. No entanto, e no caso de o *de cuius* ter expressamente consagrado o seu não consentimento para a inseminação ou fertilização para depois da sua morte? Poderá esta criança que vier a nascer ficar sem qualquer filiação? Ou, mesmo contra a vontade do *de cuius*, releva o interesse do filho, fruto da inseminação / fertilização? E, aliás, são permitidos consentimentos implícitos, sob a forma de um tratamento prévio de fertilização, por exemplo²⁰⁶?

Creemos que, em caso algum, a filiação, pode deixar de ser estabelecida, em cumprimento dos princípios constitucionais consagrados e pelo próprio interesse da criança. Ainda que o falecido haja declarado expressamente o seu não consentimento, ao que acresce o facto de que, mesmo a mulher sabendo que esta era a sua vontade e que a inseminação se encontrava vedada pela consagração do artigo 22.º, n.º 1, a criança que vier a nascer é desprovida de qualquer culpa para a sua concepção e nascimento. Este ser humano não pediu para vir ao mundo e, portanto, de modo algum deve ser penalizado por isso.

A filiação deve ser, portanto, estabelecida para com o *de cuius*²⁰⁷, mesmo que depois não lhe sejam concedidos direitos sucessórios²⁰⁸. O ser humano, mesmo tendo identidade genética, precisa de a reconhecer juridicamente²⁰⁹. E isto porque nenhum ser é desprovido de identidade genética, ninguém consegue nascer sem ter havido um gâmeta de um homem e um de uma mulher. Mas, no entanto, todos os seres devem ver reconhecida a sua identidade genética. Tanto mais que, a nosso ver, conhecer a

²⁰⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, EDUARDO DANTAS, “Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, op. cit., p. 88.

²⁰⁷ Opinião diversa tem a autora SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 118, que acredita que biologicamente esta criança já se encontra na esfera de pertença do *de cuius*, sendo dispensada, portanto, a atribuição à criança de quaisquer efeitos jurídicos.

²⁰⁸ Mais à frente, iremos tratar deste assunto e questionar-mo-nos acerca da atribuição, ou não, de direitos sucessórios a esta criança.

²⁰⁹ RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas”, in AAVV (coord. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, 2009, p. 195.

identidade, e não a ver reconhecida, será certamente mais estranho do que simplesmente nem a conhecer (como o que acontece nos processos heterólogos). Ora, se o novo ser conhece a sua ascendência, porque não ver a mesma reconhecida, ainda que não venha, porventura, a adquirir e beneficiar de direitos sucessórios?

Pelo preceituado no artigo 26.º, n.º 1, da C.R.P. é referido que “(A) todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal”. A identidade genética (artigo 26.º, n.º 3) claramente é uma das vertentes que compõe a identidade pessoal, direito este passível de ser enquadrado nos direitos de personalidade²¹⁰. Isto é, mais do que conhecidos, os direitos devem ser reconhecidos! Está na Lei e isso não há como negar.

Embora entendámos a opinião de certos autores²¹¹ que referem que a vontade consubstanciada no consentimento se insere no lugar do ato sexual e que este é fundamental para o estabelecimento do vínculo de filiação, custa-nos a aceitar que o filho tenha de vir a ser responsabilizado e penalizado pela atitude dos pais, essencialmente pela da mãe.

Os mesmos autores justificam ainda a sua posição, baseando-se na falta do elemento volitivo na procriação *post mortem*, isto é, pela falta de vontade do *de cuius*, tendo em conta a ausência de consentimento²¹².

Apesar de esta não ser a posição maioritária sustentada pelos nossos autores, GUILHERME DE OLIVEIRA²¹³ refere que numa época em que o poder marital da família tem vindo a enfraquecer, o regime de legitimidade ativa não pode deixar de evoluir no sentido de se conceder um direito ao filho, igual ao que o presumido pai tradicionalmente detinha. Acrescenta que, pode até defender-se que o direito à ascendência biologicamente verdadeira ganhou uma relevância de tal forma que nos permite considerar o direito previsto no artigo 26.º da C.R.P. como um aspeto dos direitos fundamentais da pessoa que tutelam a “localização social” do ser enquanto tal²¹⁴.

²¹⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, op. cit., p. 461.

²¹¹ Como é o caso de SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., pp. 117-118; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 191; TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, op. cit., p. 101.

²¹² AAVV, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, n.º 2, Coimbra Editora, 2001, p. 665.

²¹³ *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, 1998, p. 244.

²¹⁴ Não necessariamente a propósito da P.M.A., essa foi, aliás, a posição defendida pelo Tribunal Constitucional, no seu acórdão 99/88, ao considerar que do direito à integridade pessoal e da identidade pessoal pode e deve extrair-se a máxima de que o indivíduo possui o direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade. A mesma é coadjuvada pelo Acórdão do

2.3.3. O consentimento do novo marido ou companheiro da mulher inseminada

A questão do consentimento por parte do novo companheiro ou marido da mãe já foi sendo abordada, pelo que urge-nos apenas sintetizar, sob pena de obtermos redundância de matérias, já amplamente abordadas. Assim, pelo estabelecido no n.º 2 do artigo 23.º da Lei n.º 32/2006, a criança que vier a nascer só não estabelece a sua filiação para com falecido se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído novo casamento ou viver em união de facto há pelo menos dois anos com homem que tenha prestado o seu consentimento para o ato, nos termos do artigo 14.º.

Neste caso, e tendo o marido consentido, este é havido como pai da criança, e para com ele estabelece vínculos de filiação, com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes, não podendo este impugnar a paternidade mais tarde, por não ser o pai biológico da criança, atento o disposto no artigo 1839.º, n.º 3, do C.C..

No caso do casal unido de facto, e sendo que o novo companheiro da mãe beneficiária igualmente consentiu na inseminação, o mesmo acontece. É para com este último que a criança estabelece a sua filiação, através da perfilhação, nos termos previstos no C.C..

2.3.4. Notas finais relativas à filiação

Independentemente do consentimento por parte do *de cuius*, do consentimento do marido ou companheiro da mulher inseminada ou até do período legal de conceção, atentas as imprecisões deixadas pelo legislador, qualquer que seja a leitura que se faça da lei, deve ser respeitado o interesse do filho.

Reconhecer o estatuto de filho como um direito de personalidade, necessário para o desenvolvimento pleno da sua dignidade enquanto pessoa, prescinde de qualquer enquadramento face ao direito da filiação. O problema específico da filiação, quanto à

Tribunal Constitucional n.º 486/2004, onde o Conselheiro PAULO MOTA PINTO, reconheceu o direito ao conhecimento da ascendência genética como dimensão protegida pelos parâmetros constitucionais, como forma de o sujeito conhecer a sua historicidade pessoal. “Deve, pois, dar-se por adquirida a consagração, na Constituição, como dimensão do direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, de *um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade*”, pode ler-se.

inseminação *post mortem*, deve ser visto sob a supremacia do interesse da criança e é nessa ótica que deve ser analisado, isto é, nos tempos atuais e atentas as novas realidades, a constituição do vínculo paterno-filial²¹⁵ está subordinado tão-só a um princípio: o do superior interesse da criança²¹⁶.

Pela posição que defendemos acerca do consentimento, ou até da ausência dele, não pretendemos passar a ideia de que este se mostra irrelevante, bem pelo contrário. Assumimos que este é importante e deve ser sempre prestado. Simplesmente, e prevendo a lei desde logo que poderiam existir violações à mesma, pronunciando-se inclusivamente pela atribuição de filiação face ao *de cuius*, em sede de inseminação *post mortem*, entendemos que não deve ser prejudicado um bem maior, face a um bem menor. O defunto, muito embora seja ainda merecedor de proteção, já não goza de personalidade jurídica²¹⁷ e quer o ato tenha sido praticado com ou sem a sua anuência, este não terá quaisquer obrigações daí decorrentes, senão o reconhecimento de paternidade a esta criança. Possivelmente com este reconhecimento, apenas estabelecer-se-ão efeitos a nível da filiação e não obrigatoriamente a nível das sucessões.

Pensemos só. No caso de reconhecida a filiação, não deveria esta criança ser legítima possuidora da pensão de alimentos? Sabendo que o pai já teria morrido, de que forma iria esta operar? Refletir-se-ia no Direito das Sucessões e a pensão de alimentos estaria como que a cargo da herança?

De forma conclusiva, entendemos que o consentimento deva ser prestado. No entanto, e porque o legislador ainda não se preocupou em tipificar os termos em que o mesmo deve ser prestado e quais os efeitos que daí advém, somos da opinião que, face à omissão da lei, a criança que vier a nascer não deve ficar desprotegida. Sabendo a criança qual a sua identidade genética, não vemos motivos para que esta não lhe seja reconhecida.

²¹⁵ As origens não devem ser confundidas com a parentalidade. Se assim não fosse, o terceiro dador seria considerado como pai e, de acordo com a nossa legislação, não o é. Cfr. JEHANNE SOSSON, “Filiation, origines, parentalité”, op. cit., p. 16.

²¹⁶ No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 134.

²¹⁷ No entanto, note-se, nada impede que existam bens da personalidade física e moral do defunto que sejam autonomamente protegidos, como é o caso do cadáver, a sua identidade, imagem, honra, bom nome, obras literárias. Aliás, além da mera tutela de bens jurídicos, o nosso C.C., no seu artigo 71.º, n.º 1, estabelece uma permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após o seu falecimento. Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., pp. 191-192.

3. Filiação à luz de outros ordenamentos jurídicos

Com a evolução da ciência, novos problemas surgiram e estes devem ser resolvidos pelo Direito. Ora, se no caso de Portugal se colocam questões relacionadas com o destino dos embriões excedentários, anonimato dos dadores (no caso da inseminação / fertilização heteróloga), estatuto do embrião, direitos de personalidade, efeitos de filiação e, concomitantemente, efeitos sucessórios, nos outros ordenamentos jurídicos o mesmo se passa.

Em certos casos, as leis desses ordenamentos são mais restritivas e outras mais permissivas. Algumas abarcam mais questões, com o intuito de gerarem menos controvérsia em relação a determinadas matérias, como o caso da legislação brasileira em que regula qual o número máximo de embriões a transferir. No entanto, não temos informação de qualquer ordenamento jurídico que permita o recurso a técnicas de procriação assistida, em que não surja uma única querela que deve ser resolvida pelo Direito. Ora, se uns ordenamentos se debruçam mais sobre determinadas questões, outros há que se debruçam relativamente a outras.

A lei espanhola, no artigo 7.º, n.º 1, estipula que a filiação²¹⁸ dos nascidos por via da aplicação de técnicas de P.M.A. se regula nos termos da lei civil²¹⁹. Por seu turno, no seu artigo 9.º, n.º 1, é vedada a inseminação *post mortem*²²⁰, negando inclusive o reconhecimento de efeitos filiais à criança que vier a nascer, salvaguardando no n.º 2 do mesmo artigo, os casos em que o marido ou companheiro da mulher haja consentido²²¹ na utilização do seu sémen criopreservado, desde que prestado de forma livre, consciente e formal, em escritura pública, testamento²²² ou outro documento de consentimento referido na lei, desde de que revogável e estabelecendo o prazo

²¹⁸ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, “La fecundación artificial «post mortem»”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, ano 86, 1987, pp. 890-891, defende que as formas de filiação não podem ser vistas como as mesmas quando nasce uma criança fruto do recurso às técnicas de P.M.A., pois “estamos manejando términos y conceptos o categorías jurídicas elaborados históricamente para una situación diferente”.

²¹⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida”, in *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, Coimbra Editora, 2006, p. 159.

²²⁰ ANA CLÁUDIA S. SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução Assistida*, op. cit., p. 76.

²²¹ JUAN-RÁMON LACADENA, “La Ley n.º 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, 2006, p. 166, reconhece que o consentimento é importante na área da bioética clínica, devendo ser sempre prestado de forma esclarecida e livre. No entanto, e no que concerne ao consentimento prestado para as técnicas de P.M.A., é da opinião que as questões envoltas são de fácil compreensão, opinião da qual não partilhamos. A submissão às técnicas de P.M.A. e as implicações que estas poderão ter no plano imediato não são de difícil compreensão. São-nas as questões relativas à filiação, ao aspeto sucessório, à transferência *post mortem*, entre outras.

²²² CRISTINA CAMPIGLIO, “Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale”, in *Pubblicazioni della Università di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza, Studinelle Scienze Giuridiche e Sociali*, vol. 108, CEDAM, 2003, pp. 148-149.

máximo²²³ de doze meses seguintes ao falecimento deste para que ocorra a fecundação. Neste caso, atribuem-lhe efeitos paterno-filiais em relação a esta criança, nos mesmos termos em que ocorreria na filiação matrimonial.

O n.º 2 do artigo 9.º refere ainda que se presume outorgado o consentimento quando o casal já se tenha submetido às técnicas de P.M.A. e iniciado o processo de transferência dos pré embriões²²⁴.

Na legislação espanhola, muito embora se venha a conceder desproteção ao ser que vier a nascer, quando a sua mãe tenha desrespeitado a proibição legal imposta pela lei, não se atribuindo, portanto, quaisquer efeitos de filiação face ao *de cuius*, o certo é que, apesar de não ser, a nosso ver, a solução mais adequada, é de louvar o facto de a lei estabelecer este prazo de um ano depois da morte do beneficiário para que a mulher seja fecundada.

Pese embora o referido, também não nos parece correto que, tendo em conta o reconhecimento da identidade genética, este filho que há-de nascer não venha a estabelecer vínculos de filiação para com o *de cuius*. Sabemos, pois, que no ordenamento jurídico espanhol o consentimento se assume como imprescindível²²⁵, mas, partindo-se da presunção do n.º 2 do artigo 9.º, o descendente não deve vir a ser penalizado pelo facto de a sua progenitora ter infringido a lei e ter recorrido à inseminação.

MARINA PÉREZ MONGE²²⁶, ainda a propósito da Ley n.º 35/88 – anterior e mais rigorosa que a lei em vigor, a Ley n.º 14/2006 -, refere que mesmo que a inseminação *post mortem* se tenha efetuado em violação dos pressupostos que a lei estabelece (consentimento do *de cuius* e prazo máximo para fecundação), não devem ser negados efeitos filiais a esta criança, já que os gâmetas provieram do *de cuius*. De igual forma, e tendo em conta o seu superior interesse, que parece conduzir ao reconhecimento da

²²³ A referência a um prazo máximo para que ocorra a fecundação mostra-se essencial e deveria ser acolhido pela nossa lei, sob pena de termos embriões criopreservados *ad eternum*, à espera de uma decisão que pode nem sequer vir a existir. Com a determinação de prazos, alguns problemas seriam afastados.

²²⁴ O artigo 1.º, n.º 2 da Ley n.º 14/2006, de 26 de mayo, não se refere a embrião, mas a pré embrião, definindo-o como um conjunto de células que resultam da divisão progressiva do ovócito desde que é fecundado até que alcança o 14.º dia. Este conceito assume-se como duvidoso e propenso a perigos de manipulação embrionária, já que reduz a proteção que deve ser reconhecida aos primeiros dias de vida deste potencial ser.

²²⁵ Mesmo que a criança seja concebida após o prazo legal, para RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “Técnicas de reproducción asistida humana y derecho de sucesiones”, in *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-Marzo, 1995, p. 237, devem ser reconhecidos efeitos paterno-filiais desta criança em relação ao *de cuius*, se essa tiver sido a vontade do pai.

²²⁶ *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 284.

paternidade, a autora muito embora não menospreze o consentimento, é da opinião que este só faria diferença no que toca à qualificação do filho como matrimonial ou não²²⁷.

Já no que respeita ao ordenamento jurídico brasileiro, o que se passa não é muito diferente. Sabendo que o interesse pela paternidade é característica inerente à condição humana de perpetuação da espécie, o legislador estabelece a presunção de paternidade constante do matrimónio, nos termos do artigo 1.597 do Código Civil²²⁸, presunção essa que não vigora nos casos de união estável, isto é, união de facto, situação em que o reconhecimento da paternidade por parte do companheiro da mãe se torna condição necessária para o estabelecimento do vínculo²²⁹.

No Item VIII, da Resolução CFM n.º 2.013/2013, encontra-se estabelecido que a reprodução assistida *post mortem* se tem por permitida, desde que tenha havido autorização expressa por parte do falecido, no uso do seu material genético criopreservado. No entanto, esta Resolução em nada se refere quanto à filiação, nos termos em que se encontra estabelecida na legislação portuguesa e espanhola, por exemplo. O que, indubitavelmente, nos leva a que se aplique a legislação base ordinária, isto é, o Código Civil.

Nesta questão, como em muitas outras, as posições doutrinárias dividem-se. Por um lado, autores entendem que a filiação oriunda da reprodução assistida não consentida, isto é, faltando o consentimento por parte do *de cuius*, apenas deve ser atribuída à mãe²³⁰. Por outro lado, outros há em que afirmam perentoriamente que uma vez que o material genético é proveniente do marido ou do companheiro da mãe, ao abrigo do disposto no artigo n.º 1.597 do Código Civil, a filiação desta criança encontra-se garantida, independentemente do nascimento desta em data posterior à morte do *de cuius*²³¹.

²²⁷ Isto é, se o consentimento foi prestado durante o matrimónio, mesmo que concebido após a sua morte, o filho era visto como matrimonial; no caso de não haver sequer consentimento, então este seria tido como não matrimonial.

²²⁸ O Código Civil, nos termos deste artigo, estabelece que presumem-se concebidos durante o matrimónio os filhos, de entre outras situações, III - *havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*; IV - *havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga*; V - *havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido*.

²²⁹ Dito isso, com a reforma do Código Civil brasileiro, novidades surgiram no que se refere ao reconhecimento da presunção de paternidade em relação aos filhos nascidos de fertilização artificial, focando-se em algumas situações novas, originárias, até aí não consagradas, devido ao próprio avanço da ciência, como exemplo, a maternidade sub-rogada, ou seja, a maternidade de substituição.

²³⁰ A este propósito, veja-se, JOÃO DELCIOMAR GATELLI, *As técnicas de reprodução humana assistida e suas implicações jurídicas no instituto da filiação brasileira e espanhola*, tese de doutoramento na Universidad de Salamanca, 2009, p. 39

²³¹ DANIEL VERÍSSIMO DE LIMA JÚNIOR, “Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* no âmbito do Direito Sucessório”, *Conteúdo Jurídico* (01.02.2013), in <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.41943&seo=1>, consultado a 06.07.2015.

Assim, e atendendo que a Resolução em nada se refere no que toca à filiação, e bem assim o Código Civil também não se tem por específico, cremos que esta presunção se pode aplicar não só quando o marido, na data da fecundação, ainda era vivo, mas igualmente nas situações em que o filho foi concebido por meio de fecundação homóloga, ainda que póstuma.

É evidente que a questão da P.M.A. é relevante para a sociedade, essencialmente nos dias de hoje, em que a filiação é um direito comum a todos os indivíduos que compõem a família²³². Perante isto, os ordenamentos jurídicos não podem ignorar tais questões, cumprindo ao Estado firmar as regras para solucionar problemas dirimentes que geram conflitos sociais e até pessoais. Assim, e porque a Resolução n.º 2.013/2013 não parece contemplar situações até básicas, como a filiação derivada da P.M.A., nem tão pouco as regras aí fixadas gozam de força legislativa, entendemos que as questões aqui omissas devem ser reguladas pela lei comum já existente. Por conseguinte, e apesar de esta referir, no seu Item V, n.º 3, que no momento da criopreservação os beneficiários devem expressar por escrito a sua vontade, o certo é que quando a mesma se refere à P.M.A. *post mortem* em lado algum regula os moldes em que o consentimento deve ser prestado.

Outrora, entendemos que, de acordo com parte da doutrina, a filiação póstuma não deve deixar de ser reconhecida ao novo ser, sob pena de se violar o artigo n.º 1.597 do Código Civil. Ora, enaltecendo o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do superior interesse da criança, deve ser concedido o reconhecimento da filiação, garantindo não só que o novo ser possa conhecer a sua identidade e ascendência genética, mas igualmente, vê-la declarada e reconhecida²³³.

Também no ordenamento jurídico italiano, e no que toca à fertilização *in vitro*, a lei distingue os casos em que os beneficiários eram casados ou tão-só viviam em união de facto. Assim, quando há relação matrimonial, se a formação do embrião se deu ainda quando o marido era vivo, mesmo que este nasça passados os trezentos dias que a lei presume, o filho adquire o estatuto de filho legítimo²³⁴. Por seu turno, se a formação do embrião ocorre após a morte do marido beneficiário e passados os trezentos dias que a lei presume, a filiação, *ad initio*, apenas se estabelece em relação à mãe e poder-se-á

²³² Cfr. JEHANNE SOSSON, “Filiation et parentalité. Trois réformes législatives aux alentours de la filiation”, in AAVV, *États généraux du droit de la famille*, Bruylant, 2014, p. 161.

²³³ Idem, *Ibidem*.

²³⁴ MICHELE SESTA, *Diritto di Famiglia*, op. cit., pp. 578-579.

agir judicialmente, requerendo a declaração de paternidade, ao abrigo do artigo n.º 276.º do Código Civil italiano²³⁵.

Se, porventura, os beneficiários mantinham uma relação análoga à dos cônjuges²³⁶, portanto, sem vínculo matrimonial, o filho apenas é havido como filho do *de cuius* no caso de este ter consentido em vida na inseminação *post mortem*. Na ausência de tal consentimento não se estabelece qualquer relação de filiação “pai – filho”, nem sequer a criança poderá requerer a declaração judicial de paternidade.

Ordenamento jurídico distinto, mais permissivo, dá a nossa escolha, é o do Reino Unido. Aliás, como já tivemos oportunidade de nos referir²³⁷, o «HFE 2008» não impõe quaisquer entraves de acesso às técnicas de P.M.A. aos beneficiários. Estes podem ser solteiros, casados, heterossexuais ou homossexuais, ou seja, não há distinção em função do estado civil dos cidadãos ou até da sua orientação sexual, o que, como vimos, não acontece em Portugal.

Assim, mostrando o seu avanço a nível normativo, o citado diploma reconhece como pais legais os casais do mesmo sexo, que sejam beneficiários da P.M.A.. Isto é, o estabelecimento deste grau de parentesco por via direta da Lei²³⁸, o que constitui um avanço em relação a outros sistemas legais, nomeadamente os que referimos anteriormente, sendo igualmente um ordenamento permissivo, em relação aos da maioria da União Europeia²³⁹.

No caso em que ambos os beneficiários são unidos pelo matrimónio e a mulher recorre à inseminação artificial com sémen do marido já morto (inseminação *post mortem*) ou, caso o embrião tenha sido concebido em vida dos dois beneficiários, mas transferido apenas após a morte do homem (transferência *post mortem*), e tendo esse consentido por escrito (e não o tendo revogado), quer no uso do seu esperma para depois da morte ou da transferência de embrião *post mortem*²⁴⁰, a criança que há-de nascer adquire os efeitos filiais²⁴¹ que adquiriria se o pai estivesse vivo, não podendo tal

²³⁵ Em Italiano, Codice Civile.

²³⁶ Idem, Ibidem.

²³⁷ Vide Capítulo I, 2.2.

²³⁸ Cfr. HFE 2008, Part 2, 42-50.

²³⁹ PATRÍCIA S. DUARTE, “Reprodução Medicamente Assistida e Direito Penal – Beneficiários, sanções e perspetivas de futuro face ao contexto global” (dissertação de mestrado), Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2014, p. 111.

²⁴⁰ Sendo que já havia o propósito do *de cuius* ver estabelecido o projeto parental que havia iniciado em vida.

²⁴¹ Cfr. HFE 2008, Part 2, 39.

ser corroborado por qualquer presunção²⁴². No entanto, a atribuição do vínculo de paternidade não faz com que necessariamente se estabeleçam efeitos sucessórios, mas atempadamente nos debruçaremos sobre esta temática²⁴³.

Pese embora o referido, é para nós incontornável que, na falta de normatização adequada, a solução para o caso concreto deve ser norteada pelos Direitos Humanos e pela consagração constitucional de cada sistema jurídico, baseado no princípio da igualdade dos filhos, independentemente da situação jurídica que os envolva.

²⁴² Tal como no ordenamento jurídico português, também neste os terceiros dadores não são considerados pais – *Vide* HFE 2008, Part 2, 40.

²⁴³ O Estado da Califórnia, à semelhança do Reino Unido, detém um sistema de Direito baseado na «*common law*». Neste não existe uma verdadeira regulamentação da procriação medicamente assistida, mas, ao invés disso, tal é deixado na disponibilidade privada e sob a decisão livre de cada cidadão, bem como dos médicos. Não há qualquer intervenção do Estado e as despesas e custos inerentes ao acesso a esta prática terão de ser suportados pelos próprios interessados.

CAPÍTULO III – INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E ASPETOS SUCESSÓRIOS

1. Reflexos no Direito das Sucessões

Segundo RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, o sistema sucessório português, ainda que modernizado, caracteriza-se por capitalista²⁴⁴, também denominado por individualista, por contraposição ao sistema familiar²⁴⁵ e socialista²⁴⁶. A nosso ver, estamos perante um sistema misto, onde podemos encontrar não só este sistema individualista, mas também o sistema familiar, com um cunho do sistema socialista²⁴⁷. Este assenta em dois grandes princípios: a autonomia privada e o reconhecimento da propriedade privada²⁴⁸ da generalidade dos bens²⁴⁹. Como corolário do princípio da autonomia privada, aos cidadãos é concedida uma ampla liberdade de testar, desde que com capacidade para tal e garantida a sua vontade, de forma livre e esclarecida.

Neste plano, mais do que nos referirmos aos preceitos constitucionais, importa termos em conta os princípios constitucionais que imediatamente podem ser aplicáveis em sede de direitos sucessórios. Em posição estanque, e possivelmente como princípio basilar, encontramos o reconhecimento da propriedade privada e a sua transmissibilidade por morte do seu titular²⁵⁰, consagrado no artigo 62.º da C.R.P., que faz depender da sucessão, a propriedade. Mas também o princípio da sucessão familiar²⁵¹, consagrado nos artigos 63.º a 72.º e 73.º a 79.º da C.R.P., que preveem diversos Direitos Económicos, Sociais e Culturais – doravante DESC.

²⁴⁴ *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, 2012, p. 113. No mesmo sentido, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª edição, Almedina, 2014, p. 16.

²⁴⁵ Este sistema, que tem vindo a perder a sua relevância, assenta na ideia de um património familiar, que acarreta a supremacia da sucessão legal sobre a testamentária. Isto é, a vontade que o titular deveria ter de livremente dispor dos seus bens, vê-se aqui condicionada, sendo apenas permitido ao *de cuius* que os seus bens fiquem afetos à esfera patrimonial e jurídica dos seus sucessores.

²⁴⁶ Por seu turno, o sistema socialista caracteriza-se por ser marcadamente coletivo, assente num diferente regime de apropriação dos bens. Isto é, a liberdade do titular dispor dos bens dos quais é legítimo proprietário encontra-se limitada, revertendo os mesmos a favor do Estado, aquando a sua morte.

²⁴⁷ No mesmo sentido, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 17.

²⁴⁸ *Idem*, p. 14.

²⁴⁹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição revista e atualizada, Quid Juris Sociedade Editora, 2012, p. 32.

²⁵⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 122.

²⁵¹ *Idem*, p. 123.

Merece igualmente destaque o princípio que tutela a família como uma instituição essencial da sociedade²⁵² – artigo 36.º da C.R.P. – proibindo, de igual forma, o tratamento diferenciado dos qualitativos de legítimo ou ilegítimo, em relação aos filhos nascidos dentro ou fora do casamento, respetivamente – princípio da igualdade do parentesco²⁵³. Tal corolário interliga-se com o princípio da igualdade e proibição da discriminação, patente no artigo 13.º do mesmo diploma legal, entendendo-se, pela mesma razão, a desigualdade dentro de cada estirpe sucessória.

Posto isto, importa referirmos o que é então a “sucessão” e de que forma a mesma se desenvolve. O termo “sucessão” beneficia de um sentido jurídico amplo, que abrange a sucessão por morte, também denominada *mortis causa*, e a sucessão em vida²⁵⁴. Estas distinguem-se na medida em que a sucessão *mortis causa* pressupõe que a morte seja causa ou concausa para a transmissão de bens ou para se operar uma mudança de titularidade de dívidas ou direitos sobre determinados bens, enquanto que a sucessão em vida não tem como pressuposto a morte²⁵⁵.

Em termos gerais, a “sucessão” mais não é do que a ocupação, por uma ou várias pessoas, do lugar de uma outra em determinadas situações jurídicas. Aliás, o Código Civil refere-se a esta noção, no seu artigo 2024.º, como o *chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam*.

A morte, por muito lógico que isto possa parecer, é o fim da vida e com ela o término da personalidade jurídica (artigo 68.º, n.º 1, do C.C.) que lhe fora atribuída aquando do nascimento completo e com vida (artigo 66.º, n.º 1, do C.C.). Com a morte, as relações do *de cuius* cessam automaticamente, pois não há fundamento para a sua prossecução. Talvez por tal motivo o livro das Sucessões apareça no final da sistematização do nosso Código.

Muito embora tenha sido possível, através da progressão da ciência e dos meios tecnológicos postos ao dispor dos cidadãos, a conceção de uma pessoa, com personalidade jurídica²⁵⁶, em boa verdade o sistema sucessório português viu-se

²⁵² A este propósito, veja-se LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 37.

²⁵³ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 125.

²⁵⁴ Como é o caso da cessão da posição contratual – artigos 424.º e 427.º do C.C..

²⁵⁵ *Idem*, p. 28.

²⁵⁶ E mais à frente discutiremos se esta personalidade se inicia com a conceção ou findo o nascimento completo e com vida, mesmo após a morte do *de cuius*.

fragilizado e posto em causa, não sendo capaz, a nosso ver, de acompanhar, na sua plenitude, tais avanços.

A exposição anterior conduz, no plano imediato, ao reconhecimento do fenómeno sucessório como um instituto imprescindível para o sistema jurídico português²⁵⁷, pronto a regular as situações da vida privada dos cidadãos²⁵⁸. Claro está que, após a morte do cidadão há que atribuir a titularidade dos seus bens, se existentes, sendo chamados os sucessíveis, de acordo com as relações pessoais que tinham para com o falecido. Por esta via, podemos notar que o Direito da Filiação, também ele regulado no C.C., é intrínseco ao fenómeno sucessório e é, *prima facie*, a partir dele que os sujeitos são chamados a ocupar a titularidade das relações jurídicas patrimoniais do falecido.

2. Vocação sucessória

Como já referido, a morte é o facto que determina a abertura da sucessão. A sucessão *mortis causa* tem por base dois critérios: em primeiro lugar a vocação sucessória e, em segundo lugar, o objeto conducente à sucessão.

A nível da vocação sucessória e atento o disposto no artigo 2032.º, n.º 1, do C.C., desde logo podemos verificar a existência de três pressupostos cumulativos e simultâneos: a titularidade pelo chamado de designação sucessória prioritária, a existência e, por último, a capacidade (a nível sucessório) do(s) sucessível(is) no momento da abertura da sucessão²⁵⁹.

Dispõe o artigo 2026.º do C.C. que a sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato²⁶⁰. Tal norma é imperativa e não admite qualquer acrescento a esta tipificação. Assim sendo, após a morte do *de cuius*, e aquando o momento de abertura da sucessão²⁶¹, são chamados a ocupar a titularidade dos bens do falecido as pessoas que o sucedem.

²⁵⁷ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 31.

²⁵⁸ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 16, reconhece que as conexões essenciais do Direito das Sucessões são a família, a propriedade e o Estado.

²⁵⁹ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 282.

²⁶⁰ JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 269; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 49.

²⁶¹ JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 271.

No sistema sucessório português, encontramos a sucessão legal, quando em causa estão presentes direitos sucessórios que decorrem diretamente da lei. Esta, por seu turno, conhece duas espécies: a sucessão legítima, de caráter supletivo – artigos 2131.º e ss. do C.C. – e a sucessão legitimária, com caráter imperativo – artigos 2156.º e ss. do C.C., que correspondente à porção de bens que compõem a quota indisponível²⁶², consoante possa ser afastado, ou não, pela vontade do autor da sucessão²⁶³.

Assim, a sucessão legítima e a legitimária são passíveis de distinção, ao abrigo do artigo 2027.º do C.C. e, segundo o qual, o ponto de distinção entre ambas tem que ver com a (im)possibilidade de ser afastada pela vontade do autor da sucessão. Isto é, a sucessão legitimária não pode ser afastada por vontade do *de cuius* – artigo 2156.º, norma com caráter imperativo. Esta é composta por duas porções de bens: a quota legítima ou indisponível, e respeita aos bens dos quais o autor da sucessão era tido como titular, mas não pode deles dispor livremente, já que a porção desses bens está reservada aos seus herdeiros legitimários, isto é, ao cônjuge, descendentes e ascendentes, como estabelece o artigo 2157.º do C.C., e a quota disponível, sendo que aqui o autor da sucessão pode dispor dos bens a favor de quem entender.

Concomitantemente, a sucessão legítima, apesar de deferida por lei, pode ser afastada por vontade do autor, respeitando aos bens em que este não dispôs de forma válida e / ou eficazmente²⁶⁴, muito embora o pudesse ter feito. Por assim ser, e contrariamente ao que acontece na sucessão legitimária, esta encabeça a chamada “quota disponível”, e aplica-se na falta, invalidade ou ineficácia da disposição testamentária do *de cuius*, em relação a todos ou parte dos bens dos quais era titular e podia dispor para depois da morte, sendo chamados à sucessão os herdeiros legítimos – artigo 2131.º do C.C., obviamente respeitada a preferência de classes e a preferência de graus de parentesco, bem como a sucessão por cabeça²⁶⁵.

Em detrimento da sucessão legal, a sucessão voluntária, como o próprio nome indica, caracteriza-se por um ato de disposição voluntário por parte do falecido²⁶⁶. Esta também comporta duas espécies, podendo ser unilateral, no caso do testamento, daí ser

²⁶² CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., pp. 18-19.

²⁶³ *Idem*, p. 49.

²⁶⁴ *Idem*, p. 50.

²⁶⁵ Conforme consagram os artigos 2134.º, 2135.º e 2136.º do C.C., respetivamente. De notar que em relação à sucessão por cabeça, e de acordo com o consagrado no n.º 2 deste preceito legal, são admitidas as exceções previstas nos artigos 2139.º *in fine*, 2140.º, 2142.º, n.º 1, e 2146.º todos do C.C..

²⁶⁶ *Idem*, *Ibidem*, e pp. 18-20.

chamada como sucessão testamentária, e pode revestir caráter bilateral, com acordo de ambas as partes, pressupondo, portanto, um contrato, designando-se por sucessão contratual²⁶⁷.

A sucessão testamentária, prevista nos artigos 2179.º a 2334.º do C.C., assenta, quanto aos seus aspetos mais específicos, no testamento, definido no artigo 2179.º, n.º 1, do C.C., e incide sobre a quota disponível do autor²⁶⁸ da sucessão, havendo herdeiros legitimários, ou, não os havendo, na totalidade dos bens da herança²⁶⁹. O próprio título designativo – o testamento – constitui um negócio jurídico unilateral, com essência revogável²⁷⁰, sendo que até ao momento da morte do seu autor, este pode livremente revogá-lo e afastar, alterar ou acrescentar quaisquer sucessíveis²⁷¹.

Finalmente, a sucessão contratual, prevista no artigo 2028.º do C.C., verifica-se quando alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua sucessão ou da de outrem ainda não aberta, por contrato. Nesta aceção, o contrato sucessório, em oposição ao que acontece na sucessão testamentária, caracteriza-se por um negócio jurídico bilateral, gratuito e *mortis causa*²⁷². Por força do n.º 2 do mesmo artigo, apenas são admitidos os pactos sucessórios previstos na lei e todos os demais são proibidos, com ressalva para o artigo 946.º, n.º 2, do C.C., sendo que uma vez realizados, padecem de nulidade – artigos 286.º e 289.º e ss..

Posto o referido, a vocação sucessória mais não é do que o chamamento dos sucessíveis à herança de uma pessoa falecida e, dentro destes, os que gozam de uma prioridade na hierarquia dos sucessíveis²⁷³ – artigo 2032.º, n.º 1, do C.C., e afere-se no momento da abertura da sucessão²⁷⁴. Ora, para o chamamento são necessários alguns requisitos, de entre os quais a capacidade sucessória (n.º 1 do artigo 2032.º, parte final, do C.C.)²⁷⁵. E isto, indubitavelmente, leva-nos a colocar a seguinte questão: terão os nascituros e conceturos capacidade sucessória, mesmo após a morte do autor da

²⁶⁷ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 82, designa a sucessão contratual por pactícia, exatamente devido ao pacto sucessório que se estabelece entre os contratantes.

²⁶⁸ Para a determinação da capacidade testamentária importa a capacidade de gozo – artigo 2188.º do C.C.. Cfr. Idem, p. 469.

²⁶⁹ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 52.

²⁷⁰ Vide artigo 2311.º, n.º 1, do C.C..

²⁷¹ Assim, facilmente depreendemos que quanto a este tipo de sucessão, vigora o princípio da liberdade testamentária, prevista no artigo 62.º, n.º 1, da C.R.P., segundo o qual se consagra não só a possibilidade de revogação do testamento até ao momento da morte do seu autor, como também a liberdade de testar, enquanto expressão máxima da vontade do autor da sucessão.

²⁷² LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 556.

²⁷³ Veja-se SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 96.

²⁷⁴ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 77.

²⁷⁵ São três os pressupostos, cumulativos e de verificação simultânea, da vocação sucessória: a titularidade do sucessível de designação sucessória prioritária, a existência e a capacidade sucessória – Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 282.

sucessão? Por outras palavras, ao abrigo da inseminação homóloga *post mortem*, os nascituros ou conceturos têm capacidade para suceder?

2.1. A titularidade de designação sucessória prioritária

O chamamento tem lugar para a titularidade das relações jurídicas²⁷⁶ do falecido, isto é, para quem com ele tem estreitas relações pessoais. Assim, a designação sucessória prioritária pode resultar da lei – sucessão legal – ou da vontade do *de cuius*, quer seja manifestada por testamento ou contrato – sucessão voluntária²⁷⁷ -, e mais não é do que a determinação, ainda em vida do autor da sucessão, das pessoas que podem vir a suceder-lhe aquando a sua morte²⁷⁸.

Ora, tendo por base a distinção quanto à sucessão voluntária e à sucessão legal, e no caso de ausência de disposição dos bens do autor da sucessão para depois da morte, ou sendo essa inválida, ineficaz ou não abranger a totalidade do património deste, a lei estabelece quais são os sucessíveis que devem ser chamados para ocupar essa mesma posição jurídica, que se afere no momento da morte do autor da sucessão, tendo sempre por base a relação prioritária.

Como refere CRISTINA ARAÚJO DIAS, ocupam o topo da hierarquia os sucessíveis legitimários²⁷⁹, na medida da sua legítima, e em relação aos bens que constituem a quota indisponível. Em segundo lugar, os sucessíveis contratuais, seguidos dos sucessíveis testamentários. E, por último, surge a designação legítima que apenas existirá no caso de o autor da sucessão não ter disposto dos seus bens por pacto sucessório ou testamento, bem como, se essa disposição não for considerada válida e eficaz ou se apenas se tiver disposto em parte, como aliás, já referido.

Resta acrescentar que, devido à instabilidade do fenómeno sucessório, e à própria instabilidade do elenco dos sucessíveis, pois podem sempre vir a verificar-se novos factos designativos²⁸⁰, a fixação da prevalência sucessória referida no artigo

²⁷⁶ Se bem que RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA considera que o escalonamento dos designados como sucessíveis, mesmo que se tenha em conta a relação jurídica existente entre eles (designado e *de cuius*) é bastante instável, pois a todo o momento podem surgir novos herdeiros legitimários ou até desaparecer, por exemplo. Cfr. *Idem*, p. 149.

²⁷⁷ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 96.

²⁷⁸ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 75.

²⁷⁹ *Idem*, p. 77.

²⁸⁰ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 134.

2032.º, n.º 1, do C.C., reporta-se a um único momento, isto é, ao momento da morte do *de cuius* que coincide com o momento de abertura da sucessão²⁸¹.

2.2. O pressuposto de existência e a capacidade sucessória

Segundo o artigo 2032.º do Código Civil, para além da obrigatoriedade do gozo de uma designação sucessória prevalente (prioritária), apenas são chamados à titularidade das relações jurídicas do *de cuius*, os que existam e tenham capacidade, em termos sucessórios²⁸². Ora, esta capacidade – consagrada no artigo 2033.º do C.C. – abrange não só o Estado, mas também as pessoas nascidas ou concebidas²⁸³ à data da morte do autor da sucessão, desde que não excetuadas por lei, como é o caso da deserdação ou indignidade.

Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade para suceder as pessoas coletivas e sociedades (alínea b) do n.º 2 do artigo 2033.º do C.C.) e os nascituros não concebidos, mas que sejam filhos de determinada pessoa, viva ao tempo da morte do autor e, concomitantemente, da abertura da sucessão (alínea a) do n.º 2 do artigo 2033.º do C.C.).

Pela leitura do preceito, decorre imediatamente que a lei pressupõe que apenas podem ocupar a sucessão legal e, conseqüentemente, a posição de sucessores os que já existam no momento da abertura da sucessão. Em termos de sucessão voluntária, a lei concede capacidade sucessória aos nascituros ainda não concebidos, não existentes portanto, desde que verificados os requisitos consagrados no artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do C.C..

Assim, e quanto à vocação sucessória de nascituros já concebidos, é para nós claro que estes podem suceder tanto pela sucessão legal, como pela sucessão voluntária (testamental e contratual), conforme podemos retirar do artigo 2033.º, n.º 1, do C.C.,

²⁸¹ Veja-se RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 150.

²⁸² Segundo JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 276, além da capacidade, o legislador exige, ainda que implicitamente, personalidade jurídica, visto que não se pode atribuir essa capacidade a quem não é pessoa jurídica. Obviamente não concordamos com esta posição, pois é para nós inegável que a personalidade se adquire no momento da concepção, no entanto, apenas se efetiva aquando o nascimento. Este é o entendimento partilhado por alguns autores, como RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, VERA LÚCIA RAPOSO.

²⁸³ JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 277. O autor não entende o porquê de ser atribuída capacidade sucessória ao nascituro já concebido, na medida em que este adquire apenas personalidade aquando o nascimento.

com a condição de que estes venham a nascer com vida²⁸⁴ nos trezentos dias subsequentes à morte do autor da sucessão. Pela consagração da lei, a eficácia da vocação está dependente da *conditio iuris* do nascimento, sendo que apesar de a lei atribuir, numa primeira fase, direitos a quem (para muitos autores) ainda não é sujeito, faz deles depender o seu nascimento.

Para nós, como aliás já tivemos oportunidade de nos referir, a partir do momento da concepção do novo ser, este já é merecedor de uma verdadeira tutela e adquire direitos na medida em que lhes possam ser adquiridos – como é o caso da integridade física ou da perfilhação de nascituros²⁸⁵ (artigo 1885.º do C.C.). Contudo, é óbvio que, não sendo ainda pessoa humana, mas claramente um sujeito, não é um ser suscetível de adquirir todos e quaisquer direitos na medida em que alguns dependem do nascimento. É o caso dos direitos sucessórios. Cremos que o nascituro já concebido tem capacidade para suceder, tendo, portanto, personalidade jurídica, ainda que limitada ao seu nascimento completo e com vida.

No que concerne à problemática da vocação sucessória dos conceturos, sendo que não há ainda sequer a concepção, a lei apenas lhes atribui capacidade limitada à sucessão testamentária ou contratual. No caso, ainda não há qualquer expectativa de vida em sentido próprio; há sim, num sentido abstrato, a expectativa de que o sémen criopreservado do *de cuius* venha a gerar uma nova vida, se utilizado.

Aqui sim, há atribuição de direitos, muito embora também eles dependentes do nascimento completo e com vida – artigo 66.º, n.º 2, do CC. – sem sujeito.

2.2.1. A personalidade humana pré-natal

Em sede de análise acerca do pressuposto da existência, cumpre-nos saber se o nascituro e o conceturo terão personalidade e capacidade jurídicas próprias, sendo merecedores, portanto, de uma completa tutela jurídica²⁸⁶.

Em relação ao nascituro, parece-nos inegável a existência de vida humana, embora o ser funcionalmente ainda esteja dependente da mãe. Ao abrigo do artigo 24.º

²⁸⁴ De acordo com o artigo 66.º, n.º 2, do C.C., os direitos a conceder aos nascituros dependem do seu nascimento completo e com vida.

²⁸⁵ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 95.

²⁸⁶ Quanto a esta questão já tivemos oportunidade de evidenciar a nossa posição, consagrando ao embrião um verdadeiro estatuto.

da C.R.P., o legislador constitucional prevê o direito à vida. No entanto, e porque não é capaz de especificar se tal preceito se aplica à vida extrauterina, uterina ou a ambas²⁸⁷, somos da opinião que se possa interpretar o preceito na globalidade e atribuir, desta forma, tutela constitucional ao nascituro²⁸⁸.

A tutela geral de personalidade do nascituro não deve sequer ser obstada pelo disposto no artigo 66.º, n.º 2, do C.C., pois, partilhando da opinião de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, parece-nos que o legislador não quis fazer depender da atribuição destes direitos o nascimento, nem a sujeição a um «*numerus clausus*»²⁸⁹. Cremos sim que o legislador não pretendeu a atribuição de uma personalidade plena, mas, no entanto também não quis a desproteção de qualquer tutela.

De acordo com isto, entendemos que a personalidade a que se refere o artigo 66.º, n.º 2, do C.C. se reporta ao começo da personalidade jurídica plena^{290 291}. Pelo que até ao momento do nascimento, apesar do nascituro não ter a dita personalidade plena, tem-na parcialmente, como é o caso do respeito pela sua integridade física e livre desenvolvimento.

Ainda quanto ao nascituro, ser de natureza humana, em profunda transformação, potencial ser humano na sua plenitude, compreende-se que a lei lhe assegure proteção normativa²⁹². A nosso ver, e aquando a conceção, o embrião já é digno de tutela constitucional e civil, devendo ser-lhe atribuídos verdadeiros direitos de personalidade^{293 294}, se não na sua totalidade, pelo menos parte do que os compõem.

Assim, e nesta ordem de ideias, sendo o nascituro merecedor de uma verdadeira tutela constitucional e civil, com a proteção normativa que lhe é devida, e atenta a sua

²⁸⁷ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2011, p. 158.

²⁸⁸ Além da tutela constitucional, o legislador quis punir penalmente os crimes contra a vida intrauterina, através dos artigos 140.º e ss. do C.P.. Acresce que, podemos encontrar também a vida uterina tutelada nos artigos 1878.º, n.º 1, 1826.º, n.º 1, 1854.º, 1855.º, 2240.º, todos do C.C..

²⁸⁹ Personalidade física e moral.

²⁹⁰ *Idem*, pp. 160-161.

²⁹¹ *O nascimento não é um começo mas apenas é um passo*. Esta ilustre frase, vem reforçar a ideia defendida por RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, e da qual plenamente concordamos. O começo da personalidade inicia-se aquando a conceção, mas apenas se efetiva na sua plenitude e em todas as suas vertentes, aquando o nascimento completo e com vida. Até aí, v.g., o nascituro tem direito à integridade física e moral. Também nesta ordem de pensamento, DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 44, novembro/dezembro, 2006, p. 25.

²⁹² Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p. 67.

²⁹³ Direitos esses que, apesar de vigorarem *erga omnes*, não são direitos absolutos. Veja-se, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, in *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, 2009, p. 64. Para ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, “Direitos de Personalidade”, in *Revista Jurídica*, vol. 21, n.º 1, 2005, p. 11, estes direitos são absolutos, atenta a sua oponibilidade *erga omnes* e existem originariamente a partir da conceção. Caraterizam-se ainda por serem intransmissíveis, inatos, extrapatrimoniais, impenhoráveis, vitalícios e imprescritíveis.

²⁹⁴ Para RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 361, apesar da personalidade física e moral do nascituro já concebido, não podemos afirmar que este beneficie de tutela geral juscivilística.

existência à data da morte do *de cuius*, ainda que criopreservado, pressupomos que este se encontra com a capacidade sucessória que a lei exige para que seja sucessor do *de cuius*, sem prejuízo do concreto exercício dos seus direitos estar atribuído aos seus representantes legais.

3. Objeto da sucessão

Chegados aqui, importa saber no que se sucede, e não a que título. De acordo com este critério, impõe-se distinguir a sucessão universal *mortis causa* da sucessão singular *mortis causa*. Se a primeira se trata de herança, a segunda diz respeito ao legado²⁹⁵. Nesta base, estabelece-se a distinção entre herdeiro e legatário.

O artigo 2030.º, n.º 1, do C.C. esclarece que são havidos como sucessores os herdeiros e os legatários, sendo que o n.º 2 do mesmo preceito legal clarifica a distinção entre ambos. Assim, o herdeiro *sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido* (sucessão universal *mortis causa*), ao passo que o legatário *sucede em bens ou valores determinados*, com exclusão dos demais (sucessão singular *mortis causa*).

Pela conjugação do n.º 2 do artigo 2030.º com o n.º 3 do mesmo artigo, podemos facilmente identificar três situações típicas de disposição a título de herança, isto é, a favor do herdeiro. São eles, a sucessão na *totalidade* do património do falecido, sucessão na *quota*²⁹⁶ ²⁹⁷desse património e a sucessão no *remanescente* dos bens do falecido.

Da segunda parte do n.º 2 do artigo 2030.º, em articulação com os n.ºs 3 e 4 do mesmo preceito, podemos retirar a ideia de que ao legatário são atribuídos bens determinados, o que não quer dizer que tenham de ser bens especificados – é o caso do artigo 2267.º (legado alternativo) e 2253.º (legado de coisa genérica)²⁹⁸. Também as deixas de patrimónios autónomos ou de unidades jurídicas, o estabelecimento comercial

²⁹⁵ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 53.

²⁹⁶ Idem, p. 54, refere-se que a quota aqui em causa se deve entender por quota-parte alíquota, quando cabem no todo um número certo de vezes; no caso de não caber, então a quota tem-se por não alíquota.

²⁹⁷ Na sucessão legal, a quota não é exatamente a mesma entre os herdeiros – vejamos o caso do cônjuge sobrevivente e os ascendentes. No caso da sucessão testamentária, necessariamente o valor das quotas hereditárias é uma matéria que se encontra na livre disponibilidade do testador.

²⁹⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 92.

ou a deixa de usufruto (artigo 2030.º, n.º 4 do C.C.) são considerados como um legado²⁹⁹.

Para a plena compreensão da distinção entre a herança (herdeiro) e o legado (legatário) haveríamos de nos referir às diferenças quanto ao regime jurídico aplicáveis. No entanto, e apenas como uma breve súmula, estas residem na responsabilidade pelos encargos da herança, ao direito à partilha, ao direito de acrescer, à aponibilidade de termo e ao direito de preferência na venda da herança³⁰⁰.

4. Tutela sucessória de pessoa nascida mediante P.M.A. homóloga *post mortem*

Tendo em conta que a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, carece de regulamentação no que toca aos aspetos sucessórios, outra solução não nos resta, se não o recurso à lei ordinária. Assim, impõe-se ter por base os pressupostos da vocação sucessória por nós já referidos, como sendo a prevalência de uma designação prioritária, bem como o pressuposto da existência no momento da morte do *de cuius*, logo, no momento da abertura da sucessão, e até a capacidade sucessória. Assim, a existência de simples gâmetas ou até embriões, ainda que criopreservados, provenientes de homem já falecido, impõe o reconhecimento de um qualquer vínculo de filiação face a este, daí advindo (ou não) efeitos sucessórios.

Para a análise mais cuidada do caso em apreço, e da forma de tratamento perante a doutrina, importa distinguirmos os casos em que à data da morte do *de cuius* o nascituro, mesmo ainda não implantado, venha a nascer no prazo máximo de trezentos dias, o caso em que esse nasce passados os trezentos dias após a morte do *de cuius* e os casos em que simplesmente temos os gâmetas criopreservados e a mulher, após a morte do seu marido ou companheiro, venha a ser inseminada, com ou sem o consentimento deste.

²⁹⁹ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 58.

³⁰⁰ Nesta dissertação, não vamos fazer a distinção entre herdeiro e legatário quanto a estas modalidades, pois consideramos que extravasa o tema a que nos propusemos. Fiquemos apenas como umas luzes dos pontos de destrição que podemos verificar. Cfr. Idem, pp. 61-67; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., pp. 95-100.

4.1. A questão à luz da doutrina

A questão que menos controvérsia gera na doutrina tem que ver com os nascituros já concebidos, e inclusive, implantados no útero da mulher à data da morte do seu marido ou companheiro³⁰¹. Nestes casos, e quer em relação aos direitos paterno-filiais, quer aos efeitos sucessórios, tudo se passa como se de procriação natural se tratasse, mais uma vez dando cumprimento ao princípio da não discriminação de pessoas nascidas por via da P.M.A..

É, assim, pacífica a atribuição dos referidos efeitos aos nascituros já concebidos e implantados aquando a morte do beneficiário das técnicas de P.M.A.³⁰², pois sabendo-se que estes já possuem uma certa existência jurídica, a sua vocação está apenas dependente do nascimento³⁰³ (artigo 66.º, n.º 2, do C.C.)³⁰⁴.

Em relação aos nascituros não implantados, são diversos os autores que fazem a distinção acerca do momento em que o novo ser venha a nascer. Assim, de acordo com o artigo 1798.º do C.C., que estabelece que o momento da conceção se compreende entre os primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam ao nascimento da criança, com ressalva para as disposições seguintes, atribuem-lhes efeitos sucessórios, consoante nasçam antes ou depois dos trezentos dias que a lei presume.

A lei parece tutelar, à primeira vista, a expectativa de vida dos nascituros já concebidos. Pelos preceitos que tivemos oportunidade de nos referir em sede do Direito da Filiação, parece-nos que, e no que respeita aos casais unidos pelo matrimónio, quer o embrião esteja já implantado no útero, quer nasça nos trezentos dias que a lei presume – artigo 1829.º, n.º 1, do C.C. - opera a presunção de paternidade do pai em relação ao filho, e daí advém os seus efeitos sucessórios³⁰⁵. Isto é, apesar do C.C. não ser muito claro quanto a esta questão, quando se refere à atribuição de capacidade sucessória ao nascituro, cremos que, em conjunto com a interpretação do artigo 1829.º, n.º 1, do C.C.,

³⁰¹ Casos há em que os nascituros já estão concebidos, mas ainda não estão implantados no útero materno. É o caso da fertilização *in vitro*, em que o embrião se encontra em estado de criopreservação, à espera de ser transferido para o útero.

³⁰² A este propósito, vejam-se autores como LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 164; SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 154; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 285, etc.

³⁰³ A corrente doutrinária maioritária atribui personalidade jurídica ao nascituro, contudo condicionada ao nascimento – condição suspensiva do nascimento.

³⁰⁴ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 95.

³⁰⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, “A necessidade da lei da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, op. cit., p. 211.

resulta por assente que os nascituros que se compreendam nesta situação serão havidos como sucessores. Mas, e se ultrapassados os trezentos dias?

Apesar de a Lei da P.M.A. estabelecer um prazo razoável para que a mulher tome a decisão acerca da transferência *post mortem* do embrião, não menos verdade é que esta não consagra um verdadeiro prazo, com limites estritamente definidos; apenas se refere a um prazo razoável. Ora, este conceito indeterminado, carecido de valoração, coloca problemas, não apenas no que toca à filiação, mas também ao fenómeno sucessório.

Tendo por base o que referimos anteriormente, até ao 300.º dia de nascimento deste novo ser, ele parece estar protegido a nível dos efeitos paterno-filiais e a nível do aspecto sucessório, sendo garantidos todos os seus direitos. Mas, e se esta criança vem a nascer passados os trezentos dias³⁰⁶? Cessa a presunção de paternidade. Consequentemente, serão-lhe retirados efeitos sucessórios quanto ao *de cuius*, já que este não tem capacidade para suceder, nos termos da lei?

Em pior situação ainda encontram-se os nascituros ainda não concebidos³⁰⁷. Mesmo tendo por assente que a inseminação *post mortem* se encontra vedada por lei, a mulher do falecido, tendo o seu sémen criopreservado, poderá sempre ser inseminada, não sendo penalizada por tal. E este novo ser, não existente à data da abertura da sucessão, adquirirá efeitos sucessórios?

Estas questões levam a que nos possamos interrogar acerca da admissibilidade de direitos, mesmo sem os sujeitos.

Note-se que, a própria lei, no seu artigo 2033.º, n.º 1, do C.C., equipara aos nascituros os conceturos, desde que já existentes na altura da abertura da sucessão³⁰⁸. Problema diverso, e que nos cumpre tratar, centra-se na capacidade de estes sucederem

³⁰⁶ Idem, *Ibidem*. O autor defende que, de acordo com o princípio da não discriminação com base no nascimento resultante do recurso às técnicas de P.M.A., não deve ser negada a qualidade de sucessível ao filho que vier a nascer, se este à morte do *de cuius* já se tratava de um embrião, só porque nasceu passados os trezentos dias que a lei estabelece. Apesar disto, reclama uma clarificação por parte da lei.

³⁰⁷ No Brasil, existem inúmeras teorias acerca do início da personalidade e condição jurídica do nascituro. A primeira delas, a *natalista*, defende que a personalidade civil começa desde o nascimento completo e com vida; a segunda, denominada *personalidade condicional*, reconhece a personalidade desde a concepção, mas apenas e se a criança vier a nascer com vida; por último, a terceira corrente doutrinária, conhecida por teoria *concecionista*, sustenta que a personalidade se inicia aquando a concepção, sem imposição de qualquer condição, momento em que adquire direitos de personalidade. Sobre este assunto, veja-se SILMARA CHINELATO E ALMEIDA, “Bioética e Dano Pré-Natal”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 17, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999, pp. 305-307. A autora sustenta que, na sua opinião, o início da personalidade não está sujeita a condições. No entanto, e no que respeita a direitos patrimoniais, como a herança ou a doação, defende que o nascimento se torna necessário para efetivação de direitos.

³⁰⁸ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 285.

quando, mesmo ainda não existentes no momento da morte do *de cuius*, logo, ausentes do momento de abertura da sucessão, venham a nascer de forma completa e com vida.

Assim sendo, para LUÍS A. CARVALHO FERNANDES³⁰⁹ e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO³¹⁰, se o nascituro, quer implantado ou não, vier a nascer no prazo máximo de trezentos dias subsequentes à data da morte do autor da sucessão, são-lhe atribuídos efeitos sucessórios, por força da referida presunção, aplicando-se, ainda que analogicamente, o disposto no n.º 1 do artigo 2033.º do C.C.. Por seu turno, se o nascimento ocorrer para além dos trezentos dias que a lei presume, presunção essa que pode ser ilidível³¹¹, os autores não consideram que se possam atribuir efeitos sucessórios a esta criança³¹².

Apesar da posição de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, quanto ao estabelecimento de filiação nos casos de inseminação *post mortem*, e neste aspeto já tivemos oportunidade de evidenciar a nossa concordância, o autor considera que, embora devam ser atribuídos efeitos paterno-filiais a esta criança, como forma de reconhecimento da sua ascendência e identidade genética, mesmo que ela nasça após o 300.º dia e quer tenha existido, ou não, consentimento por parte do marido ou companheiro, não se depreendem daqui quaisquer efeitos sucessórios, atenta a dinâmica da sucessão, que pressupõe o seu rápido desenvolvimento³¹³. Ora, não estabelecendo a Lei da P.M.A. um prazo para a transferência *post mortem*, apenas se referindo à razoabilidade, entende o autor que não poderemos atribuir efeitos sucessórios, sob pena de estarmos *ad eternum* nesta impassividade.

Por seu lado, para estes mesmos autores, os nascituros não concebidos (conceituos) podem vir a adquirir capacidade sucessória e ser chamados a suceder, mas apenas na sucessão voluntária – testamentária ou contratual – ao abrigo do artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do C.C.³¹⁴, desde que o falecido tenha deixado em testamento que dispõe a sua quota disponível a favor do filho que poderá vir a nascer por meio do

³⁰⁹ *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 164.

³¹⁰ *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2000, p. 128.

³¹¹ Através do mecanismo do artigo 1800.º - ação judicial destinada a fixar a data provável da concepção.

³¹² CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL sustenta que tratando-se de conceituos não implantados, estão, por força do artigo 2033.º, n.º 1, do C.C., fora do âmbito da capacidade sucessória, logo, não lhes devem ser reconhecidos quaisquer efeitos sucessórios no que toca à sucessão legal, independentemente de nascerem dentro ou fora dos trezentos dias que a lei presume. Para adquirirem direitos face à sucessão legal, teriam de cumprir o pressuposto da existência à data da abertura da sucessão.

³¹³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, p. 128.

³¹⁴ Disposição semelhante possui o Código Civil Italiano, no capítulo 2, artigo 462.º, referindo que podem os filhos de uma determinada pessoa viva ao tempo da morte do testador (e aqui também se presume os filhos deste que porventura possam surgir) receber por testamento, ainda que não concebidos. Veja-se ANA CLÁUDIA S. SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução Assistida*, op. cit., p. 269.

recurso às técnicas de P.M.A., indicando, cumulativamente, quem é a mãe do beneficiário destes efeitos sucessórios, sendo que esta deve estar viva à data da abertura da sucessão^{315 316}. Segundo CRISTINA ARAÚJO DIAS³¹⁷, o chamamento deste tipo de sucessíveis é uma verdadeira exceção ao requisito da existência, pois não estamos perante uma realidade biológica, o que é um facto.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO não considera o preceituado anteriormente extensível aos embriões criopreservados, isto é, não os considera abrangidos pelo n.º 1 do artigo 2033.º do C.C.. SANDRA MARQUES MAGALHÃES³¹⁸ discorda desta posição, argumentando que se assim fosse, e pelo que o autor defende, não existiriam duas categorias de pessoas nascidas por técnicas de P.M.A., mas três: os filhos que nascem no prazo máximo de trezentos dias, contados a partir do óbito do autor da sucessão – com vocação sucessória legal e testamentária; os que nasceram mediante inseminação *post mortem* – podem beneficiar de deiza testamentária; e os que nascem mediante transferência de embriões criopreservados após a morte do autor da sucessão, mas que não são beneficiários de quaisquer direitos sucessórios.

TIAGO DUARTE³¹⁹ entende que, mesmo em relação ao embrião criopreservado, devemos atribuir-lhe capacidade sucessória, visto já existir uma expectativa de vida de um novo ser. Já no que se refere ao conceturo, isto é, na inseminação artificial *post mortem*, e atenta a proibição elencada na lei, este só adquire capacidade sucessória para encabeçar a sucessão testamentária, posição que SANDRA MARQUES MAGALHÃES³²⁰ refuta.

Esta mesma autora sustenta que, atento o disposto no artigo 23.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que atribui efeitos paterno-filiais à criança que vier a nascer, e a consequente atribuição de direitos sucessórios, não se justifica que o filho seja prejudicado devido ao modo e ao tempo em que nasceu, tendo em conta que as normas existem como forma de melhor tutelar os interesses sucessórios deste e não o contrário³²¹.

³¹⁵ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 166.

³¹⁶ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 287, acrescenta que os nascituros não concebidos não são chamados à sucessão legítima, nem legitimária, mas apenas têm vocação sucessória no que concerne à sucessão testamentária e ainda a contratual.

³¹⁷ *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 97.

³¹⁸ *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 165.

³¹⁹ *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, op. cit., p. 114.

³²⁰ *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 167.

³²¹ *Idem*, *Ibidem*.

JORGE DUARTE PINHEIRO³²² partilha da opinião perfilhada por SANDRA MARQUES MAGALHÃES, quando se refere que não devem ser negados direitos sucessórios ao filho que vier a nascer, só porque nasceu para além do limite que a lei estabelece, em cumprimento do princípio da não discriminação de pessoa nascida com recurso a técnicas de P.M.A..

Como forma de tentar ultrapassar as lacunas da lei, mas reclamando por uma intervenção legislativa, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES³²³ não vê razões para não se permitir, se bem que a título temporário, que o direito subjetivo, tido como um poder jurídico, subsista, mas sem que, no entanto, esteja atribuído a qualquer pessoa. Este reconhece que deveria existir um tempo intermédio desde a abertura da sucessão até à mudança de titularidade dos bens, e assegurada a conservação destes mesmos bens que se têm por objeto, de modo a que o futuro titular, quer seja o nascituro ou o conceturo, não venha a sair prejudicado nos seus direitos.

Para o autor, se o beneficiário da disposição já estiver concebido, nascituro *stricto sensu*, a administração cabe a quem administraria os seus bens no caso de este já ter nascido – artigo 2240.º, do C.C.³²⁴. Se se tratar de conceturo, a situação equipara-se à da herança sob condição, segundo a qual a pessoa viva de quem o conceturo venha a ser filho, tem a administração efetiva da sua herança ou do legado, em termos de representação. Assim, podemos concluir que o autor faz depender do pressuposto da vocação o nascimento do novo ser, aí adquirindo personalidade jurídica³²⁵.

Contudo, e apesar de compreendermos a posição do autor, não somos capazes de perceber o alcance que este pretende quando se refere a um tempo intermédio. Havendo embriões ou sémen criopreservados, entendemos que a sua expectativa jurídica deveria ser minimamente tutelada.

Por outro lado, e uma vez que a lei em lado algum consagra prazos perentórios para a inseminação ou implantação, cremos que se poderiam colocar aqui instabilidades no fenómeno sucessório, ficando este suspenso, sem qualquer efetivação, só porque é sabido que o *de cuius* deixou embriões ou sémen criopreservado e que, porventura, este pode vir a ser utilizado.

³²² *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., pp. 217-218.

³²³ *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 160.

³²⁴ No mesmo sentido, JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 277.

³²⁵ *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 161.

Pese embora as impassibilidades que poderiam existir, e tendo em conta que o fenómeno sucessório se deveria desencadear no mais curto espaço de tempo, entendemos que, de facto, o filho que vier a nascer não deve ficar prejudicado pelo modo e tempo em que nasceu (o que acontece!). Apelamos, portanto, a uma intervenção na Lei da P.M.A., no sentido de se clarificar qual o *prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão* da mulher em proceder à transferência do embrião. Deprendemos que, com a especificação de um prazo, certamente que os problemas em sede de direito sucessório se veriam diminuídos, embora não anulados³²⁶.

Em suma, os nascituros³²⁷ já concebidos, e que venham a nascer nos trezentos dias que a lei presume, devem ser chamados à sucessão legal e voluntária (legitimária, legítima, testamentária ou contratual), com a condição legal suspensiva do nascimento.

Por seu turno, quando a criança vier a nascer passados trezentos dias desde a morte do *de cuius*, e, portanto, desde a data de abertura de sucessão, e tendo em conta que o fenómeno sucessório se deve desenvolver sem grandes delongas, os sucessores adquirem a capacidade prevista no artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do C.C., podendo apenas ser chamados a suceder na sucessão voluntária³²⁸. No entanto, e provando-se, através do mecanismo previsto no artigo 1800.º do C.C., que a gestação ultrapassou trezentos dias, mas que a conceção se deu à data da abertura da sucessão, o nascituro deve ser chamado à sucessão legal e voluntária, nos termos do artigo 2033.º, n.º 1, do C.C..

Em relação aos conceturos, isto é, os nascituros ainda não concebidos, apenas podem ser chamados a suceder na sucessão testamentária ou contratual (artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do C.C.), sendo que é necessário que estes sejam filhos de pessoa viva ao tempo da abertura da sucessão.

³²⁶ E isto porque, no que toca à inseminação artificial *post mortem*, não é possível estabelecermos um prazo para a sua efetivação, já que esta é proibida. Mesmo sabendo que a mulher pode vir a ser inseminada, com o estabelecimento de um prazo para o efeito, a lei estaria a contrariar-se a ela própria.

³²⁷ ANTUNES VARELA, “A condição jurídica do embrião humano perante o Direito Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. 1, Almedina, 2000, p. 627, defende que a atribuição de bens ao nascituro integra um complexo processo de poderes aquisitivos – teoria da expectativa de aquisição de direitos. Para o autor, no momento da abertura da sucessão, o nascituro não é possuidor de um direito subjetivo, mas apenas de uma expectativa jurídica, prevista na lei.

³²⁸ A nosso ver, excluem-se aqui os embriões criopreservados. De facto já há uma expectativa de vida, consentida pelo *de cuius* e permitida à luz da Lei da P.M.A., pelo que seria *contra legem* que, espelhando este projeto parental a vontade do *de cuius*, e uma vez permitido por lei (embora não se estabeleça um prazo par tal), que o novo ser apenas viesse a suceder apenas quanto à sucessão voluntária.

4.2. A existência de filiação face ao *de cuius* torna a pessoa herdeira?

Ao longo da nossa exposição, já tivemos oportunidade de nos referirmos à filiação e à atribuição de efeitos sucessórios à criança que vier a nascer, independentemente da técnica que é utilizada, bem como o momento em que ocorre. Assim, para nós é inegável o reconhecimento da filiação, por força do artigo 26.º, n.º 1, da C.R.P., preceito constitucionalmente consagrado.

De acordo com o artigo 13.º do mesmo diploma legal, que consubstancia o princípio da igualdade, princípio estruturante do sistema constitucional³²⁹, assente na igual dignidade social, consolida-se a ideia de que, na sua dimensão liberal, todas as pessoas têm a mesma posição, independentemente do seu nascimento e do seu *status*³³⁰. Os autores referem que, com a consagração deste princípio, o legislador acolhe a versão historicamente adquirida de que foi o princípio da igualdade que pôs termo às *desigualdades de nascimento e de estatuto jurídico no «antigo regime»*³³¹.

Ainda por decorrência do artigo 36.º, n.º 4.º, da C.R.P., não é admitida a diferenciação de quaisquer filhos, nascidos dentro ou fora de uma relação matrimonial, pelo que, analogicamente, poderemos afirmar que a discriminação também não será permitida, tendo em conta o modo pelo qual se deu o nascimento de uma criança, que estabelecerá vínculos de filiação para com o seu pai / mãe.

Ora, uma vez reconhecida juridicamente a filiação a pessoa nascida, poderá limitar-se ou até afastar-se os direitos sucessórios, advindos do vínculo de filiação, a esta criança?

O fenómeno sucessório, consagrado tal e qual como se encontra atualmente, pressupõe que a atribuição e tomada da titularidade dos bens pertencentes ao *de cuius* seja um processo curto, sem grandes delongas no tempo. No entanto, e como sabemos, uma vez iniciado o processo de fertilização *in vitro*, e existindo embriões criopreservados, a lei admite que tal transferência possa operar para o útero da mulher, mesmo que o seu marido ou companheiro já tenha falecido, pois o casal já teria um projeto parental em mãos. No entanto, e apesar disto, a lei é omissa quanto à tipificação de um prazo para que a dita transferência possa ocorrer, o que pode levar a que essa

³²⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 337.

³³⁰ *Idem*, *Ibidem*.

³³¹ *Idem*, p. 338.

possa ser efetuada meses ou até anos depois do falecimento do *de cuius*. Desta forma, o fenómeno sucessório já não se compreenderá num curto espaço de tempo.

O mesmo se passa quanto à inseminação *post mortem* que, apesar de proibida, uma vez concretizada, a lei reconhece a paternidade jurídica deste novo ser, em relação ao falecido.

A segurança do processo sucessório e a designação de sucessores³³² não devem prevalecer sobre os direitos hereditários decorrentes da filiação que vier a ser atribuída³³³. Isto é, a tutela da filiação pressupõe a existência póstuma de efeitos sucessórios, sob pena de o próprio sistema se tornar incoerente e até inconstitucional, por violação do princípio da igualdade e da não discriminação com base no facto de o novo ser ter nascido com recurso às técnicas de P.M.A.³³⁴.

Assim, não se verificando nenhuma das situações previstas no artigo 2034.º e ss. do C.C., a filiação estabelecida entre o novo ser e o *de cuius*, pressupõe que este tenha acesso aos seus direitos sucessórios, independente do modo do qual nasceu.

Em relação ao momento do nascimento, a questão já é mais controversa. Como verificamos, se a criança nascer até ao 300.º dia após a abertura da sucessão³³⁵, adquire os efeitos sucessórios que adquiriria se já tivesse nascido naquela data. Nascendo decorrido esse prazo, apenas tem capacidade para suceder em termos de sucessão voluntária.

Assim, em relação aos conceturos, e pelo facto de estes apenas poderem suceder na sucessão voluntária e não na sucessão legal, será também ele um verdadeiro herdeiro? Ou, ao invés, não sendo manifestada essa vontade por parte do *de cuius*³³⁶, ele nada adquirirá?

Por uma questão de lógica, parece-nos que o *de cuius* tem a total liberdade para contemplar, ou não, estes futuros novos seres (a existirem), atento que apenas sucedem na sucessão voluntária. Ou seja, sucessão que se caracteriza pelo manifestar de vontade do autor da sucessão, não sujeita a qualquer imposição legal.

³³² Vide artigo 2030.º do C.C..

³³³ Cfr. SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 163.

³³⁴ Idem, p. 162.

³³⁵ Ou, no caso de nascer para além do 300.º dia, faça prova mediante o mecanismo previsto no artigo 1800.º do C.C..

³³⁶ Através do testamento ou pacto sucessório.

Mas, tendo em conta o princípio da indivisibilidade do estado de filho, será viável a atribuição de filiação aos conceturos sem efeitos sucessórios?

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.04.2013, Relator FONSECA RAMOS³³⁷, pronunciou-se no sentido de que as consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade se podem reduzir aos efeitos quanto à questão de estado, isto é, a filiação em si, não valendo para as consequências patrimoniais em certos casos. Assim, “(a)o investigante, apesar de reconhecida a sua paternidade, poderá não beneficiar da vertente patrimonial inerente ao *status* de herdeiro”³³⁸.

O direito ao conhecimento da ascendência biológica e identidade pessoal deve ser considerado um direito de personalidade, por respeito ao princípio do artigo 26.º, n.º 1, da C.R.P.. Como tal, firmando o direito pessoal, isto é, o *status* de filiação, não pressupõe que, obrigatoriamente, se atribuam direitos sucessórios³³⁹.

O princípio da indivisibilidade do *status familiae* deve ser respeitado, mas não sobrevalorizado, sendo admitidas derrogações justificadas, de que constituem exemplo os artigos 1603.º e 1856.º do C.C.³⁴⁰. Portanto, não nos choca que os conceturos não sejam tidos como herdeiros, assim como não nos parece que haja uma violação do princípio da indivisibilidade do estado de filho.

Apesar do conceturo não ser, para nós, um verdadeiro herdeiro ao abrigo da sucessão legal, poderá passar a sê-lo quando contemplado na sucessão voluntária. No entanto, se não abrangido pela mesma, não cremos que se possa despoletar qualquer mecanismo com vista à atribuição de efeitos sucessórios, mas apenas para a atribuição de filiação.

Atendendo ao exposto, e porque qualquer tomada de posição será obviamente refutada por diversos autores, pois uns atribuem primazia ao princípio da não indivisibilidade do estado de filho, princípio da igualdade dos filhos nascidos dentro ou fora do casamento e, bem assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto

³³⁷ Disponível em www.dgsi.pt, consultado a 05.10.2015.

³³⁸ Cfr. Acórdão do S.T.J., de 09.04.2013, (op. cit.).

³³⁹ Vejamos os casos em que os filhos intentam ação de investigação da paternidade não com o propósito de (re)conhecer a sua ascendência biológica e identidade pessoal, mas como “caça à fortuna”, expressão bastante utilizada na gíria popular. Nestes casos, e como defendido no Acórdão do S.T.J., de 18.02.2015, Relator FONSECA RAMOS, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 05.10.2015, estamos perante situações abusivas do direito que assiste a este pretense filho, passíveis de serem integradas na figura do abuso de direito – artigo 334.º do C.C.. Como o próprio referiu, o objetivo destas situações é que “(n)a busca do *ser*, se visa o *ter*, para almejar interesses de natureza patrimonial, o que afrontaria a consciência ética”.

³⁴⁰ Vide Acórdão do S.T.J., de 18.02.2015, (op. cit.).

o é, outros entendem que o fenómeno sucessório não se pode vir a derrogar no tempo, sob a condição de um filho que poderá nem vir a nascer, afetando-se assim a segurança jurídica e pacificação social.

Daí que, advogamos que se mostra como necessária a elaboração de textos legislativos, para que se proceda a normalização do procedimento, trazendo-se, assim, segurança jurídica à relação³⁴¹.

5. Efeitos práticos

A vocação sucessória, isto é, o chamamento à sucessão, é aferida no momento da morte do *de cuius*³⁴². No entanto, e como já fomos capazes de verificar, após a morte deste podem surgir novos seres que estabelecem uma relação de filiação para com o falecido e, portanto, daí vão adquirir, ou não, direitos sucessórios.

Destarte, e no que concerne à vocação sucessória de pessoa nascida mediante qualquer uma das técnicas de P.M.A., esta apenas se verifica, nos termos da lei, quando e se ela vier a nascer e, conseqüentemente, se lhe for reconhecido o vínculo da paternidade³⁴³. No caso específico do conceturo estamos perante vocação sucessória original condicional³⁴⁴, pois muito embora a vocação se afira no momento da abertura da sucessão, fica como que condicionada ao seu nascimento. No entanto, autores há que a consideram como sendo vocação sucessória subsequente, devido à condição suspensiva do nascimento, tal como defendido por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO³⁴⁵. Verificamos que muito embora a vocação sucessória se verifique no momento da abertura da sucessão, esta fica dependente de um facto³⁴⁶.

Assim sendo, não se compreende como aceitável a administração da herança ou a suspensão do processo de inventário, sujeita à condição do nascimento de um novo

³⁴¹ VERA LÚCIA RAPOSO, EDUARDO DANTAS, “Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, op. cit., p. 93.

³⁴² JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 269.

³⁴³ Como já tivemos oportunidade de nos referir, autores entendem que havendo revogação do consentimento ou documento exarado nesse sentido por parte do beneficiário homem, o vínculo de filiação não se estabelece para com ele, mas apenas quanto à mãe (mulher inseminada). No entanto, esta não é a nossa opinião e, a partir do momento que nasce uma nova pessoa, devem-lhe ser reconhecidos efeitos de filiação e, porventura, efeitos sucessórios.

³⁴⁴ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 109.

³⁴⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, op. cit., pp. 207, 208 e 224 consideram que antes do nascimento não há qualquer vocação sucessória, nem mesmo condicional, pois o chamamento apenas ocorre quando o nascimento completo e com vida.

³⁴⁶ Interesse terá distinguirmos a vocação originária da subsequente. A primeira é a que tem lugar no momento da abertura da sucessão, que coincide com o momento da morte do *de cuius*, enquanto que a segunda se caracteriza por ocorrer em momento posterior ao da abertura da sucessão. Cfr. CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 108.

ser, mesmo que já concebido, isto é, o nascituro propriamente dito, a não ser que este já esteja implantado³⁴⁷. Imaginemos o caso do embrião criopreservado. Este tanto poderá nascer, por exemplo, passado quatrocentos dias após a morte do *de cuius*, como dois ou três anos. E aí, os outros sucessores vão ficar durante um longo período de tempo à espera do desenvolvimento do fenómeno sucessório?

No caso da inseminação *post mortem*, caso mais flagrante, por maioria de razão, não podem ficar os restantes sucessores no impasse da atribuição da titularidade dos bens do autor da sucessão, nem tão pouco ficar a herança em estado de indefinição, devido ao facto de o *de cuius* ter deixado uma amostra do seu sémen criopreservado. Até porque, e de acordo com o artigo 22.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, após a morte do beneficiário o sémen criopreservado deve ser destruído³⁴⁸.

Assim, no caso de após a morte do *de cuius* o nascimento de um novo ser se verificar e, uma vez reconhecida a filiação para com aquele, reconhecer-se-á a sua vocação de sucessor – vocação legal ou voluntária. Na eventualidade de se encontrar em curso o processo de inventário, dever-se-á proceder à habilitação deste novo herdeiro, pelo meio previsto no artigo 11.º, n.º 5, da Lei n.º 23/2013, de 5 de março³⁴⁹, para que este passe a constar da lista de sucessores³⁵⁰. Por seu turno, e se já findo o inventário e operada a partilha, cremos que o meio idóneo será o previsto no artigo 2075.º do Código Civil, ou seja, a ação de petição da herança³⁵¹.

Esta ação deve ser dirigida contra quem quer que tenha em sua posse o património hereditário. No caso de o possuidor da herança ter alienado os bens que a compõem, a ação de petição pode ser proposta contra este terceiro adquirente, sem prejuízo da responsabilidade do disponente pelo valor de bens alienados – artigo 2076.º, n.º 1, do C.C..

³⁴⁷ Idem, p. 96. A autora considera que nestes casos parece ser de aplicar o artigo 2240.º, n.º 2, 2237.º e 2239.º, no âmbito da sucessão testamentária, mas também para a generalidade das vocações sob condição suspensiva.

³⁴⁸ Como refere SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, op. cit., p. 171, não faz sentido que se tomem providências em virtude de algo que, em princípio, não poderia e não deveria acontecer.

³⁴⁹ Lei que regula o Regime Jurídico do Processo de Inventário.

³⁵⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 81.

³⁵¹ Esta caracteriza-se pelo reconhecimento do herdeiro na qualidade de sucessor e consequente restituição de todos os bens ou parte deles, que seria sua pertença – n.º 1 do artigo 2075.º do Código Civil – e pode ser intentada a todo o tempo, se bem que, e por remissão para o artigo 2059.º, n.º 1, do C.C., este direito prescreve no prazo de dez anos, contados desde a data em que o sucessível foi reconhecido juridicamente como filho do *de cuius*, cremos nós. No entanto, e como facilmente podemos compreender, maior instabilidade se criará no fenómeno sucessório e bem assim, quando o herdeiro adquire os bens no estado em que os mesmos se encontraram.

Em relação ao artigo 2240.º, n.º 1, do C.C., que se refere à administração da herança ou legado a favor do nascituro, não cremos que deva ser aplicado em sede do que temos vindo a tratar, a não ser que este esteja já implantado. Isto, porque, como facilmente depreendemos, atribuir a administração da herança a pessoa viva, com poderes de representação, seria abrir uma brecha para a possibilidade de, infringindo a lei, a mulher ser inseminada, estabelecer-se a relação de paternidade em relação ao *de cuius* e daqui obter os correspondentes efeitos sucessórios.

6. Fenómeno sucessório à luz de outros ordenamentos jurídicos

No ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução CFM n.º 2.013/2013, de 9 de maio, prevê no seu Item VIII que possa ser usado o material biológico criopreservado do *de cuius*, no caso de haver autorização expressa e prévia por parte deste. De acordo com o preceituado, e como já tivemos oportunidade de nos referirmos³⁵², cremos que analogicamente podemos alargar essa permissão aos nascituros, isto é, no caso de existência de embriões.

A doutrina brasileira não é unânime quanto à questão sucessória, fazendo depender os seus efeitos do prévio consentimento do *de cuius*, bem como a data em que ocorreu o nascimento. No geral, a doutrina atribui efeitos sucessórios decorrentes do estabelecimento do vínculo de filiação, mas, se uns autores consideram o novo ser como sucessor legítimo, outros tantos apenas o consideram quanto à sucessão testamentária³⁵³.

De acordo com o artigo 1.798.º do Código Civil brasileiro, e no tocante à vocação sucessória, *legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*³⁵⁴. Por seu turno, no artigo 1.799.º do mesmo diploma legal, é consagrado que *na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão*³⁵⁵. Neste caso, o legislador abriu uma brecha, e permite que

³⁵² Vide Capítulo II, 3.

³⁵³ Cfr. ÂNGELA MARA PIEKARSKI RIBAS, “Aspectos contemporâneos da reprodução assistida”, in *Âmbito Jurídico*, XI, n.º 54, junho, 2008, p. 4, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985, consultado a 08.03.2015.

³⁵⁴ É exatamente esta a consagração prevista no artigo 2033.º, n.º 1, do C.C..

³⁵⁵ O mesmo decorre do artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do C.C..

neste período de tempo os bens, embora partilhados, sejam confiados a um curador nomeado pelo juiz – artigo 1.800.º.

Ora, tendo em conta que o C.C. português regula esta matéria nos mesmos moldes, a problemática que envolve o conceturo e o nascituro tem que ver igualmente com o período máximo em que este venha a nascer. Embora a Resolução n.º 2.013/2013 não preveja um prazo máximo para a inseminação ou a transferência do embrião, o Código Civil brasileiro dispõe que uma vez decorridos dois anos após a abertura da sucessão do *de cuius*, e não tendo sido concebido o herdeiro esperado (de acordo com o artigo 1.799.º), os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em contrário do testador – artigo 1.800.º, n.º 4, por aplicação analógica.

No entanto, e vindo a nascer um novo ser, com recurso ao sémen ou embriões criopreservados deixados pelo *de cuius*, e estabelecendo-se a filiação deste para com o falecido, no intuito de lhe serem reconhecidos os seus direitos sucessórios, quer em termos legítimos, quer testamentários, este pode fazer-se socorrer da ação de petição da herança³⁵⁶, nos mesmos termos do que acontece no ordenamento jurídico português³⁵⁷. Um vez reconhecidos os seus direitos, estes retroagem à data da abertura da sucessão, sendo-lhes restituídos todos os frutos e rendimentos³⁵⁸.

Em resumo, a solução encontrada para que possam ser reconhecidos direitos sucessórios ao filho concebido após a morte do seu pai, na qualidade de herdeiro, reside na propositura da ação de petição da herança, desde que tempestiva. Uma vez ultrapassado o prazo prescricional, não mais direitos sucessórios lhe podem ser atribuídos. No entanto, admitimos que esta posição, apesar de maioritária, não é unânime, pois autores há que consideram que em caso algum a criança pode deixar de adquirir direitos de filiação e, em consequência, direitos sucessórios.

Já no que respeita ao ordenamento jurídico espanhol, apesar de este prever que para existir efeitos de filiação tem de haver já a conceção do novo ser e, inclusivamente, estar já no útero da mulher aquando a morte do *de cuius* (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º

³⁵⁶ Cfr. artigos 1.824 a 1.828 do Código Civil brasileiro.

³⁵⁷ A ação de petição da herança não recebeu por parte do legislador brasileiro designação do tempo máximo para que possa ser intentada. Portanto, não falta de tal consagração, aplica-se o prazo prescricional geral que se fixa em dez anos (artigo 205.º do Código Civil brasileiro). Cfr. DANIEL VERÍSSIMO DE LIMA JÚNIOR, “Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* no âmbito do Direito Sucessório”, op. cit., p. 37.

³⁵⁸ Idem, p. 36.

14/2006, de 26 de mayo), no n.º 2 do mesmo artigo introduz-se uma ressalva: caso o marido da mulher haja consentido na inseminação *post mortem*, por testamento, escritura pública ou documento idóneo equivalente, e desde que a fecundação³⁵⁹ ocorra nos doze meses seguintes, a filiação é reconhecida, tal como seria na filiação matrimonial.

Apesar do referido, a lei em causa em momento algum se refere ao aspeto sucessório. Assim, e apenas referindo que, cumpridos estes requisitos, a filiação é estabelecida nos mesmos termos que a filiação matrimonial, cremos que, uma vez reconhecido o novo ser como filho, daí adquirirá os efeitos sucessórios previstos na Lei Civil.

Quanto ao ordenamento jurídico inglês, e apesar de já termos referido que este é bastante mais permissivo do que os restantes que viemos a mostrar, apesar da inseminação *post mortem* se ter por permitida, não são garantidos efeitos sucessórios à criança que vier a nascer, a menos que, de facto, haja documento expresso nesse sentido.

³⁵⁹ Uma vez permitida a inseminação *post mortem* nestes moldes, cremos que, muito embora o legislador não se tenha referido, podemos entender que também a transferência de embriões se tem por permitida nestas condições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o enquadramento atual da P.M.A., como nos pudemos aperceber, são constantes as lacunas, vazios e omissões da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. A sua falta de regulamentação sobre determinadas matérias, a existência de conceitos indeterminados que merecem a sua valoração, os aspectos contraditórios nela existentes. Estes aspetos, que não se esgotam no que acabamos de elencar, cujos contornos não estão ainda definidos, quando não devidamente acautelados, o que é o caso, ficarão dependentes de critérios não uniformes, juízos clínicos e monopólios de pericialidade³⁶⁰.

O legislador não pode ter a pretensão de regulamentar todas e quaisquer questões, se bem que isso fosse o ideal. No entanto, e tal como nos vem acostumando nas mais variadas matérias, existem sempre interpretações distintas pelos autores, criando-se assim querelas doutrinárias. O que devemos pedir por parte do legislador é que estabeleça os grandes parâmetros de atuação e, no caso da procriação medicamente assistida, reconhecemos que nem a matéria principal se encontra regulamentada. É o caso do consentimento, o momento em que deve ser prestado e os moldes que deve revestir. A lei, apesar de a ele se referir, não reconhece se o consentimento que os beneficiários prestam inicialmente, ou seja, aquando a submissão às técnicas de P.M.A., se estende até ao final dos procedimentos, ou caso assim não seja, até que momento este é válido.

Ora, sendo válido até à sua revogação, o que nos parece mais lógico, com a morte do beneficiário, podemos interpretar que o consentimento se considera como que revogado? É devido a estas questões, básicas a nosso ver, que reclamamos a intervenção do legislador, tal como já solicitou o CNECV, exatamente devido a esta questão.

Contudo, e como pudemos verificar, as opiniões a respeito da P.M.A. causam bastante inquietação, nas mais pequenas questões. A matéria da P.M.A. *post mortem* é provavelmente a área onde surgem as maiores questões e as opiniões mais diversas, muitas delas completamente antagónicas, por vezes até com fundamentos não jurídicos.

³⁶⁰ Cfr. AMÉLIA AUGUSTO, *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas – contributos para uma reflexão*, 1.ª edição, U. Porto Editorial, 2009, p. 57.

Ora, se a transferência de embriões comporta diversas controvérsias, nomeadamente pelo que se entende como sendo o *período necessário para a reflexão da mulher* ou até pelas questões que possam derivar da falta de consentimento do marido ou companheiro desta, nomeadamente no que se reflete em sede de Direito da Filiação e Direito das Sucessões, ou seja, com o (re)conhecimento da identidade genética do novo ser que há de nascer e dos efeitos sucessórios que daí podem advir, igual polémica gera a inseminação *post mortem*. Esta, apesar de proibida, prevê logo que, caso a mulher venha a ser inseminada, a filiação se estabelece em relação ao *de cuius*, além de que não pune de forma alguma a mulher que praticou o ilícito. Afinal, parece-nos contraditório que, ao mesmo tempo, a lei proíba uma determinada conduta e logo a seguir venha prever que, uma vez violada, a filiação se encontra reconhecida, sem que no entanto, tal previsão venha acompanhada de soluções quanto aos efeitos sucessórios.

É completamente aceitável que vozes se levantem no sentido da inconstitucionalidade de algumas normas constantes da lei, pois foi tanta a espera que tivemos para que o legislador se prontificasse a regulamentar a procriação auxiliada e, no final, verificamos que este perdeu a oportunidade para regulamentar matérias importantes e aspetos que se mostram como verdadeiramente dirimentes.

Assim sendo, cremos que a permissão da inseminação *post mortem* faz surgir problemas não só conducentes à filiação do novo ser, mas também, e por consequência, pode perturbar os cálculos³⁶¹ dos direitos sucessórios, cálculos esses que se deveriam aferir no momento da morte do *de cuius*, isto é, no momento de abertura da sucessão.

Ora, pela análise que apurámos em sede de filiação, cremos que a maior parte da doutrina assume o consentimento prestado para a inseminação / transferência *post mortem* como elemento imprescindível para que daí possam ser estabelecidos vínculos paterno-filiais do novo ser em relação ao beneficiário dos gâmetas. No entanto, e pela posição que fomos evidenciando, opinião essa sustentada também por GUILHERME DE OLIVEIRA, não nos parece correto que, por falta de previsão da lei, não só a nível do consentimento que deve ser prestado e em que moldes o deve ser, mas também por falta de regulamentação quanto aos aspetos filiais e até sucessórios, coadjuvado com o facto

³⁶¹ FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, 1999, p. 51.

de a lei não tipificar um prazo para que a transferência *post mortem* do embrião possa ser efetivada, bem como a prática de uma conduta que estaria proibida *ad initio*, não nos parece que se deva “culpabilizar” o novo ser, sendo-lhe vedado o seu reconhecimento à identidade genética, constitutiva da identidade e historicidade pessoal.

Entendemos e partilhamos a opinião de que o consentimento, enquanto manifestação da vontade da pessoa, deve ser prestado e tido em consideração; em caso algum este deve ser dispensado. No entanto, pela imprecisão da lei, não compreendemos que seja o novo ser, quer tenha nascido antes ou depois dos trezentos dias que a lei estabelece, a sofrer as consequências. Este é a única pessoa que não tem culpa de rigorosamente nada. Se porventura a lei fosse mais exaustiva quanto ao consentimento, que deverá constar de documento aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, e fosse capaz de abarcar todas as situações, ou pelo menos, as mais flagrantes, com certeza que estas questões não surgiam.

Desejável seria que o consentimento, enquanto personalístico, fosse exaustivo, sendo referidos todos os efeitos filiais e sucessórios possíveis, quando operada a inseminação *post mortem* ou a transferência de embriões, para que, aí sim, o beneficiário, em consciência e de forma livre e informada, pudesse decidir acerca da permissão ou não do uso do seu material genético depois da sua morte.

A dignidade humana, o reconhecimento da identidade genética, o direito a procriar, direito a constituir família, princípios basilares, assistem a todos os cidadãos, sem distinção ou exclusão.

Assim, não nos parece igualmente viável que o legislador faça prevalecer a vontade dos beneficiários sobre a tutela do embrião criopreservado, sendo este possuidor de uma verdadeira personalidade jurídica, tendo-a adquirido aquando a conceção, ainda que não na sua plenitude.

Acresce que, o superior interesse da criança é sempre invocado em todas e quaisquer questões. No entanto, no que toca à admissibilidade de beneficiários das técnicas de P.M.A. não cremos que isso se aplique. Se autores existem em que reclamam que será melhor para a criança crescer e desenvolver-se no seio de uma família biparental, outros há que argumentam que a forma de constituição da família e a

individualidade e orientação sexual dos seres que a compõem, em nada influi no seu são desenvolvimento. Cremos sim, que há uma crença enraizada na sociedade, que ainda tutela a família biparental como preferencial face à monoparental, deixando esta última desprotegida.

E isto é extensível quanto ao direito a procriar, pois, como vimos, se a orientação sexual de qualquer indivíduo não for orientada no sentido do sexo oposto, este já não poderá recorrer às técnicas de P.M.A.. E aqui, onde encontramos o princípio da igualdade e não discriminação, consagrado constitucionalmente no artigo 13.º da C.R.P.? Afinal, sendo permitido o casamento por casais homossexuais, estes não deveriam ter acesso aos mesmos direitos que os heterossexuais? Ainda assim, e apesar da abertura por parte do legislador, os homossexuais têm de viver envoltos num manto de proteção, criado por eles próprios, escondidos da sociedade, e, caso queiram ter filhos, ou adotam singularmente ou, e uma vez mais, fingem-se de heterossexuais, têm uma relação com uma pessoa do sexo oposto *et voilà* têm um filho.

No campo dos direitos sucessórios de pessoa nascida mediante o emprego de técnicas de P.M.A. e, no caso de a inseminação ou transferência ser efetivada depois da morte do beneficiário, tendo por base o nosso C.C. que refere que a vocação sucessória se afere no momento da abertura da sucessão do falecido, somos da opinião que, uma vez reconhecido o vínculo de filiação, não há obrigação perentória de reconhecimento de efeitos sucessórios.

No caso dos nascituros, e havendo já uma expectativa de vida, merecedor de uma certa tutela por parte da lei, os efeitos sucessórios devem ser reconhecidos, tendo estes vocação sucessória quanto à sucessão legal e sucessão voluntária.

Quanto aos conceturos, e tendo apenas vocação sucessória para a sucessão voluntária, não nos choca a possibilidade de apenas lhes ser reconhecida e atribuída a filiação, excluindo-se os direitos sucessórios. Tal justifica-se porque o fenómeno sucessório não se deve estender no tempo, tanto mais que não há qualquer expectativa de vida de um novo ser, só pelo simples facto de existirem gâmetas ou embriões criopreservados, que poderá até nunca vir a nascer. Não podemos aceitar que o desenrolar do fenómeno sucessório tenha de estar suspenso sob a condição de um suposto nascimento.

Assim, e no caso do nascimento de um novo ser, e dependendo da fase em que o fenómeno sucessório se encontre, deve este ser habilitado – no caso de ainda estarmos em fase de inventário – ou recorrer à ação de petição da herança – no caso de este se encontrar findo -, adquirindo os bens que são sua pertença, no estado em que se encontram.

Pese embora as questões por nós formuladas e as opiniões e soluções encontradas, as querelas doutrinárias em sede de P.M.A. homóloga não se esgotam. E isto já para não falarmos da P.M.A. heteróloga!

Antevemos, portanto, ou esperamos que pelo menos assim seja, que o legislador se prontifique a esclarecer determinadas matérias completamente omissas na Lei da P.M.A., por forma a diminuir as questões sempre possíveis de serem interpretadas de diferentes formas, nomeadamente no que respeita ao consentimento, à permissão do acesso por casais homossexuais às técnicas de P.M.A. e, por último, ao estabelecimento do vínculo de filiação do novo ser em relação ao *de cuius*, independentemente do modo e do tempo em que o nascimento ocorra, clarificando, desta forma (e uma vez que a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho é completamente omissa) os correspondentes efeitos sucessórios.

ELEMENTOS BIBLIOGRÁFICOS

£ BIBLIOGRAFIA CITADA

AAVV,

- (coord. GUILHERME DE OLIVEIRA), *Temas de Direito da Família*, 2.^a edição aumentada, Coimbra Editora, 2001.
- (coord. GUILHERME DE OLIVEIRA), *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005.
- *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Edições Jurídicas, 1991.
- *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, n.º 2, Coimbra Editora, 2001.

AGALLOPOULOU, PÉNÉLOPE,

- “Les procréations médicalement assistées selon le droit hellénique”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008, pp. 23-37.

ALVES, SANDRINA MARIA ARAÚJO LOPES, OLIVEIRA, CLARA COSTA,

- “Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas”, *Revista Bioética*, n.º 22, 2014, pp. 67-75.

AMARAL, JORGE AUGUSTO PAIS DO,

- *Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 2014.

ANDRADE, ILKA FRANCO FERRARI, MARTA RODRIGUES DE MORAIS,

- “Casar, filiar, procriar: reivindicações na homossexualidade masculina”, in *Instituto de Medicina Psicológica, Psicanálise e Psiquiatria Dinâmica*, vol. 43, n.º 1, pp. 25-43.

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS,

- *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012.

ARAMINI, MICHELE,

- *Introduzione alla bioetica*, seconda edizione, Giuffré Editore, 2003.

ARAÚJO, FERNANDO,

- *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, 1999.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA,

- “A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, n.º III, dezembro, 2007, pp. 977-1006.
- *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2000.
- “O início da vida”, in AAVV (coord. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Almedina, 2008, pp. 9-28.
- “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, in *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, 2009, pp. 51-76.
- “Procriação assistida e Direito”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Almedina, 2000, pp. 645–676.

AUGUSTO, AMÉLIA,

- *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas – contributos para uma reflexão*, 1.ª edição, U. Porto Editorial, 2009.

AZEVEDO, LUÍS ELOY,

- “O Direito da Procriação entre a *Ordem* e o *Caos*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 90, ano 23, abril, junho, 2002, pp. 91–112.

BARBAS, STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES,

- *Direito ao património genético*, Almedina, 2006.
- “Investigação da filiação”, in AAVV (coord. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Almedina, 2008, pp. 29-72.

BOTEGGA, CLARISSA,

- “Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, *Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, 2007.

CAMPIGLIO, CRISTINA,

- “Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale”, in *Pubblicazioni della Università di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza, Studinelle Scienze Giuridiche e Sociali*, vol. 108, CEDAM, 2003.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE,

- “A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 44, novembro/dezembro, 2006, pp. 24-27.
- “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, dezembro 2006, pp. 1017-1032.
- *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. GOMES, MOREIRA, VITAL,

- *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2014.

CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE,

- *Pessoa Humana, Direito e Política*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

COELHO, C.,

- “Bioética em Reprodução Medicamente Assistida”, in *Nascer e Crescer – Revista do Hospital de Crianças Maria Pia*, vol. VX, ano 2006, n.º 1, pp. 28-32.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA, OLIVEIRA, GUILHERME DE,

- *Curso de Direito da Família*, vol. II, tomo I, Coimbra Editora, 2006.

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA,

- “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (PMA)” in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 347–366.

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, PEREIRA, JOSÉ SILVA,

- *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008.

DIAS, CRISTINA ARAÚJO,

- *Lições de Direito das Sucessões*, 3.^a edição, Almedina, 2014.

DIAS, JOÃO ÁLVARO,

- *Procriação assistida e responsabilidade médica*, in Boletim da Faculdade de Direito - Studia Iuridica, n.º 21, Coimbra Editora, 1996.

DIAS, MARIA BERENICE, CHAVES, MARIANA,

- “As Famílias Homoafetivas no Brasil e em Portugal”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008.

DUARTE, PATRÍCIA S.,

- “Reprodução Medicamente Assistida e Direito Penal – Beneficiários, sanções e perspectivas de futuro face ao contexto global” (dissertação de mestrado), Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2014.

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 edição revista e atualizada, Quid Juris Sociedade Editora, 2012.

FIGUEIREDO, HELENA MARIA VIEIRA DE SÁ,

- *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, Colectânea Bioética Hoje, n.º IX, Gráfica de Coimbra, 2005.

FILHO, ARTUR MARQUES DA SILVA,

- “Direitos de Personalidade”, in *Revista Jurídica*, vol. 21, n.º 1, 2005, pp. 9-14.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA,

- “A proteção juscivil da vida pré-natal – Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, I/IV, 2010, pp. 299-323.

GATELLI, JOÃO DELCIOMAR,

- *As técnicas de reprodução humana assistida e suas implicações jurídicas no instituto da filiação brasileira e espanhola*, tese de doutoramento na Universidad de Salamanca, 2009.

GUIMARÃES, ANA PAULA,

- *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Editora, 1999.

HERNÁNDEZ, FRANCISCO RIVERO,

- “La fecundación artificial «post mortem»”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, ano 86, 1987, pp. 871-904.

JÚNIOR, WALSIR EDSON RODRIGUES, BORGES, JANICE SILVEIRA,

- “Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida”, in AAVV (coord. ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, GUSTAVO PEREIRA LEITE RIBEIRO), *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Mandamentos Editora, 2008, pp. 227-249.

LACADENA, JUAN-RÁMON,

- “La Ley n.º 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, 2006, pp. 157-184.

LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA,

- “Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos”, in *Revista dos Tribunais*, 1995.

MAGALHÃES, SANDRA MARQUES,

- *Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MONGE, MARINA PÉREZ,

- *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, 2002.

OLIVEIRA, GUILHERME DE,

- “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, n.º III, dezembro, 1989, pp. 767-791.
- *Crítério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, 1998.

OTERO, PAULO,

- *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, 1999.

PEREIRA, JOANA CABRAL,

- “Considerações sobre o artigo 1839.º, n.º 3, do Código Civil (Implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga)”, *Scientia Iuridica*, tomo 51, n.º 292, pp. 151-175.

PIMENTA, JOSÉ DA COSTA,

- *Filiação*, 4.º edição, Livraria Petrony, Lda, 2001.

PINHEIRO, JORGE DUARTE,

- “A necessidade da lei da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, in AAVV, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 201–214.
- “Critério biológico e critério social ou afectivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra Editora, 2008, pp. 5-12.
- *Direito da Família e das Sucessões*, vol. 1, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.
- *O Direito da Família Contemporâneo*, 3.ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010.

RAPOSO, VERA LÚCIA RAPOSO,

- *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005.
- “Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida”, in *Lex Medicinae*, ano 3, n.º 6, Coimbra Editora, 2006, pp. 153-165.
- *O Direito à Imortalidade – o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Almedina, 2014.

RAPOSO, VERA LÚCIA, DANTAS, EDUARDO,

- “Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, in *Separata de Lex Medicinae*, ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2010.

RAPOSO, VERA LÚCIA, PEREIRA, ANDRÉ DIAS,

- “Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, in *Lex Medicinae*, ano 3, n.º 6, Coimbra Editora, 2006, pp. 89-104.

REIS, RAFAEL VALE E,

- “Direito ao conhecimento das origens genéticas”, in AAVV (coord. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, 2009, pp. 193-224.

RIBEIRO, JORGE MARTINS,

- *O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade: A igualdade na decisão de procriar*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 2013.

RODRIGUES, ALMIRO,

- “Interesse do Menor - Contributo para uma definição”, *Revista Infância e Juventude*, n.º 1, 1985.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, FIDALGO, SÓNIA,

- «Procriação artificial não consentida – anotação ao artigo 168.º», in AAVV, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 778-795.

SANTOS, TERESA ALMEIDA,

- “Criopreservação: sim ou não?”, in *As Leis da Interrupção Voluntária da Gravidez e da Procriação Medicamente Assistida - uma apreciação bioética*, Coleção Bioética – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida , n.º 13, 2011, pp. 43-46.

SANTOS, TERESA ALMEIDA, RAMOS, MARIANA MOURA,

- *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SAPIÑA, RAFAEL GÓMES-FERRER,

- “Técnicas de reproducción asistida humana y derecho de sucesiones”, in *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-Marzo, 1995, pp. 181-255.

SCALQUETTE, ANA CLÁUDIA S.,

- *Estatuto da Reprodução Assistida*, Editora Saraiva, 2010.

SESTA, MICHELE,

- *Diritto di Famiglia*, Seconda Edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2005.

SGRECCIA, ELIO,

- *Manual de Bioética*, 1.^a edição, Princípia, 2009.

SILVA, REGINA BEATRIZ TAVARES DA,

- “Reflexões sobre a Procriação ou Reprodução Assistida nas Uniões entre Pessoas do mesmo Sexo”, in AAVV (coord. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA e THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO), *Grandes Temas de Direito da Família e das Sucessões*, vol. 2, Editora Saraiva, 2014, pp. 17-85.

SILVA, SUSANA, LUÍSA VELOSO (coord),

- *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas – contributos para uma reflexão*, U.Porto editorial, 2009.

SOSSON, JEHANNE,

- “Filiation et parentalité. Trois réformes législatives aux alentours de la filiation”, in AAVV, *États généraux du droit de la famille*, Bruylant, 2014, pp. 137-163.
- “Filiation, origines, parentalité”, in AAVV, *Filiation et parentalité*, Collection Famille & Droit, n.º 7, Bruylant, 2014, pp. 5-33.

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA,

- *Exercício do Poder Parental “Estudos e Monografias”*, 2.^a edição, Publicações Universidade Católica, 2003.

SOUSA, FILIPA CABRAL DE ANDRADE DUARTE RIBEIRO VICENTE DE,

- “A procriação medicamente assistida na União Europeia: harmonizar ou reagir?”, in *Revista “O Direito”*, ano 140.º, n.º IV, 2008, pp. 889–913.

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE,

- “Recentes alterações em Direito da Família, Direito dos Menores e Direito das Sucessões”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Tomo I, Coimbra, 2013, pp. 115-140.
- *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.^a edição renovada, Coimbra Editora, 2012.
- *O Direito Geral de Personalidade*, 1.^a edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2011.

TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO, FALCÃO, MARTA, SERRA, MIGUEL DINIS PESTANA,

- *Direito da Família - da teoria à prática*, Almedina, 2015.

VARELA, ANTUNES,

- “A condição jurídica do embrião humano perante o Direito Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. 1, Almedina, 2000, pp. 620-634.

£ SITES DE REFERÊNCIA

AAVV,

- “Sexual rights: an IPPF declaration”, publicada em outubro de 2008, in http://www.ippf.org/sites/default/files/sexualrightsippfdeclaration_1.pdf, consultado a 18.07.2015.

CAPARICA, MÁRCIO,

- “Estudo demonstra que filhos de casais homoafetivos são mais felizes”, in <http://www.ladobi.com/2014/07/filhos-casais-gays-mais-felizes/>, consultado a 14.08.2015.

JÚNIOR, DANIEL VERÍSSIMO DE LIMA,

- “Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* no âmbito do Direito Sucessório”, *Conteúdo Jurídico* (01.02.2013), in <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.41943&seo=1>, consultado a 06.07.2015.

RIBAS, ÂNGELA MARA PIEKARSKI,

- “Aspetos contemporâneos da reprodução assistida”, in *Âmbito Jurídico*, XI, n.º 54, junho, 2008, disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985, consultado a 08.03.2015.

ROSENFELD, MICHAEL J.,

- “Nontraditional Families and Childhood Progress Through School”, in <http://muse.jhu.edu/journals/demography/summary/v047/47.3.rosenfeld.html>, consultado a 14.08.2015.

SILVA, MIGUEL OLIVEIRA DA,

- Sobre o Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de Substituição, 2012, p. 23, in <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>, consultado a 22.07.2015.

SOUZA, WAGNER MOTA ALVES,

- “Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a doutrina *venire contra factum proprium* – A inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a)”, *EVOCATI Revista*, n.º 41 (08.05.2009), in http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=327, consultado a 09.03.2015.

£ JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.04.2013, Relator FONSECA RAMOS, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 05.10.2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.02.2015, Relator FONSECA RAMOS, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 05.10.2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 99/88, de 28.04.1988, Conselheiro CARDOSO DA COSTA, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, consultado em 12.06.2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 07.07.2004, Conselheiro PAULO MOTA PINTO, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, consultado em 12.06.2015.