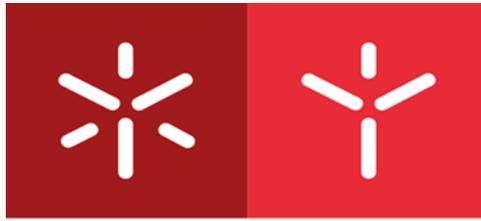


Universidade do Minho
Escola de Direito

Marta Ferreira Dias

**DA INSEMINAÇÃO CONTRA LEGEM
AO NASCIMENTO EXTEMPORÂNEO
– O (DES)EQUILÍBRIO DA
LEGISLAÇÃO EM VIGOR**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Marta Ferreira Dias – PG41393

DA INSEMINAÇÃO *CONTRA LEGEM* AO NASCIMENTO
EXTEMPORÂNEO – O (DES)EQUILÍBRIO DA LEGISLAÇÃO
EM VIGOR

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

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Cristina Araújo Dias

novembro 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição
CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

“A morte é a curva da estrada, morrer é só não ser visto. “

FERNANDO PESSOA

RESUMO

Com a presente dissertação temos por objetivo analisar as prerrogativas jurídico-sucessórias relacionadas com o nascimento de um filho póstumo do autor da sucessão, por via da técnica de Inseminação Artificial *post mortem*.

A admissibilidade da técnica em análise, ou neste caso, a sua falta, tem sido palco de discussão a nível nacional, motivando a que os partidos políticos se unificassem no sentido de quebrar as injustiças que o ordenamento jurídico político potencia com a sua proibição.

Deste modo, a elaboração da presente dissertação tem como finalidade estudar os problemas suscitados por esta técnica e quais as soluções que a doutrina e a jurisprudência têm adotado face ao *status* sucessório que o filho póstumo, necessariamente, reclama.

Cumprido, desde logo, arrazoar a inadmissibilidade da técnica na lei portuguesa e os problemas que daí decorrem, nomeadamente, o direito de dispor do material genético após a morte e o estatuto jurídico dos concepturos. Para, a final, indagarmos acerca do estremecimento profundo que os pilares do direito sucessório português sofrem, aquando da utilização, ainda que *contra legem*, desta técnica de procriação medicamente assistida *post mortem*, particularmente, no que à partilha da herança diz respeito e os efeitos práticos daí decorrentes.

Com objetivo final de oferecer um verdadeiro contributo para o Direito haverá lugar a uma proposta legislativa, com base na estirpe decisória de outros ordenamentos jurídicos e na realidade da sociedade moderna.

PALAVRAS-CHAVE

Inseminação Artificial *post mortem* – Monoparentalidade – Material genético – Procriação Medicamente Assistida – Concepturos – Personalidade jurídica – Herança – Direito das Sucessões

ABSTRACT

With this dissertation we aim to analyze the legal and inheritance prerogatives related to the birth of a posthumous child of the author of the succession, through the *post mortem* Artificial Insemination technique.

The admissibility of the technique under analysis, or in this case, its lack, has been stage for discussion at national level, motivating the political parties to unite in order to break the injustices that the political legal system promotes with its prohibition.

Thus, the preparation of this dissertation aims to study the problems raised by this technique and what solutions the doctrine and jurisprudence have adopted in view of the succession status that the posthumous child necessarily claims.

It is necessary to understand the reasons why Portugal provides for the inadmissibility of the technique and the problems that arise from it, namely, the right to dispose of genetic material after death and the legal status of conceptus. Finally, we inquire about the profound trembling that the pillars of Portuguese succession law suffer, when using, although against their will, this technique of medically assisted *post mortem* procreation, particularly with regard to the sharing of inheritance and the effects practical consequences arising therefrom.

With the ultimate objective, by offering a true contribution to the Law, there will be a legislative proposal, based on the decision-making lineage of other legal systems and on the reality of modern society.

KEYWORDS

Artificial Insemination *post mortem* – Medically Assisted Procreation – Single parent – Coparenting – Conceptus – Hereditary law – Legal personality – Inheritance

Índice

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
Lista de Abreviaturas/Siglas.....	ix
Introdução.....	7
Capítulo I. Evolução histórico-legislativa da Procriação Medicamente Assistida	9
1. O Direito À Reprodução Assistida.....	9
1.1. Enquadramento legal.....	9
1.2. Direito fundamental à reprodução assistida?	12
2. A tutela constitucional da família pós-moderna.....	18
2.1. Da família tradicional à família monoparental – O Direito a ser “Mãe biológica”	18
Capítulo II. As técnicas de Procriação Medicamente Assistida <i>post mortem</i>	22
1. Preenchimento de conceitos técnicos.....	22
1.1. Inseminação, Fertilização e Transferência embrionária	22
2. A sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico.....	28
2.1. A (i)relevância do consentimento do falecido	38
2.2. Um direito à Biparentalidade comprometido.....	45
Capítulo III. A inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	51
1. A (in)admissibilidade na doutrina e na lei.....	51
1.1. A bagatela do Projeto Parental	52
2. O direito de dispor do material genético após a morte	56
2.1. Classificação jurídica do material genético.....	56
3. O estatuto jurídico dos Concepturos: Aquisição de personalidade jurídica	61
Capítulo IV. Reflexões jurídicas sobre os Direitos Sucessórios dos Concepturos.....	65
1. O Fenómeno Jurídico Sucessório em geral	65
1.1. Fases	66
2. A sucessão a favor dos Concepturos ou Nascituros não concebidos	74
2.1 Pressupostos	75
2.2. Princípio da não discriminação entre filhos.....	82
2.3. A partilha.....	86
2.4. Da teoria à realidade: Um verdadeiro ataque à sucessão legítima e legitimária?	93
3. O caminho para uma alteração legislativa congruente	98
3.1. As propostas de lei apresentadas na Assembleia da República	98
3.2.0 Decreto da Assembleia da República n.º 128/XIV	103

3.3. A admissibilidade da Inseminação Homóloga <i>post mortem</i> : Cenário jurídico internacional.....	112
3.4. Proposta legislativa	116
Conclusão	122
Referências Bibliográficas	125
Jurisprudência Consultada.....	131

Lista de Abreviaturas/Siglas

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Al. – Alínea

Art.º - Artigo

Arts.º - Artigos

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

Cit. – Citada

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CP – Código Penal português

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL. – Decreto – Lei

DR – Diário da República

Ed. – Edição

FIV – Fertilização In Vitro

IA – Inseminação Artificial

Idem – referência a um mesmo autor, obras e páginas

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida

N.º - Número

Ob. Cit. – Obra Citada

OMS – Organização Mundial de Saúde

PMA – Procriação Medicamente Assistida

P. – Página

PP. - Páginas

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

Introdução

A possibilidade de gerar um ser humano após a morte de um dos seus progenitores é uma realidade da sociedade moderna, presente no século XXI. A sociedade evoluiu e a medicina, como resposta, teve necessidade de evoluir também. Os avanços científicos na área da medicina reprodutiva vieram combater a infeliz fatalidade que pressagiava famílias, mulheres e homens, todos eles unidos pelo desejo de criar família, e ao mesmo tempo, todos eles derrotados pela frustração de tentativas fracassadas.

E, porque estava cada vez mais claro que nem sempre o projeto parental tão desejado poderia ser atingido pela forma convencional, ou diga-se, natural, a necessidade da ciência se insurgir crescia a largos passos. Urgindo uma primordial inevitabilidade em alargar o leque de opções para a concretização de um direito constitucionalmente garantido – o de constituir família.

Assim, quer para combater incertezas quanto a evoluções de quadros clínicos agravados onde se registam riscos de infertilidade, quer nos casos de falecimento do venturoso progenitor, a medicina coadjuvada com o ramo do Direito, ao abrigo da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, veio permitir a recolha de sêmen do marido ou unido de facto com vista a futura concretização de um procedimento de inseminação. Deixando de ficar, assim, comprometido o tão desejado projeto parental.

Porém, deixadas de parte as questões ético-morais relativamente ao tema da inseminação artificial, já comumente aceite na nossa comunidade, o mesmo não se passa com o tema da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* e os efeitos sucessórios que da mesma decorrem no que aos concepturos diga respeito.

Até ao momento, encontrando-se vedada a intencionalidade de inseminar sêmen crioperservado do marido ou unido de facto já falecido, o nosso ordenamento jurídico sucessório está condenado a verdadeiros impasses e indefinições nas situações em que as mulheres beneficiárias assumem comportamentos inadimplentes e, por isso, decidem prosseguir com o tratamento de Procriação Medicamente Assistida. Tal comportamento, em termos práticos, traduzir-se-á no nascimento de um ser sob o qual o ordenamento jurídico português não veio estabelecer efeitos e direitos sucessórios.

A Procriação Medicamente Assistida *post mortem*, em especial, a Inseminação Artificial Homóloga póstuma, pese embora seja assunto hodierno no nosso ordenamento jurídico, facto é

que continua a ser tema sob o qual os próprios tribunais, e até mesmo a sociedade, não estão inteirados e sensibilizados, seja pela falta de disposição legal, seja pela parca já existente.

Todavia, na presente legislatura fomos sensibilizados pelo caso mediático da primeira subscritora de petição Ângela Sofia de Castro Vieira Ferreira, mulher, viúva, alvo de um anseio parental coartado pelo Estado. Ao desejar usar o sémen do seu marido, falecido, para efeitos de inseminação *post mortem*, mesmo com o consentimento livre e esclarecido do mesmo, a mesma viu-se impossibilitada do recurso a tal técnica. Tal veio despertar sentimentos de injustiça, desequilíbrio e insuficiência legal na nossa comunidade, que se urgiu suster com a redação do Decreto n.º 128/XIV, apresentado à mesa da Assembleia da República.

Na verdade, os efeitos sucessórios decorrentes da prática de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* são matéria ardente com a qual o legislador persiste em não querer lidar e, portanto, legislar. Pelo que tal vazio legal tem se traduzido em decisões materialmente injustas e desconformes com a ordem jurídica portuguesa, com resultados verdadeiramente desajustados no que aos efeitos jurídico-sucessórios reconhecidos aos concepturos diga respeito.

Facto é que, o legislador não pode continuar a descurar-se de regular os efeitos sucessórios dos filhos advindos desta técnica *post mortem* pois que as normas previstas no ordenamento jurídico português referentes ao chamamento sucessório quando foram elaboradas só tiveram em conta o processo natural de reprodução e mostram-se, por isso, inoperantes e incongruentes com as técnicas da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*.

Algo que pretendemos, com esta dissertação, consciencializar e inverter, através de proposta legislativa que possa dar resposta a estes quesitos problemáticos e injustos e, assim, brindar com um contributo para o Direito Sucessório Português¹.

¹ A presente dissertação foi elaborada em sincronia com o plano legislativo em vigor, pese embora fossem já conhecidos os ensaios político-legislativos existentes à data para se alcançar uma alteração legislativa da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

Capítulo I. Evolução histórico-legislativa da Procriação Medicamente Assistida

1. O Direito À Reprodução Assistida

1.1. Enquadramento legal

O tema da Procriação Medicamente Assistida veio desafiar não apenas a ciência médica, mas sobretudo, a ciência jurídica. Estimando-se que já tenham nascido mais de 3 milhões² de crianças, como resultado da utilização das técnicas de reprodução assistida, torna-se cada vez mais evidente a relevância social que esta procriação alternativa representa.

Conforme definição dada pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, a PMA³ traduz-se num conjunto de técnicas e tratamentos que visam obter uma gravidez em casais inférteis ou com fertilidade reduzida, ou em mulheres sem parceiro masculino. Muitas vezes usada como sinónimo de Medicina da Reprodução, a Procriação Medicamente Assistida arroga como objetivo o estudo e tratamento de problemas e/ou assuntos relacionados com a reprodução humana⁴.

Pese embora as primeiras experiências de PMA tenham sido realizadas no reino animal e vegetal, foi no início do século XIX que passaram a surgir os primeiros ensaios em seres humanos, através de injeções intravaginais de esperma na mulher estéril. Em 1833, em França, foi realizada pela primeira vez inseminação artificial homóloga, e no ano seguinte nos Estados Unidos da América realizou-se a primeira inseminação artificial extraconjugal.

A despeito das descobertas alcançadas, a verdadeira revolução científica, no que ao direito à reprodução diz respeito, ocorreu em 1978 com o nascimento da primeira “bebe proveta” – Lousie Joy Brown –, através da Fertilização in vitro (FIV), levada a cabo pelo médico Robert Edwards, após numerosas tentativas frustradas de engravidar pelos seus progenitores durante 9 anos consecutivos. E, se em Portugal a primeira criança fruto de uma fertilização in vitro viera a nascer 8 anos depois, facto é que foi o ano de 1997 que veio marcar, para sempre, a evolução legislativa progressiva da Procriação Medicamente Assistida em Portugal.

² Conforme estatísticas disponibilizadas pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, disponível em www.cnpma.org.pt, consultado a 04/02/2021.

³ Doravante vamos empregar esta abreviatura (PMA) para nos referirmos à Procriação Medicamente Assistida.

⁴ Conforme definição dada pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, disponível em www.cnpma.org.pt, consultado a 04/02/2021.

Ao determinar-se uma alteração da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁵, com a Lei n.º 1/97 de 20 de Setembro, procedeu-se ao aditamento da alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa, onde ficou definido que incumbe ao Estado Português “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Assim, tendo como critério e limite na utilização das técnicas de PMA a dignidade da pessoa humana, o legislador pretendeu que a autonomia ética da pessoa se traduzisse na possibilidade de ser a própria a definir quando está ou não a sentir-se instrumentalizada⁶, podendo dispor livremente do seu corpo, espelhando a autonomia da vontade e liberdade de escolha que versam no regime jurídico português.

Dando cumprimento a uma incumbência do Estado, a omissão de previsão normativa específica sobre a PMA apenas veio a ser colmatada com a aprovação da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que estabelece e regula a utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida. Criadas para proporcionar oportunidades de procriação àqueles para quem o desejo parental parecia ficar *ad eternum* comprometido, e não para os sujeitos que, podendo constituir família de outro modo, pretendam o recurso às técnicas de PMA como meio alternativo, tratou-se de concretizar – quanto ao escopo da constituição de família – o princípio da igualdade vertido no artigo 13.º da CRP⁷.

Mas, se foi, para muitos, uma laboriosa conquista, a verdade é que Portugal foi um dos últimos países europeus a legislar sobre a Procriação Medicamente Assistida, o que antecipava, *per si*, uma falta de conhecimento suficiente acerca da matéria. Prova disso, foram também as três tentativas, todas elas infrutíferas, com o fundamento de regular de forma mais ampliada a PMA, vetadas ou não aprovadas por falta de consenso entre partidos. Se em 1997 o governo aprovou a proposta de lei n.º 135/VII, que acabou por ser vetada pelo Presidente da República, por alegada falta de domínio acerca da matéria em causa, já em 1999, o Decreto-Lei n.º 415/VII, de 16 de Julho, foi, concomitantemente, alvo de veto presidencial justificado pelo facto de não existir ainda “amadurecimento suficiente nessa matéria, nem um consenso no domínio da fecundação in vitro, da técnica de diagnóstico genético pré-implantatório, da utilização para fins de investigação científica de embriões não deliberadamente criados para esse fim e não estava

⁵ Doravante vamos empregar esta abreviatura (CRP) para nos referirmos à Constituição da República Portuguesa.

⁶ LOUREIRO, João Carlos Gonçalves, “O direito à identidade genética do ser humano”, in PortugalBrasil ano 2000 tema direito, Studia Iuridica 40, Colloquia 2, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p.269.

⁷ NETO, Luísa, “O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições”, in Publicação Correspondente A Actas Do Seminário Internacional “Debatendo A Procriação Medicamente Assistida”, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, disponível em www.sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral/pub_view?pi_pub_base_id=248186, consultado a 16/01/2021, p.85.

assegurada a proteção do direito à privacidade”⁸, pelo que a insegurança e periculosidade retratadas na PMA assombravam, em larga medida, o papel legislativo do Estado. Em 2005, com uma nova tentativa partidária, por divergências quanto aos beneficiários das técnicas de PMA, dos quatro⁹ projetos lei elaborados, nenhum fora alvo de aprovação, pelo que 8 anos estavam perpassados sem que existisse uma produção legislativa capaz de dar resposta à implementação das novas técnicas de procriação.

E se, com a almejada aprovação da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho seria expectável um consenso e mitigação legislativa, facto é que a regulação jurídica da Procriação Medicamente Assistida tem conhecido uma significativa evolução ao longo dos últimos anos. Tendo sido já objeto de seis alterações, quer focadas na modificação dos requisitos de acesso às técnicas de PMA, quer vocacionadas para suprir fatores discriminatórios, ou ainda no estabelecimento de critérios relativos à gestação de substituição. A mais recente alteração legislativa, através da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, veio determinar o regime de confidencialidade nas técnicas de Procriação Medicamente Assistida, dando, assim, resposta a questões suscitadas a partir da jurisprudência recente do Tribunal Constitucional, nomeadamente, no que respeita ao anonimato de dadores de material genético¹⁰.

As incertezas e reticências que o mundo jurídico viveu e, certamente, continuará a viver, no âmbito da procriação assistida, decorre da sua continua evolução não só enquanto técnica medicinal, mas também pela própria sociedade que a acompanha, e da sua entrada em campos éticos, morais, ideológicos e até mesmo nos campos políticos, o que sempre exigirá do Direito uma premente resposta. Como se pôde constatar, o caminho percorrido durante 9 anos na implementação das diversas técnicas de PMA nunca foi consensual e, apesar de atualmente

⁸ Diário da República, II Série A, n.º 82, disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/082/1999-08-03/2316?pgs=2316&org=PLC>, consultado em 16/01/2021.

⁹ Apresentação pelo BE do Projeto de Lei n.º 141/X, de 20 de julho de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 34, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624445304d5331594c6d527659773d3d&fich=pj1141-X.doc&Inline=true>, consultado em 16/01/2021.

Apresentação pelo PS do Projeto de Lei n.º 151/X, de 7 de setembro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 47, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624445314d5331594c6d527659773d3d&fich=pj1151-X.doc&Inline=true>, consultado em 16/01/2021.

Apresentação pelo PCP do Projeto de Lei n.º 172/X, de 13 de outubro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 55, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624445334d6931594c6d527659773d3d&fich=pj1172-X.doc&Inline=true>, consultado em 16/01/2021.

Apresentação pelo PSD do Projeto de Lei n.º 176/X, de 22 outubro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 59, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624445334e6931594c6d527659773d3d&fich=pj1176-X.doc&Inline=true>, consultado em 16/01/2021.

¹⁰ Neste sentido vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, em sede de Processo n.º 95/17, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, consultado a 17/01/2021.

termos uma legislação consolidada acerca desta matéria, existem ainda múltiplos desafios com que a sociedade tem de conviver diariamente¹¹. Conforme inculca STELA NEVES BARBAS, “aos novos poderes da Ciência correspondem novos deveres do Homem. Há que prevenir os excessos de uma tecnologia sem consciência”¹², de facto, a ciência, por definição, não tem limites, não tem alma, pelo que sempre caberá ao Direito impor comportamentos obrigatórios, fixar fronteiras¹³.

1.2. Direito fundamental à reprodução assistida?

Os direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como meio de reação às ameaças fundamentais que circundavam o corpo social. E se, historicamente, as ameaças se foram alterando, sempre seria necessário criarem-se, constantemente, instrumentos de combate às mesmas, que fossem desenvolvidos em prol da comunidade. Ora, tal significa uma abertura de conteúdos, de funções e de formas de proteção, de modo a que todos esses direitos possam ser defendidos contra os “novos” perigos que possam surgir no decurso do tempo e no desenvolvimento científico-humanístico da *societatis*.

Vistos como direitos assegurados constitucionalmente, os direitos fundamentais exigem do Estado uma verdadeira obrigação de tutela, ou seja, um dever de proteção na aplicação e concretização destes direitos. No fundo, os direitos fundamentais não se bastam com a mera proclamação dos mesmos, exigindo uma garantia processual efetiva, de modo a que, a um direito fundamental sempre corresponda um dever de proteção do Estado.

Assumindo uma proteção constitucional, estes direitos exigem uma rigorosa delimitação da ação do Estado, pelo que pressupõem sempre um relacionamento direto e uma especial vinculação ao mesmo¹⁴. Ora, apesar de alguns direitos fundamentais se encontrarem elencados na CRP, a verdade é que não existe um *numerus clausus* de dimensões de tutela, assim como não existe um *numerus clausus* dos perigos, existindo sim um catálogo de direitos fundamentais aberto, previsto numa clausula aberta assente no artigo 16.º da CRP¹⁵.

¹¹ CARDOSO, Carla Luísa Monteiro, *Procriação Medicamentemente Assistida: Limites e Desafios ao regime jurídico dos beneficiários*, Dissertação de mestrado, Universidade do Minho, 2017, p. 19.

¹² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Património genético*, Coimbra, Edições Almedina S.A, 2006, p.11.

¹³ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva, *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Universidade Lusíada, Lisboa, n.º 10, 2012, p.250.

¹⁵ Artigo 16.º da CRP: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Afastando-se do princípio *“inclusio unius alterius est exclusio”*, JORGE MIRANDA fundamenta que o texto da constituição “não deve ser visto como um elenco taxativo dos direitos fundamentais, mas sim como uma enumeração aberta”¹⁶, sempre pronta para ser preenchida ou completada através de outros direitos ou ainda, quando a cada direito, sejam atribuídas novas faculdades para além daquelas especificadas. Perfilhando, igualmente, tal entendimento, GOMES CANOTILHO alega que “os direitos fundamentais devem passar pelo crivo de serem equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos direitos formalmente fundamentais”¹⁷.

Nesta linha de pensamento, somos do entendimento de que, a final, certa posição jurídica poderá encontrar-se subjetivamente acolhida no âmbito de proteção da norma em que se infere. Pelo que será admissível, no nosso ordenamento jurídico, servirmo-nos de uma interpretação extensiva que nos permita subentender a existência de determinada proteção legal dentro de uma norma que contenda com um determinado direito fundamental, através de uma construção hermenêutica.

Assim, por forma a dar resposta à querela do direito à procriação assistida enquanto direito fundamental, fora do catálogo, sempre será necessário trazeremos à consideração determinados desideratos constitucionais (que lhe servem de fundamento) como será o livre desenvolvimento da personalidade, a constituição de família, a proteção da saúde ou ainda o princípio da autonomia privada. De facto, apesar de a nossa CRP não prever normas específicas sobre a procriação medicamente assistida enquanto direito fundamental, facto é que algumas das suas disposições enlaçam direitos indissociáveis ao tema, como será o direito à saúde – previsto no artigo 64.º; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – previsto no artigo 26.º; ou ainda o direito à constituição de família – previsto no artigo 67.º. Todos estes direitos, que cumpriremos melhor escrutinar, oferecem um respaldo legal para o direito à reprodução assistida enquanto direito fundamental, sempre conectados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A tutelar esta perspetiva de procriação assistida enquanto direito fundamental, vem a propósito, a autora YOLANDA GÓMEZ SANCHÉZ perfilhar que no ordenamento jurídico espanhol existe um verdadeiro direito à reprodução assistida, fundamentado em parte no “derecho a la libertad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad humana, el derecho a la intimidad personal y familiar y, finalmente, el derecho a fundar una familia”¹⁸.

¹⁶ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – tomo IV: Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 153.

¹⁷ CANOTILHO, JOSÉ GOMES, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 369.

¹⁸ Sánchez, Yolanda Gómez, *“El derecho a la reproducción humana”*, Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 58.

Destarte, no que ao direito à saúde diga respeito, o artigo 64.º da CRP, na sua versão atual, consagra a proteção da saúde como um dever, mas, sobretudo, como um direito universal a todos os cidadãos. Composto por um “conjunto de normas de Direito Privado e Público, que tem como principal objeto a promoção da saúde humana, quer considerada na perspetiva da prestação de cuidados individuais, quer enquanto bem de uma comunidade, as atividades relacionadas com a promoção, prevenção e tratamento da saúde, traduzem a concretização do direito fundamental à proteção da saúde, consagrado constitucionalmente”¹⁹.

As técnicas de PMA, enquanto garantia constitucional, trouxeram consigo a possibilidade, senão de curar, ao menos de remediar um mal – inicialmente, o da infertilidade. A condição de infertilidade é uma situação patológica cada vez mais frequente, que afeta um número cada vez maior de casais, quer a nível mundial, quer a nível nacional²⁰, sendo entendida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como um problema de saúde pública, colocando-se a tónica na acessibilidade a serviços de saúde reprodutiva de qualidade. Visto como um dos grandes desafios do milénio, a saúde sexual e reprodutiva compreende um conjunto de serviços, técnicas e métodos que, interagindo, contribuem de forma global para a saúde e o bem-estar do próprio ciclo de vida do indivíduo. Além disso, uma das mais recentes atualizações do conceito de infertilidade reflete o abandono da exclusividade da infertilidade enquanto problema de um casal, passando a adotar um conceito de dificuldade reprodutiva singularizada, “a disease characterized by the failure to establish a clinical pregnancy after 12 months of regular, unprotected sexual intercourse or due to an impairment of a person’s capacity to reproduce either as an individual or with his/ her partner”²¹.

Ora, sendo a incapacidade reprodutiva compreendida como um problema de saúde pública, parece-nos que cumpre ao Estado desenvolver e planear estratégias que permitam assegurar a saúde reprodutiva, criando condições favoráveis à elevação da qualidade de vida dos cidadãos. Isto porquanto, a reprodução humana assume uma primordial importância para a saúde do ser humano, na medida em que o seu impedimento ou impossibilidade provocam sérias mazelas, quer físicas quer psicológicas, pelo que, enquanto direito social fundamental, incumbe ao Estado a criação de meios para garantir e concretizar a saúde reprodutiva.

Assim, somos do entender de que o direito a procriar se encontra umbilicalmente correlacionado com o direito à saúde sexual, que mais não será do que uma das várias estirpes

¹⁹ Definição disponível em www.spms.min-saude.pt/direito-da-saude/, consultado a 03/02/2021.

²⁰ De acordo com a Associação Portuguesa de Infertilidade, estima-se que, em Portugal, 15 a 20% dos casais em idade reprodutiva sofre de infertilidade.

²¹ HOCHSCHILD, Fernando Zegers [et all], *The International Glossary on Infertility and Fertility Care*, 2017, p.394, disponível em [www.fertstert.org/article/S0015-0282\(17\)30429-6/fulltext#articleInformation](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(17)30429-6/fulltext#articleInformation), consultado a 03/02/2021.

do direito à saúde constitucionalmente consagrado. De modo que, deve o direito fundamental à saúde ser estendido à proteção da saúde sexual no âmbito da procriação.

Já relativamente ao direito a constituir família, caber-nos-á analisar qual o seu alcance e conteúdo, por forma a compreender se a reprodução assistida sempre se poderá ancorar nesta disposição constitucionalmente consagrada.

Conforme aspiravam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o direito a constituir família abrange um direito a ter filhos, entendido no sentido de liberdade de procriação, não havendo lugar para interdições de procriação, limites ao número de filhos (...)”²².

Mas, será que o direito a constituir família abrange de forma liminar o direito a ter filhos com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida? Apesar de a resposta não padecer de unanimidade doutrinária, quanto a nós, parece-nos que o direito à reprodução assistida se encontra, ainda que para alguns de forma latente, implícito no direito a constituir família.

Conforme defendem os autores CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e DIOGO LEITE DE CAMPOS, “as práticas de procriação medicamente assistida correspondem ainda ao exercício do direito a procriar, o qual, nos termos da nossa lei, deve ter um recorte conceptual alargado”²³, “trata-se, diria, de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, a de procriar, que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias”²⁴. Já a autora VERA LÚCIA RAPOSO vai ainda mais longe ao defender que “a norma que mais diretamente consolida os direitos reprodutivos é o direito a constituir família. Família não apenas enquanto direito ao matrimónio, mas também direito a procriar (...). No momento da feitura do preceito não se pensou na procriação mediante técnicas médicas, que à data estavam longe de constituir um problema jurídico. Mas a interpretação tem necessariamente que ser uma tarefa dinâmica, sob pena de a Constituição se tornar obsoleta e desadequada ao alucinante ritmo dos tempos”²⁵.

Assim, se para autores como GUILHERME DE OLIVEIRA, TIAGO DUARTE e FERNANDO ARAÚJO a procriação assistida, enquanto liberdade fundamental, pode suscitar questões melindrosas, quanto a nós parece evidente a necessidade de ser reconhecida como tal, por forma a que as suas restrições passem pelos crivos da proporcionalidade. É, aliás, a própria CRP que, no seu artigo 67.º, n.º 2, alínea e), vem impor ao Estado a regulamentação da Procriação Medicamente

²² CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 36.º, p.562.

²³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, p. 356.

²⁴ CAMPOS, Diogo Leite de, “A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 66, Vol. III, 2006, ponto 8.

²⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos Reprodutivos”, in *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 3, Coimbra Editora, 2005, p. 117.

Assistida, de modo que fica reconhecida a PMA como fonte legítima de relações familiares. Conforme preceitua o Tribunal Constitucional, por Acórdão datado de 01/04/2009²⁶ “o legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada «em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana». A norma resolve, por um lado, a questão da admissibilidade constitucional da procriação assistida, ao estabelecer uma imposição constitucional de regulação; mas, simultaneamente, não reconhece um direito a toda e qualquer procriação possível segundo o estado atual da técnica, excluindo, à partida, as formas de procriação assistida lesivas da dignidade da pessoa humana.”

No fundo, o direito a constituir família está intimamente vinculado às funções humanas reprodutivas que abrangem uma conceção, seja ela natural ou artificial, de modo que, em harmonia com a abstração supra analisada, sempre deverá ser visto como fundamento constitucional para a procriação medicamente assistida.

Trataremos agora de melhor perscrutar o direito ao desenvolvimento da personalidade correlacionado com o direito à autonomia privada, ambos reconhecidos constitucionalmente. Se, a montante, o alcance do direito ao desenvolvimento da personalidade seria pouco perceptível e em muito abstrato, facto é que a doutrina em muito tentou esmiuçar o seu preenchimento. Conforme entendem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA “este direito não pode ser visto como uma liberdade ou direito geral (...) ele constitui um direito subjetivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória (...)”²⁷. Portanto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isto é, à autodeterminação e autoconformação da pessoa, significa proclamar a mínima intervenção do Estado, de forma que o indivíduo possa tomar as suas decisões sem que lhe sejam impostos modelos.

Assim, o direito ao desenvolvimento da personalidade de forma livre e autónoma, destituída de imposições, em muito se aproxima do direito à autonomia privada – princípio transversal de todo o direito civil. A autonomia privada, nas palavras de MOTA PINTO “significa, assim, a regra geral de liberdade de ação; é reconhecida, ao ser humano, liberdade de decisão e

²⁶Acórdão do Tribunal Constitucional de 01/04/2009, em sede de processo n.º 101/2009, consultável em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁷ CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 26.º, pp.465-466.

condução da sua vida, pelo exercício da sua própria vontade, em todos os seus aspetos, podendo regulá-los livremente e estabelecendo-lhes o conteúdo e a respetiva disciplina jurídica”²⁸.

Mas, será que tal liberdade de decisão e condução da própria vida justifica, de *per se*, a admissibilidade das técnicas de procriação médica assistida enquanto fruto da vontade livre dos indivíduos? Exigindo-se, enquanto direito fundamental, uma intervenção mínima do Estado na sua regulação/restricção?

A sociedade hodierna deve assumir-se como uma sociedade pluralista e tolerante, permitindo que as escolhas e projetos de vida traçados pelos indivíduos que a compõem sejam alcançados, acoplando o princípio transversal da dignidade humana. É que a dignidade humana e autonomia privada não são, afinal, conceitos contraditórios, mas sim causas e condições recíprocas, não existindo um sem o outro. A dignidade da pessoa humana pressupõe a sua autonomia privada, pois só com uma atuação livre e desprovida se poderá dignificar o indivíduo.

Assim questionamos mesmo: a liberdade de conduzir a vida não será a mesma liberdade em servir-se de práticas de reprodução assistidas para atingir determinado projeto de vida? As técnicas de PMA devem ser vistas como uma das tantas faces do direito à autonomia privada, como um prolongamento e efetivação do direito a dispor do nosso corpo, da nossa liberdade corporal²⁹.

A este propósito a autora YOLANDA GÓMEZ SANCHÉZ pontifica que o direito constitucional à intimidade privada serve, inclusive, de fundamento ao direito de procriação assistida, uma vez que o direito à intimidade pessoal e familiar, previsto no artigo 18.º da Carta Espanhola, protege as decisões pessoais que afetam as decisões como querer ou não se reproduzir, de que modo, e a que momento³⁰.

Por tudo o quanto ficou exposto, objetivamos que o direito fundamental à Procriação Medicamente Assistida existe, enquanto derivação de outros preceitos constitucionais, exigindo um olhar zeloso pelo legislador e intérprete, na qualidade de direito fundamental em posição jurídica *prima facie*, que sempre estará sujeita a restrições e limitações justificadas. De referir que esta mesma tese foi já corroborada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, decisão de 28 de novembro de 2012, onde chamada a Corte para pronunciar-se sobre a proibição de recorrer a processos de fertilização *in vitro*, a mesma decidiu

²⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, p.42.

²⁹ NETO, Maria Luísa Alves da Silva, “O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições”, in Publicação Correspondente A Actas Do Seminário Internacional “Debatendo A Procriação Medicamente Assistida”, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p.85, disponível em www.sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=248186, consultado a 16/01/2021.

³⁰ SANCHÉZ, Yolanda Gómez, “*El derecho a la reproducción humana*”, Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 53.

que tal proibição violava um leque de direitos humanos, desde o direito à vida privada e familiar e o direito de formar família até ao direito à não discriminação por questões de saúde, meios financeiros ou género.

Ao reconhecer o direito a ter filhos enquanto um direito fundamental, que pode ser satisfeito por meio de técnicas médicas, o acesso à PMA constitui uma das dimensões do direito fundamental à reprodução.

2. A tutela constitucional da família pós-moderna

2.1. Da família tradicional à família monoparental – O Direito a ser “Mãe biológica”

A partir do século XIX, o conceito e estrutura de família, até então existente, atravessou uma verdadeira insurreição. Dadas as mutuações na sociedade, a aceção enraizada de família patriarcal caía a largos passos, o fim do padrão comportamental de marido tirano e mulher submissa, e o início dos movimentos feministas, trouxeram uma verdadeira promoção da dignidade do grupo familiar. A solidariedade familiar, confiança e igualdade de género estavam cada vez mais presentes, e o casamento, que antes era visto como um ato inerente à formalização de procriação, passou a ter por base o vínculo afetivo que unia, de forma recíproca, os cônjuges.

O *animus*, agora partilhado, de constituir uma família nas quais os sentimentos ocupam um lugar importante na esfera própria da instituição familiar, foi crescendo e colaborando para o derradeiro fim dos modelos tradicionais patriarcais. Um ambiente democrático, igualitário e livre passa a retratar as novas relações familiares, fundadas essencialmente nos laços de afetividade, onde passa a existir maior inter-relacionamento e participação dos membros do agregado familiar, conforme preceitua o artigo 36.º da nossa CRP.

Como aperfeiçoam os autores FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA “a desfuncionalização da família reforçou porém a sua intimidade, e permitiu que se revelassem, por assim dizer, as funções essenciais e irredutíveis do grupo familiar: nas relações entre os cônjuges, a sua mútua gratificação afetiva, e, por outro lado, a socialização dos filhos, ou seja, a transmissão da cultura, como conjunto de normas, valores, “papéis” e modelos de comportamento dos indivíduos”³¹. Estávamos perante uma relação “pura”, apenas baseada no compromisso

³¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra Editora, 2016, p. 120.

permanente e gratificação, onde dentro do casal “a lei é a ausência de lei (...) e o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes e o casal tornou-se o seu próprio legislador”³².

Mas, se até então o protótipo familiar teria na sua base a nominada família nuclear, constituída pela figura triangular marido, mulher e filhos, eis que a sociedade moderna vem, paulatinamente, rejeitando tal arquétipo como perfeição.

Apesar de se encontrar bastante infundida nas sociedades atuais a ideia de que a família assenta no compromisso matrimonial ou na simples união de facto entre o elemento masculino e o elemento feminino – a chamada Biparentalidade –, facto é que qualquer sujeito pode ter filhos sem necessidade de estar inserido numa relação. É, aliás, o próprio artigo 36.º da CRP que a este propósito consagra tal desagregação ao referir que todos os indivíduos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

Todavia, a interpretação deste preceito legal não é consensual entre os diversos autores. Para CASTRO MENDES e ANTUNES VARELA, o direito a constituir família e o direito a contrair casamento, “funcionam como um só, pelo que, o direito a constituir família, pressupõe o direito a contrair casamento”³³. Para os autores “os dois direitos se reduzem a um só e a ordem da enunciação dos aspectos do seu objecto é infeliz, pois parte do efeito – “constituir família” – para a causa – “contrair casamento”³⁴.

Já TIAGO DUARTE separa claramente o direito a constituir família do direito a contrair casamento, demonstrando que “a constituição da família não se reconduz ao casamento, tornando inequívoco que existem, constitucionalmente, outras famílias para lá das formadas no casamento”³⁵. No mesmo sentido, apontam FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA ao perfilharem que o legislador “quis deixar bem claro que se trata de realidades diversas, como na realidade acontece, pois ao lado da família conjugal, fundada sobre o casamento, há ainda lugar para a família natural, resultante do facto biológico da geração, para a família adotiva e, dir-se-á hoje, para a família baseada na união de facto”³⁶.

Sobre este preceito não ficaram também indiferentes os autores GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, defendendo que “a Constituição não admite (...) a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada” (...). Constitucionalmente, o

³² *Ibidem*, p. 124.

³³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra Editora, 2016, p. 134.

³⁴ *Ibidem*, p.135.

³⁵ DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 34.

³⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra Editora, 2016, p. 134.

casal nascido da união de facto também é família e, ainda que os seus membros não tenham o estatuto de cônjuges, seguramente que não há distinções quanto às relações de filiação daí decorrentes”³⁷. Para estes últimos, esta clara distinção veio, desde logo, permitir um alargamento do conceito de família a “comunidades constitucionalmente protegidas”, como é o caso das famílias monoparentais, famílias com filhos nascidos fora do casamento e as uniões de facto³⁸.

Quanto a nós, parece-nos claro que o legislador pretendeu estabelecer, objetivamente, uma dissociação entre o direito a constituir família e o direito a contrair casamento, correspondendo a cada direito garantias constitucionais distintas, uma vez que um não merece subordinação ao outro, embora estejam, naturalmente, correlacionados entre si. Decorre, ademais, do mesmo normativo constitucional que todos têm o direito de constituir família, designadamente, através do casamento, pelo que o direito de constituir família não se reduz nem sequer implica o direito de contrair casamento.

Não sendo, por isso, o matrimónio critério ou causa justificativa da constituição de família, constatamos que o legislador conjeturou um conceito bastante mais densificado de “família”, pressupondo novas formas de organização e composição familiares. O direito a constituir família não se trata apenas de um direito do casal, mas também um direito individual, o direito a procriar independentemente do estabelecimento de filiação. Será o caso das famílias monoparentais, uma formação familiar que tem vindo a crescer exponencialmente, com a diferença de que, nos dias hoje, se assume, cada vez mais, como um facto premeditado e não como consequência de um incidente subsequente (viuvez, adoção, divórcio). Compostas pela presença de apenas um ascendente, as famílias monoparentais, tradicionalmente associadas ao fracasso, pobreza e vulnerabilidade, durante muito tempo, pressagiavam uma desproteção acrescida à criança e minoravam de forma cabal a capacidade da pessoa para ser um bom criador/cuidador.

Todavia, sempre nos cumprirá salientar que a família monoparental não é, necessariamente, uma família de risco nem tão pouco oriunda desta, nem há de traduzir-se, imperativamente, em menores possibilidades de assegurar os cuidados devidos à criança. Quanto a nós, não existe sequer um modelo ideal de família para a criação, educação e desenvolvimento da criança, nem tão-pouco existe o direito de nascer e crescer dentro de um certo tipo de formação familiar. Existe sim, o direito de a criança ser educada e cuidada por alguém, preferencialmente, os seus progenitores biológicos, quando existam, mas não é categórico que o sejam. De facto,

³⁷ CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 36.º, p.561.

³⁸ *Ibidem*, p. 567.

contra o nosso raciocínio vêm alguns autores argumentando que a existência de um pai e de uma mãe “é um valor social a proteger”. Aclaramos que tendemos a concordar com tal concepção, não pretendendo, desta forma, minorar os papéis que caberão a cada um. Porém, reforçamos a ideia de que “não é pelo facto de numa família não existir pai ou mãe que esta deixa de ser protegida, nem a circunstância de ser mãe ou pai solteiros diminui a capacidade da pessoa para ser um bom cuidador”³⁹.

Ficou já provado, pelo avanço social, de que o desejo de ser Mãe não exige de *per si* a necessidade de um par que a acompanhe ou que valide as suas capacidades e potencialidades enquanto tal. O desejo de procriar traduz uma das maiores ancestrais aspirações da humanidade, onde a transmissão de vida a um terceiro simboliza a união e amor do casal ou, simplesmente, a plenitude e felicidade resplandecente de quem concebe, cria e educa.

Ora, se no capítulo anterior referimos que o direito fundamental à reprodução assistida encontra o seu fundamento legal no direito a constituir família, sempre será necessário compreender as diferenças entre o direito à reprodução assistida e o direito à constituição de família, que apesar de conexionados, sempre serão alvo de distinção.

O direito à reprodução assistida pressupõe, desde logo, uma ligação biológica com o descendente, ou pelo menos, uma aparência desse vínculo biológico (nos casos do uso de gâmetas de um dador) e um desejo de manter a criança que vier a nascer junto de si, estabelecendo laços de amor e fraternidade, provendo-lhe educação, auxílio e assistência, constituindo com ela uma família. Em contrapartida, o direito a formar família apenas pressupõe a segunda vertente do direito à reprodução, isto é, o desejo de viver em família, de criar e educar a criança, sem que exista necessariamente uma relação genética entre ambos⁴⁰.

Apesar do fator preponderante a ambos os direitos fundamentais ser, indubitavelmente, o vínculo afetivo e social, de facto, a diferença entre eles reside na partilha de material genético. De modo que, mais do que criar e educar uma criança, a aspiração e, conseqüente, recurso às técnicas de PMA pressupõem uma ambição/necessidade de partilhar com outro ser humano o vínculo biológico, o mesmo material genético. A este propósito refere VERA LÚCIA RAPOSO que “as técnicas de PMA representam duas tendências quase contraditórias. Por um lado, reforçam o sentimento e o afeto como bases da edificação das relações entre pais e filhos. (...) Mas, e por outro lado, fortalecem o ancestral apelo da “carne da minha carne, sangue do meu sangue”, numa

³⁹ Raposo, Vera Lúcia, “*Dá-me licença que tenha filhos? : restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida*”, in Revista Direito GV, V. 15, N. 2, São Paulo, 2019, p.11.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 2.

tentativa utópica de enganar a morte física mediante a permanência no mundo de um ser que é parte de nós”⁴¹.

Porém, na nossa ótica, se não fosse esta necessidade ou aspiração de genes a PMA quedaria sem fundamento, sem *ratio legis*, uma vez que, abdicando da premissa biológica, todas as pessoas impedidas de procriar haveriam de recorrer a outros mecanismos, como por exemplo, a adoção. Pelo que é esta precisa ânsia de vínculo biológico que motiva e enaltece a procriação assistida em relação à “simples” aspiração de constituir família, é o direito a ser pais biológicos, a constituir um laço biológico de parentesco com a criança que vier a nascer.

Rematado fica que a palavra família é uma unidade complexa e cheia de significados, onde as suas múltiplas perspectivas e dimensões de análise reforçam essa ambiguidade e imprecisão. Mas, independentemente do preenchimento conceptual que lhe possa ser atribuído, a família, enquanto direito fundamental, deve ser vista como um lugar de partilha de afetos, cuidados e responsabilidades.

Capítulo II. As técnicas de Procriação Medicamente Assistida *post mortem*

1. Preenchimento de conceitos técnicos

1.1. Inseminação, Fertilização e Transferência embrionária

Como um relâmpago, sem avisar, a morte chega na hora em que menos se espera. E destrói sonhos, expectativas e projetos de vida de uma forma tão avassaladora que, na maioria das vezes, não deixa tempo ou espaço para precaver concretizações de vontades ou planos, como será o desejo de procriar e de perpetuar o nosso legado genético.

Os avanços científicos na área da Medicina Reprodutiva vieram combater a infeliz fatalidade que pressagiava casais, mulheres e homens, todos eles unidos pelo desejo de criar família e, ao mesmo tempo, todos eles derrotados pelo falecimento do seu parceiro de uma vida. A possibilidade de gerar um ser humano após a morte de um dos seus progenitores, através da criopreservação de material genético e embriões, é uma realidade da sociedade moderna, que acompanhou os progressos científicos do século XXI, não sendo, atualmente, a morte de uma pessoa obstáculo para a procriação.

⁴¹ Ibidem, p. 3.

A criação de bancos de esperma e a possibilidade de congelar sémen, óvulos e embriões veio dismantelar a ausência do homem ou da mulher ou a morte de um dos membros do casal, enquanto impedimento à reprodução. Conforme, aliás, perfilha a autora SANDRA MARQUES MAGALHÃES “o distanciamento entre o ato sexual e a procriação promove agora o rompimento das raías entre a vida que surge e a morte de quem lhe deu origem, sem que o decurso do tempo seja limite a tal ruptura (...) Estamos perante enredos nunca antes imagináveis, como o do soldado que, previamente à sua partida para a guerra, deixa amostra de seu sémen para que sejam concebidos filhos geneticamente seus, ainda que morra em combate; do doente grave que, ciente da iminência de seu fim, autoriza que suas células germinais sejam usadas em inseminação artificial mesmo depois de sua morte; do casal que falece de forma trágica, deixando embriões criopreservados que desejava ver nascer como seus filhos”⁴².

De facto, a realidade tem ditado, por maioria de razão, que apenas lidemos com os casos de morte do elemento masculino e o subsequente desejo do elemento feminino em utilizar o seu esperma ou os embriões gerados a partir do mesmo. Teoricamente, sempre se poderá colocar situação inversa, e ser o homem a pretender utilizar os ovócitos da falecida esposa, no entanto, essa não será a versão da reprodução *post mortem* objeto de estudo na presente dissertação, uma vez que para tal sempre seria necessário polemizar a temática da gestação de substituição, o que extravasava, em larga escala, o tema principal a que nos propormos tratar.

Representando, para muitos, a esperança de alcançar o filho até então tão desejado, trataremos de melhor escrutinar as hipóteses de procriação *post mortem*: Inseminação Artificial *post mortem*, Fertilização *in vitro post mortem* e Transferência embrionária *post mortem*.

Começemos, em primeiro lugar, pelas situações em que a mulher é inseminada com sémen de um homem já defunto, em regra, o seu cônjuge.

Com origem no verbo *inseminare*, composto por *in* – dentro – e *sémen* – semente – a Inseminação Artificial traduz-se na simples colocação de sémen dentro do corpo da mulher. Uma das mais usuais técnicas de PMA⁴³ que consiste na “colocação de uma amostra de sémen, preparada previamente no laboratório, no interior do útero da mulher a fim de aumentar o potencial dos espermatozoides e as possibilidades de fertilização do óvulo”⁴⁴. Ora, nestes termos, a Inseminação Artificial *post mortem* mais não será que a recolha do material genético do, agora, homem falecido, para posterior introdução no interior do útero da mulher, para efeitos de uma

⁴² MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 150 e 151.

⁴³ Para tal, vide artigo 2.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁴⁴ Definição disponível em <https://ivi.pt/tratamentos-procriacao-assistida/inseminacao-artificial/>, consultado a 20/05/2020.

fecundação “intracorporal”, que ocorre já no útero da mulher. Ou seja, o que difere da Inseminação Artificial “em vida” é o facto de a introdução do material genético no útero da mulher ocorrer após o falecimento do homem, isto é, *à posteriori da morte*. Apesar de nos casos mais frequentes o esperma ter sido previamente disponibilizado pelo falecido e posteriormente criopreservado⁴⁵, certo é que a Inseminação Artificial póstuma também abarca as hipóteses em que o esperma foi retirado do corpo do homem momentos antes deste falecer ou imediatamente após o seu falecimento, a chamada recolha de sémen *post mortem*. Todavia, sempre se refira que a recolha em vida ou após a morte assume primordial relevo para efeitos de aferição da vontade reprodutiva e do direito à integridade corporal do falecido.

Quanto a nós, parece-nos evidente que uma recolha nestes termos, isto é, sem um precedente consentimento esclarecido do falecido para a prática do ato depois da sua morte, traduz um verdadeiro ataque à integridade corporal do falecido.

Será o próprio lapso temporal da recolha do material genético que dita a sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico, isto é, seja *ante* ou *post mortem*, será critério decisivo na sua permissibilidade e juridicidade. É que tratando-se de uma colheita *post mortem*, sem consentimento expresso, traduz-se numa colheita verdadeiramente coativa de vestígios biológicos, uma vez que o falecido não manifestou a sua vontade em permitir tal colheita. Ao passo que, na recolha em vida, tal só deverá acontecer com um prévio consentimento prestado.

No mais, perfilhamos do entendimento de que uma recolha de sémen *post mortem* será uma prática totalmente vedada para os casos de Inseminação Artificial *post mortem* uma vez que implica uma violação do disposto nos artigos 25.º e 26.º da Constituição portuguesa, bem como do preceituado no artigo 71.º do Código Civil. Uma recolha de sémen, nestes termos, traduz um verdadeiro ataque à integridade física do defunto, aos próprios direitos de personalidade que subsistem para além da morte, que em nada se articula com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tratar-se-ia de um desrespeito à incolumidade física do próprio cadáver, um direito pessoal, irrenunciável e intransmissível, devendo, nos casos em que não existe qualquer consentimento prestado pelo mesmo, prevalecer o princípio da indisponibilidade do próprio corpo.

Conforme, aliás, refere CAPELO DE SOUSA “ainda que extinta pela morte a personalidade jurídica, nada impede, desde logo, que haja bens da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações

⁴⁵Conforme refere FRANCISCO PEREIRA COELHO, “a criopreservação de gametas é uma técnica auxiliar, que tem lugar quando não é possível a procriação natural devido a problemas de fertilidade masculinos ou femininos. Tem como finalidade a utilização dos gametas em várias tentativas, caso seja necessário, por fundado receio de futura esterilidade”, COELHO, Francisco Pereira, [et al], “Procriação assistida com gâmetas do casal”, in Procriação assistida: colóquio interdisciplinar, Coimbra, Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 1993, p.22.

jurídicas e como tais são autonomamente protegidos. É particularmente o caso do seu cadáver, das partes destacadas do seu corpo, da sua vontade objectivada, da sua identidade e imagem, da sua honra, do seu bom nome e da sua vida privada, das suas obras e das demais objectivações, criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito pessoal, imprimido a sua marca”⁴⁶. Ademais, é a própria lei que estabelece uma permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte, ao preceituar que “os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respetivo titular”.

Importa, ainda, ressaltar a distinção necessária entre a Inseminação Homóloga, aquela de que mais à frente nos ocuparemos, da Inseminação Heteróloga. Ao passo que na primeira a fecundação é feita com a utilização do sémen do marido ou unido de facto juntamente com o ovócito da mulher, pelo que existe uma compatibilidade entre a verdade biológica e verdade jurídica, estabelecendo-se, assim, um verdadeiro estatuto de filho biológico à criança que vier a nascer, em relação aos seus pais; na segunda, o esperma utilizado já não provém do marido ou companheiro, mas sim de um terceiro – dador –, totalmente alheio a todo o processo alternativo de reprodução, que qualquer pessoa pode utilizar. Nestes casos, é certo que não existe uma coadunabilidade entre a verdade biológica e a verdade jurídica, uma vez que o terceiro dador, de acordo com o critério biológico, seria tido como o pai biológico, mas a verdade é que a filiação se vai estabelecer em relação ao companheiro ou cônjuge da mãe da criança que vier a nascer.

Aqui chegados, cumpre-nos questionar: será que, em virtude da não existência de um vínculo biológico de forma integral, os processos de procriação heterólogos são subsidiários face aos processos homólogos? A querela doutrinal, no que á Inseminação Artificial heteróloga diz respeito, tem-se mostrado muito ampla e cada vez mais densificada. Apesar da sua admissibilidade no ordenamento jurídico português, vários são os autores cuja tese passa por obstaculizar a realização de tal prática reprodutiva assistida. A este propósito, MICHEL RENAUD, na sua declaração de voto relativamente ao Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, considera mesmo que “a PMA com recurso a gâmetas de terceiros não promove a dignidade ética do casal. Além da evidente imprecisão da expressão «saúde reprodutiva do casal», considero como desprovida de fundamentos especificamente éticos a fecundação heteróloga dum casal heterossexual com recurso à dádiva de gâmetas de terceiros”⁴⁷. Para o autor trata-se de um procedimento artificial que não resolve o problema da infertilidade e/ou esterilidade

⁴⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 191-192.

⁴⁷ Declarações de voto, parecer n.º 44 do Conselho nacional de ética para as ciências da vida, Procriação Medicamente Assistida, 2014, disponível em www.cnev.pt, p.29, consultado a 04/02/2021.

do casal, o qual “permanece nesta situação de infertilidade e/ou esterilidade, depois como antes da PMA. Consegue-se (eventualmente) dar um filho só a um dos membros do casal, o que quebra a unidade procriativa do casal. Em termos rigorosos, o princípio da subsidiariedade é violado pela PMA com recurso a dádiva de gâmetas”⁴⁸.

Ora, o desnivelamento entre os membros do casal quanto à sua relação biológica com o nascituro é ponto assente nesta técnica de procriação assistida, algo que vem sobremaneira sendo alvo de críticas⁴⁹. Mas, deverá ser o mesmo prescrito face à Inseminação Artificial heteróloga *post mortem*?

Relativamente à Inseminação heteróloga *post mortem*, quase nenhum autor se tem aventurado a assumir uma concreta posição. De facto, poderá acontecer que o material biológico a ser utilizado pelo casal beneficiário provenha de um terceiro dador, entretanto falecido⁵⁰. Todavia, conjecturamos que se dubiedades podem subsistir quanto à aplicabilidade da Inseminação Artificial heteróloga em vida, relativamente à forçosa intrusão de um terceiro no meio da relação do casal, podendo ferir a sua unidade, as mesmas já não poderão subsistir quanto aos casos de Inseminação Artificial heteróloga *post mortem*. Isto porquanto, nestes casos, em que esse terceiro será já defunto, em nada se encontra precludido o desejado projeto parental assumido pelo casal, não existindo sequer, do ponto de vista legal, qualquer obstáculo quer para efeitos de filiação⁵¹ e consequente sucessão, quer para eventual (des)consideração do superior interesse da criança que, no mais, se encontra devidamente protegido, ao nascer num seio familiar que a tanto desejou.

Incertezas não restam de que, neste cenário, a premissa que moveu o casal na procura das técnicas de PMA – colmatar o profundo sofrimento que a infertilidade/esterilidade causa no casal e a vontade de constituir uma família com vínculos biológicos – sempre deverá prevalecer. É, aliás, o amor do parceiro infértil a prevalecer na união do casal, que de forma altruísta e despreziosa consente em levar a cabo a realização do desejo em ser mãe, no sentido biológico, da sua mulher/companheira. Além disso, não se poderá desvalorizar o vínculo afetivo, cada vez mais preferencial pela jurisprudência portuguesa, em prol do vínculo biológico que se venha a

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Para MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES a PMA heteróloga “define uma assimetria entre a relação da mãe e do pai com a criança; estabelece condições favoráveis para um futuro desencadear de problemas psicológicos e sociais na criança, etc. Fundamentalmente, constitui uma forma de instrumentalização da vida humana, cujos meios são desconsiderados em prol do objectivo a alcançar.”

⁵⁰ A lei determina que “os espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico, que sejam recolhidos e não sejam utilizados, são criopreservados por um prazo máximo de cinco anos”, pelo que pode acontecer que no período dos 5 anos a pessoa dadora tenha, entretanto, falecido, sem que tenha existido uma comunicação de tal falecimento ao banco de esperma.

⁵¹ Para tal, vide artigo 21.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

estabelecer. Pois que a realidade vem mostrando, a passos largos, a importância do vínculo parental afetivo em detrimento ao vínculo parental biológico⁵².

Facto é que, já relativamente à Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*, esta está proibida no nosso ordenamento jurídico, por via do artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, sendo que muitos são os argumentos utilizados contra e a favor da sua proibição, que em ponto adiante desenvolveremos com maior detalhe⁵³.

No que à segunda técnica de procriação *post mortem* diz respeito, a Fertilização *in vitro post mortem*, o legislador entendeu atribuir um tratamento desigual ao atribuído à Inseminação Artificial *post mortem*, tendo por base a fase em que esta técnica de PMA se encontra.

Pese embora se trate de técnicas semelhantes, a Fertilização *in vitro* distingue-se da Inseminação Artificial pela forma como ocorre a fecundação do óvulo. Assim, ao passo que a Inseminação Artificial se trata de uma técnica *in vivo*, isto é, a fecundação do óvulo é realizada dentro do útero da mulher, com a introdução do sêmen previamente recolhido; já na técnica de Fertilização *in vitro* o momento da fecundação ocorre em meio laboratorial, isto é, fora do útero da mulher. Nestes casos, existe uma prévia recolha quer do material genético masculino, quer do material genético feminino que, posteriormente, são colocados em união e conseqüente incubação para que, nos próximos momentos, seja formado o embrião e este possa, em fase ulterior, ser transferido para o útero da mulher. Deste modo, na Fertilização *in vitro* a fecundação ocorre de forma extracorporal, e só depois de formado o embrião é que o mesmo é implantado no útero da mulher.

Ora, a admissibilidade ou não desta técnica no nosso ordenamento jurídico encontra-se subordinada ao momento/fase da sua aplicação. Ou seja, caso o homem faleça após a recolha do seu material genético mas antes da fecundação do óvulo com o seu sêmen, a continuação da técnica de PMA não é permitida pelo nosso ordenamento, ao abrigo do disposto no artigo 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. Mas, caso o companheiro faleça após o momento da fecundação do óvulo com o seu sêmen, então, segundo o vertido no n.º 3 do artigo 22.º da Lei n.º 32/2006,

⁵² A este propósito veja-se o referido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em Acórdão datado de 05/06/2018, em sede de processo n.º 7412/16.6T8CBR.C1, “como tem sido salientado pela jurisprudência constitucional, a verdade biológica, que estrutura todo o sistema legal da filiação, não é um princípio dotado de valor absoluto, que o leve a sobrepor-se a todos os demais. Além de não se lhe atribuir autónoma dignidade constitucional, suscetível de fundamentar, por si só, um juízo de inconstitucionalidade (Acórdãos números 589/2007, 446/2010, 441/2013), pode ser contrariado para satisfazer outros interesses dignos de tutela, como o interesse do concreto filho, o interesse de não perturbar a “paz das famílias” ou a estabilidade socio-afetiva de uma relação jurídica que não tenha fundamento em vínculos biológicos”, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 09/02/2021.

⁵³ Autores como VERA LÚCIA RAPOSO defendem a possibilidade de inseminação *post mortem*, “desde que ocorra por um período de tempo limitado após o seu falecimento e que o marido tenha declarado expressamente o seu consentimento para uso do material genético após a sua morte”, “Direitos Reprodutivos”, in Lex Medicinæ ano 2 – n.º 3 revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p.124.

⁵⁴ Já autores como LUÍS ARCHER e JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO entendem a PMA como um verdadeiro “condenado à orfandade”.

de 26 de Julho, a continuação da técnica já será permitida, através da transferência do embrião para o útero da mulher.

Concentrar-nos-emos, então, no caso específico da Transferência embrionária *post mortem*, casos em que o embrião criado *in vitro* será transferido para o útero da mulher.

O procedimento da Transferência embrionária sempre tem levantado menos controvérsia na doutrina e jurisprudência portuguesa uma vez que, nestes casos, existiu *ab initio* um consentimento do elemento masculino, que começou por autorizar o uso do seu material genético para a fertilização dos ovócitos da sua companheira. O termo fecundação vem da palavra latina *fecundatio*, que significa a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozóide. Ou seja, nestes casos, o falecimento ocorre após a fecundação, mas antes da transferência uterina do embrião, sendo que os embriões já se encontram formados, mas ainda criopreservados. Ao contrário do que acontece na Inseminação póstuma, nesta técnica subsidiária de procriação os embriões já estão criados, já existiu fecundação consentida, pelo que apenas se trata de transferi-los para o útero da mãe, após o falecimento do pai.

Este aparente “detalhe” da fecundação é o que traduz a admissibilidade desta prática no ordenamento jurídico português, à luz do n.º 3 do artigo 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, ao referir-se que “é, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”. Neste caso, “dúvidas não há da intenção do homem em se reproduzir, pois que efetivamente ele consentiu na utilização dos seus gametas para criar um embrião e, por conseguinte, para se reproduzir”⁵⁵.

Em suma, na Inseminação Artificial póstuma a introdução do material genético no útero da mulher ocorre após o falecimento do homem, enquanto na Transferência embrionária *post mortem* os espermatozoides foram recolhidos e o óvulo já foi fertilizado antes da morte do homem, no entanto, a transferência do embrião só ocorre depois de o mesmo ter falecido.

2. A sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico

Como tivemos já oportunidade de referir em ponto supra, para o legislador português a legalização da Inseminação Artificial *post mortem* e da Transferência embrionária *post mortem*,

⁵⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, “*Até que a morte nos separe: Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral*”, in *Lex Medicinæ*, ano 15, n.º 29, 2018, p. 75.

fundou-se, essencialmente, no critério temporal do momento da fecundação. Isto significa que, caso a fecundação ocorra antes da morte do falecido, será permitida à mulher transferir os embriões para o seu útero, conforme determina o artigo 22.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Se, pelo contrário, a fecundação ainda não tiver decorrido, ou seja, nos casos de Inseminação Artificial, então já não poderá haver lugar à introdução no útero do material genético para posterior fecundação.

Assim, cumprir-nos-á, ao longo deste ponto, clarificar as opções legislativas supramencionadas, com elas agregando também as várias teses doutrinárias que maior eco fazem sentir no sistema jurídico português. Encetando, desde logo, pela não admissibilidade da utilização das técnicas de Inseminação Artificial Homóloga póstuma, e arrematando com, *a contrario*, a admissibilidade da utilização das técnicas de Inseminação Artificial Heteróloga póstuma, Fertilização *in vitro post mortem* e Transferência embrionária póstuma.

Até ao dia de hoje, a Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* continua a ser uma técnica não permitida, ao abrigo do disposto no artigo 22.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Assim, o que dita o nosso legislador é que, “o sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen”. Conforme reiterado em ponto supra, a Inseminação Artificial póstuma consagra uma forma especial de inseminação, com a particularidade de ser realizada após o falecimento de um dos cônjuges/companheiros.

Prática totalmente vedada pelo legislador português e inegavelmente rechaçada pela doutrina maioritária e jurisprudência, a não admissibilidade desta prática vem sendo decretada, essencialmente, por quatro principais tipos justificadores: i) violação da dignidade do defunto, ii) fonte adicional de subsistência do cônjuge sobrevivente, iii) forma de luto encoberto e, por fim, é ainda, por muitos autores utilizado o argumento do iv) direito à biparentalidade no cumprimento do superior interesse do menor que vier a nascer fruto da utilização desta técnica.

Melhor esmiuçando estes contra-argumentos à utilização da técnica de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*, surgem vários autores como LUÍS ARCHER, JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO, PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, STELA NEVES BARBAS. Para estes, esta prática vem sendo, usualmente, proibida nos ordenamentos jurídicos uma vez que se considera atentatória da

dignidade do falecido, em virtude de se dispor do seu material genético sem uma vontade que lhe sirva de suporte⁵⁶.

Conforme tivemos já oportunidade de referir no Capítulo I, da presente dissertação, o princípio da dignidade da pessoa humana é corolário das técnicas de PMA, entendido como parâmetro de constitucionalidade, verdadeiro critério e limite da sua utilização. Porém, classifica, e bem a nosso ver, LUÍSA NETO, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto “*conversation sttoper*”, isto é, utilizado como travão-resposta a querelas jurídicas, como será a querela doutrinária da admissibilidade da técnica de Inseminação Artificial Homóloga póstuma.

Senão vejamos: para vários autores, a disposição de material genético sem uma vontade que sirva de suporte em termos jurídicos constitui um verdadeiro ataque à dignidade do falecido – a morte com dignidade. Mas, afinal, o que significa dizer que o Homem tem o direito a falecer com dignidade? O preenchimento deste conceito demonstra-se deveras complexo porquanto o próprio conceito de dignidade é de, *per se*, amplamente indeterminado. Todavia, conforme defende JORGE REIS NOVAIS “só haverá violação da dignidade quando na instrumentalização em causa esteja decisivamente presente um elemento de coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou, em geral, de degradação da pessoa”⁵⁷.

Assim, será legítimo perfilharmos que morrer com dignidade implica que “não sejam aplicadas medidas fúteis, isto é, medidas que em nada contribuam para o seu bem-estar ou medidas exclusivamente destinadas ao bem-estar de terceiros”⁵⁸.

Ora, partindo deste pressuposto a questão estará em saber até que ponto a utilização de sêmen do falecido cônjuge/companheiro se traduzirá, impreterivelmente, na violação da sua dignidade humana, no seu direito a morrer com dignidade.

A respeito da doação de células germinais LUÍSA NETO refere mesmo que “a questão estará em saber até que ponto a doação de células germinais ou a prestação de serviços corporais suportando, por exemplo, uma gravidez no interesse de outrem se cifra numa violação da integridade física que vai para além das faculdades de consentimento e autolimitação que são lícitas ao indivíduo, na sua dimensão de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ou se estamos perante tempos de fertilidade propaganda, propagandeada por vários

⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo, “*Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal*”, in Separata de Lex Medicinæ, ano 7, n.º 14, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 84.

⁵⁷ Novais, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana, II (Dignidade e Inconstitucionalidade)*, Coimbra, 2016, p.65.

⁵⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, “*Até que a morte nos separe, Breve nota sobre a reprodução post mortem em morte cerebral*”, in Lex Medicinæ Ano 15, n.º 29, 2018, p. 78.

institutos de genética médica, mesmo entre nós”⁵⁹. Deste modo, cumpre-nos, ainda que analogicamente, questionar o mesmo relativamente aos casos de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* – Até que ponto é realmente a dignidade do falecido afetada?

Parece-nos que estamos perante um conflito de interesses entre o desrespeito do falecido através da utilização do seu material genético e o direito a dar continuidade ao desejo parental de ambos, por parte da companheira sobrevivente. Todavia, haverá que estabelecer aqui uma destrição, ainda que breve porquanto será alvo de melhor análise em ponto a seguir. Sempre haverá que considerar os casos em que o falecido consentiu ou não, na utilização do seu sêmen para efeitos reprodutivos após a sua morte. Nestes casos, existindo um consentimento expresso, não deveria prevalecer o último direito em conflito, o direito à reprodução da mulher sobrevivente? Parece-nos que a resposta deveria ser afirmativa, pese embora o legislador tenha determinado que não, à luz da solução prevista no n.º 1, do artigo 22.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. É que se o argumento utilizado para a não admissibilidade da técnica, encontra terreno fértil na falta de consentimento do falecido para a utilização do seu sêmen depois da morte, tal cairá por terra árida quando já subsista um consentimento por escrito e esclarecido. Porém, mesmo nesses casos, tal técnica não é admissível no nosso ordenamento jurídico, com o (des)valor atribuído pelo legislador ao consentimento do defunto, pelo que permanece no ar a questão: Mesmo existindo um consentimento do falecido para a utilização do seu material genético, a sua utilização ainda constitui uma violação da sua dignidade?⁶⁰ Quanto a nós, parece-nos que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido tendencialmente utilizado de forma abusiva, sem atender ao significado social da pretensão, sem estabelecer ponderação de interesses conflitantes e crivos de proporcionalidade estritos.

Em segundo lugar, é a Inseminação Artificial Homóloga rechaçada na doutrina maioritária porquanto a mesma pode ser vista, para a companheira ou cônjuge sobrevivente, enquanto fonte adicional de subsistência, derivada do património hereditário deixado pelo defunto. Para vários autores como STELA NEVES BARBOSA, JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO, teme-se a avidez da viúva, que espera conseguir uma “fonte adicional de subsistência derivada dos bens do defunto marido por via de um filho que funcione como sua derradeira fonte de rendimento, dado o papel central que este poderá desempenhar em termos de distribuição de bens”⁶¹.

⁵⁹ NETO, Luísa, “*O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições*”, in Publicação Correspondente A Actas Do Seminário Internacional “Debatendo A Procriação Medicamente Assistida”, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p.87, disponível em www.sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=248186, consultado a 16/01/2021.

⁶⁰ Trataremos de dar resposta em ponto a seguir.

⁶¹ RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo, “*Aspectos jurídicos a reprodução post mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal*”, in *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, 2010, p.85.

Deste modo, para estes autores, será a natureza económica o fator preponderante que conduz toda, ou grande parte, da atuação da mulher, algo com o qual não tendemos a corroborar. Desde logo, note-se que no nosso ordenamento jurídico a mulher viúva encontra-se patrimonialmente protegida, sendo detentora de um *ius delationis*, com chamamento prioritário. E, relativamente à mulher unida de facto, mesmo não sendo alvo de chamamento de vocação sucessória, sempre terá parte dos seus interesses devidamente tutelados⁶². De modo que, não podemos senão configurar do perfilhado pela autora VERA LÚCIA RAPOSO, ao entender-se que, na esmagadora maioria, o que move as mulheres “é um sentimento totalmente oposto a este: é o amor pela pessoa falecida, com quem esperavam partilhar a sua vida”⁶³.

Não se podem os restantes autores olvidar que o que motivou a que o casal recorresse às técnicas de procriação assistida foi, *ab initio*, o desejo de constituir família, em perpetuar os laços afetivos do casal. Pelo que nos parece materialmente injusto atacar a pretensão da cónjuge sobrevivente, imutável da pretensão do casal, com uma eventual conjeturada retirada de benefício patrimonial, quando sempre foi o sentimento afetivo que a moveu para a utilização da técnica de PMA.

Já em terceiro patamar, encontramos o pressuposto do “luto encoberto” com a existência de um filho do falecido. De facto, dentro do contexto de luto podem, efetivamente, existir várias fases complementadas com sentimentos paradoxais, que nem sempre permitem analisar a realidade com a clareza e frieza necessárias. Conforme é referido no parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), tal alvoroço sentimental nem sempre permite “ter em consideração a perspectiva do real interesse em fases posteriores da própria vida. Decidir ter um filho é uma decisão com repercussões enormes na vida e merece ser tomada em clareza e tranquilidade de consciência”⁶⁴. A este propósito, JOANA MESQUITA-GUIMARÃES, na sua declaração de voto⁶⁵, referiu mesmo que “a tomada de decisão por uma técnica de procriação post-mortem está, no meu entender, envolta num emaranhado emocional de luto, sofrimento e expectativas

⁶² A título de exemplo, é-lhes salvaguardado o direito real de habitação na casa de morada de família, têm o poder de exigirem o pagamento de uma pensão de alimentos da herança do falecido, ou ainda o direito ao subsídio por morte e à pensão de sobrevivência.

⁶³ RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo, “*Aspectos jurídicos a reprodução post mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal*”, in *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, 2010, p.85.

⁶⁴ XAVIER, Rita Lobo [et al], “112/CNECV/2020, Parecer sobre os projetos de lei n.º 223/xiv/1.ª “sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alargando as situações de realização de inseminação post mortem” e 237/xiv/1.ª “altera o regime da procriação medicamente assistida, permitindo a inseminação post mortem para realização de projeto parental claramente estabelecido (sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Setembro de 2020, p.6.

⁶⁵ GUIMARÃES, Joana Mesquita, “Declaração de voto parecer sobre os projetos de lei n.º 214/xiv/1.ª (cidadãos), n.º 223/xiv/1.ª (ps) e n.º 237/xiv/1.ª (ps), que propõem a alteração da redação dos artigos 22.º (“inseminação post mortem”) e 23.º (“paternidade”) da lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização das técnicas de PMA”, Porto, 18 de outubro de 2020.

defraudadas, podendo não considerar uma prévia ponderação da eventual possibilidade de perigar o saudável desenvolvimento psíquico da criança nascida em ambiente de saudade e memórias”.

Mas, será que estes autores, ao atribuírem este juízo desastrado e calamitoso à beneficiária e, conseqüentemente, à criança que vier a nascer, não tiveram na sua consideração apenas o superior interesse da criança, olvidando-se por completo do espectro da autonomia e liberdade decisória da Mãe?

A ideia de reconstrução de uma nova vida com outros novos projetos não pode ser entendida, como parecem fazer crer certos autores, enquanto cenário idílico de uma mulher viúva. Na verdade, essa poderá ser uma das várias direções a seguir, não lhe devendo ser negadas diferentes trajetórias. Quanto a nós, não deveria o legislador ter omitido a esta (mulher) o direito a perpetuar o projeto de vida que havia já estabelecido, mesmo que tal significasse que o levasse a cabo de forma singular. No fundo, entramos na bolha da esfera de autonomia privada, na tomada de decisões e interesses da mulher, que devem, necessariamente, ser altamente ponderados e acima de tudo, acompanhados de juízos intrínsecos⁶⁶.

Concebemos que o legislador e a doutrina maioritária têm partido de considerações verdadeiramente objetivas, sem apelar ao bom senso ético e valorizar a vontade da mulher beneficiária.

Por fim, o último argumento utilizado para a inadmissibilidade da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* no nosso ordenamento jurídico prende-se com um perigo ao saudável desenvolvimento da criança que advier da técnica, uma vez que se estará a condenar a criança à orfandade de Pai. Quanto a este pressuposto, não nos iremos distender muito uma vez que será mais bem acurado em ponto a seguir. Todavia, cumpre-nos, desde já, materializar a nossa total discordância com o mesmo, pugnando pela falta de cientificidade do argumento, pois desconhece-se o possível impacto da utilização da técnica de PMA homologa póstuma no desenvolvimento psicológico da criança que vier a nascer. Para nós, a construção da narrativa da criança será muito mais densa do que o “simples” facto de ter sido concebida após o falecimento do seu pai, nada renunciando que esta venha a crescer em ambientes degradados e perigosos ao seu salutar desenvolvimento.

⁶⁶ A este respeito questiona-se mesmo a falta de acompanhamento que as mulheres viúvas recebem por parte do Estado, não existindo qualquer acompanhamento de ajuda por técnicos com formação especializada, por forma a serem capazes de estruturar a sua vontade de modo cabal e fiel às suas aspirações.

Já no que tange à admissibilidade da utilização das técnicas de Inseminação Artificial Heteróloga póstuma cumpre-nos dizer que entramos numa zona cinzenta, pouco penetrável por parte da doutrina portuguesa. Se, por um lado, o legislador venceu de forma clara a sua posição relativamente à Inseminação Homóloga, proibindo a sua prática ao abrigo do artigo 22.º da Lei da PMA, o mesmo já não aconteceu em relação à Inseminação Heteróloga. Nesta última, o legislador optou por não se pronunciar, existindo um verdadeiro vazio legal que a própria doutrina parece não acurar preencher. Conforme já referimos, nos casos de PMA heteróloga *post mortem* a mulher beneficiária irá utilizar o material genético de um terceiro dador que, entretanto, já faleceu. Todavia, a este propósito sempre se esclareça que a mesma não terá conhecimento de que o dador do material genético é já defunto, não existindo essa comunicabilidade de informação, ao abrigo do princípio da confidencialidade que por se regem as técnicas de PMA.

Foi, exatamente, com a promulgação da Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, que se procedeu à quarta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, tendo sido aditado o artigo 16.º -A, de cuja epígrafe “*Destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico*”.

Com o aditamento deste artigo pretendeu-se oferecer resposta ao aumento significativo do acesso às técnicas de PMA e, conseqüente, aumento da criopreservação do material genético. Nesta senda, urgia a necessidade de regulação a dar ao destino de espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico criopreservado não utilizáveis, evitando a indesejável eternização da sua conservação, sem que os mesmos fossem utilizados ou reclamados pelos seus beneficiários. Assim, veio ditar o n.º 1, conjugado com o n.º 4, do artigo 16º-A, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que decorrido o prazo de cinco anos após a criopreservação do material genético não utilizado, para os quais não haja projeto parental claramente estabelecido ou projeto de investigação científica, podem ser descongelados e eliminados por determinação do Diretor do Centro de PMA, mesmo nas situações em que tenha sido consentida a doação para fins de investigação científica. De modo que, ficamos cientes de que perpassados os 5 anos de criopreservação sem que o material seja reclamado, pode o Diretor do Centro de PMA determinar a sua destruição ou doação para efeitos de investigação.

Contudo, pode acontecer que, dentro desse período estabelecido, o dador do material genético tenha falecido e, mesmo assim, o seu material genético será utilizado pelos beneficiários que possam surgir. O que poder gerar certa discórdia para os acérrimos defensores da Inseminação Artificial homóloga *post mortem*, uma vez que a utilização do sêmen do

cônjuge/unido de facto falecido não é permitida, mas a utilização do sémen de um terceiro falecido já o é, sentindo-se quase que como uma “discriminação positivada” ao vínculo matrimonial.

A este respeito, e quanto a nós, não nos causa inquietude a admissibilidade desta técnica de PMA póstuma determinada, ainda que de forma implícita, pelo legislador, pois que, na verdade, se com a Inseminação Artificial heteróloga in vivo, o legislador optou por estabelecer claramente que o dador de sémen (vivente) não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela, já relativamente à criança que da técnica póstuma advier o mesmo se sucederá, isto é, não será estabelecida qualquer relação jurídica e/ou afetiva com o dador (defunto). Destarte, apesar da falta de regulação desta técnica *post mortem*, facto é que, ainda assim, não se vislumbram querelas jurídicas essenciais porquanto, na verdade, não se produzirá quaisquer efeitos em relação ao doador já defunto, não existindo implicações quer em matéria de filiação, quer em âmbito sucessório, como já se verifica nos casos de PMA homóloga *post mortem*.

Por conseguinte, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, vem concretizar uma proteção jurídica dada ao embrião, permitindo, no n.º 3, do artigo 22.º a Transferência Embrionária *post mortem*, no decurso da utilização da técnica de Fertilização *in vitro*.

Como já depreendemos, a lei portuguesa da PMA póstuma funda o seu regime legal no “momento da fecundação”, protegendo a vida embrionária, ao determinar a licitude da transferência póstuma de embrião para permitir a realização de um projeto parental.

Nestes casos, parecem não restar dúvidas acerca da intenção do homem em se reproduzir, pois, efetivamente, existiu um consentimento na utilização dos seus gâmetas para gerar um embrião, através da fertilização *in vitro* do óvulo da mulher, consentimento esse distinto do consentimento prestado para efeitos de criopreservação do sémen. Não obstante, a este respeito, parece-nos, desde logo, que a licitude desta prática se mostra fragilizada sob a alçada deste argumento, isto porquanto, sempre existirá uma diferença entre o consentimento para ser pai/mãe e o consentimento para ser pai/mãe após a morte. Veja-se que o consentimento que o falecido deu foi para que fosse gerado um embrião, e não para que o mesmo fosse gerado depois da sua morte, de modo que “a pessoa pode consentir, e mesmo desejar, ter um filho, mas apenas se puder cuidar dele e com ele estabelecer uma relação afectiva”⁶⁷.

⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “Até que a morte nos separe, Breve nota sobre a reprodução *post mortem* em morte cerebral”, in *Lex Medicinæ* Ano 15, n.º 29, 2018, p. 75.

A par das suas imperfeições, facto é que a Transferência embrionária *post mortem* conta habitualmente com maior aceitação por parte da doutrina e jurisprudência, sendo os seus argumentos diversos.

Por um lado, a natureza dos embriões permite acautelar, desde logo, a sua proteção enquanto vida embrionária. Segundo o artigo 66.º do Código Civil, a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida, todavia, o direito não deixou de acompanhar e proteger o desenvolvimento do embrião até que este se torne pessoa em sentido jurídico, i.e., detentora de personalidade jurídica, ao referir-se no n.º 2 do suprarreferido artigo que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

De facto, uma das questões mais cruciais relativamente ao uso desta técnica prende-se com a natureza dos embriões que ainda não foram transferidos e a proteção que lhes deva ser assegurada. Para o ordenamento jurídico português, o embrião não é classificado enquanto pessoa⁶⁸, tendo-se o próprio Tribunal Constitucional revelado adepto da “protecção progressiva, ou seja, a tutela conferida ao embrião deve ser gradativamente mais forte à medida que o embrião se desenvolve”⁶⁹. Pese embora a sua dificuldade de classificação na doutrina⁷⁰, estamos em crer que o embrião deve ser visto como pessoa humana em potencial, isto é, uma potencial vida humana, sendo que existe já uma colossal expectativa e probabilidade de que este venha a nascer. Existe já uma expectativa de vida, de aquisição de personalidade jurídica.

Além do mais, tratando-se de material genético de ambos os beneficiários da técnica, isto é, da mulher beneficiária sobrevivente e do homem beneficiário, entanto falecido, parece-nos que existe, necessariamente, uma expectativa merecedora de contínua proteção – a da mulher beneficiária –, pois, afinal, estão também em causa os seus gâmetas femininos. Pelo que o poder decisório que recai sobre a progenitora, quanto à implantação ou não do embrião criopreservado, encontra-se justificado.

Por último, tem sido vastamente alegado pela doutrina majoritária que a dignidade do falecido não se mostra afetada/desrespeitada, pois este já havia dado o seu consentimento para

⁶⁸ Oliveira Ascensão afirma que “o substrato biológico da personalidade que o acompanha sempre, existe já. Por isso dizemos que aquele ser tem fins próprios, o que o enquadra na personalidade”, ASCENSÃO, José De Oliveira, “*Direito e Bioética*”, in Revista da Ordem dos Advogados, p. 450, disponível em www.portal.oa.pt, consultado a 08/03/2021.

⁶⁹ Em sede de Acórdãos n.º 288 e n.º 75, ambos do Tribunal Constitucional, datados de 17/04/1998 e 23/02/2010, respetivamente, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, consultados a 08/03/2021.

⁷⁰ Outra das posições retratadas é encabeçada por VERA LÚCIA RAPOSO ao considerar o embrião como *tertium genus*, ou seja, o embrião não é visto como coisa, mas também não reúne propriamente as características de pessoa. Para a autora, “apesar de não existir ainda uma pessoa humana já existe uma forma de vida humana, enquanto o embrião chama a si a potencialidade para se desenvolver numa pessoa e a pessoa assume juridicamente (e eticamente) uma importância superior à de qualquer outro ser vivo”, RAPOSO, Vera Lúcia, *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 364, disponível em www.hdl.handle.net/10316/21126.

o uso do seu material genético a fim de criar um embrião, sendo que o posterior falecimento foi um “acidente”, imprevisto. Quanto a este respeito, já deslindamos o nosso ponto de vista face a este frágil argumento, todavia, perfilhamos da ideia majoritária ao defender-se que a dignidade do falecido não se encontra desrespeitada, em prol do exercício do poder decisório que a mulher sobreviva tenha direito. Pois, para nós, o que legitima verdadeiramente esta prática não é o consentimento do falecido, mas sim a prevalência da autonomia privada e do poder decisório da cônjuge sobreviva, cujas expectativas merecem a proteção do sistema jurídico.

Apesar de estes serem os argumentos utilizados para concretizar a admissibilidade desta técnica no nosso ordenamento jurídico, não podemos deixar de referir a estranheza que nos causou o desvincular da utilização do argumento tão vastamente utilizado para coartar a prática da Inseminação Artificial homóloga *post mortem* – o perigo ao desenvolvimento saudável da criança. Pois, nestes casos, com a transferência embrionária e consequente nascimento da criança, a mesma sempre nascerá órfã de Pai, estando impedida de crescer e desenvolver-se dentro de uma família biparental, estrutura familiar tão acurada por muitos autores acérrimos defensores da inadmissibilidade da PMA homóloga póstuma. Quanto a nós, não se compreende o corte tão umbilical deste contra-argumento relativamente à técnica de Transferência embrionária, pois quer no uso da técnica de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*, quer no uso da Transferência embrionária *post mortem*, a criança sempre nascerá sem Pai. Ora, tal resultado, apenas vem evidenciar o desajuste inegável que o legislador estabeleceu, através da utilização de conceitos estritamente técnicos e fechados.

Parece-nos que, qualquer que seja a técnica de PMA póstuma utilizada, sempre será necessário atender ao significado social da ação, estabelecendo uma ponderação de interesses e dos diferentes direitos em jogo, tendo sempre em consideração qual o fim que se pretende alcançar. Pelo que avaliar, numa primeira análise superficial e abstrata, que se trata de uma prática inadmissível ou admissível em prol destes argumentos elencados, parece-nos incongruente pois sempre será necessário atender ao caso concreto, ao seu circunstancialismo, e esse sim determinará o ataque à dignidade do falecimento, e consequente reprovação da sua prática no nosso sistema. Devemos sempre ter em conta a intenção subjetiva subjacente de quem possa ter por pretensão instrumentalizar o falecido, e será essa *intentio* que vai determinar a permissibilidade de utilização da técnica de PMA *post mortem*.

2.1. A (i)relevância do consentimento do falecido

O polemizar da relevância do consentimento do homem falecido surge, essencialmente, para os casos em que o *de cuius* não prestou consentimento para permitir a utilização do seu esperma, com propósitos reprodutivos, depois da sua morte.

Assumindo-se, para grande parte da doutrina, enquanto critério preponderante no sentido da admissibilidade das técnicas de PMA *post mortem*, o consentimento do falecido para efeitos de procriação apenas é, eficazmente, observado e validado nos casos de Fertilização *in vitro post mortem*, com a transferência embrionária. *A contrario sensu* do que acontece no ordenamento jurídico espanhol, onde segundo a Ley 14/2006, de 26 de mayo, no seu artigo 9.º, de cuja epígrafe “Premoriencia del marido”⁷¹, a inseminação e fertilização artificial póstuma são admitidas na existência de um consentimento prévio, por escrito, do defunto, no ordenamento jurídico português o mesmo já não se passa. De facto, apesar da grande maioria das mulheres pretender prolongar no filho o amor que sentiu pelo seu companheiro, “nem esse louvável propósito torna a prática licita”⁷² no nosso ordenamento. Mas, afinal, no que se deverá traduzir esse consentimento?

O artigo 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, veio estabelecer que os beneficiários das técnicas de PMA devem prestar o seu “consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”. Trata-se, portanto, de um ato personalíssimo, que apenas pode ser prestado pelos próprios beneficiários, tendo em conta os efeitos jurídicos que desse ato advêm e, ao mesmo tempo, por forma a proteger uma eventual intervenção de terceiros, salvaguardando a autonomia e vontade manifestada pelo beneficiário. Contudo, esta não foi a única referência ao consentimento prestado pelos beneficiários que o legislador decidiu apor na lei reguladora da utilização das técnicas de reprodução assistida. Ao abrigo do disposto no artigo 22.º do referido diploma legal, no seu n.º 3 pode ler-se que “é, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada

⁷¹ “Artículo 9. Premoriencia del marido: 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembiones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.”

⁷² RAPOSO, Vera Lúcia, “Até que a morte nos separe, Breve nota sobre a reprodução post mortem em morte cerebral”, in Lex Medicinæ Ano 15, n.º 29, 2018, p. 74.

ponderação da decisão”. Ora, o quesito que se coloca é em saber se esse “projeto parental claramente estabelecido por escrito” se reduz ao consentimento exigido no artigo 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Se para alguns autores como STELLA BARBAS e TIAGO DUARTE, o consentimento prestado no artigo 22.º espelha um verdadeiro consentimento antecipado para o abandono, sendo totalmente rechaçado por estes, já o consentimento prestado no artigo 14.º assume-se como essencialidade da utilização das técnicas de PMA. No fundo, mais não se trata do que consentir na submissão a todos os benefícios e riscos conhecidos das técnicas, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas. Já no que concerne ao consentimento previsto no artigo 22.º, o mesmo tem por objetivo proteger o casal que recorreu à técnica de PMA, mas principalmente, proteger a vontade do homem de modo que a conformação do projeto parental desejado se estenda para depois da sua morte. Parece-nos que tratar-se-ão de consentimentos distintos, ainda que de modo concatenado, na medida em que o consentimento prestado no artigo 22.º é decorrente do consentimento inicialmente prestado ao abrigo do artigo 14.º, existindo uma espécie de relação umbilical entre ambos, sendo um decorrência do outro, mas ainda assim, distintos e autonomizáveis.

A doutrina e, parece-nos, o próprio legislador, vem apoiando a licitude da técnica de Transferência Embrionária *post mortem* no consentimento a que se refere o artigo 22.º, isto é, no consentimento do elemento masculino, entretanto falecido, para fecundar o óvulo com o seu sémen. Nestes casos, onde existiu de facto um consentimento prévio para a fertilização do óvulo da mulher com o seu esperma, tendo, posteriormente, existido a fecundação do óvulo, o legislador foi claro ao escudar-se nesse consentimento prestado em vida pelo marido/companheiro por forma a permitir que, mesmo depois da morte do elemento masculino, a transferência do embrião para o útero da mulher seja permitida. Destarte, a existência desse consentimento prévio, per si, já manifesta a sua vontade expressa em levar a cabo um projeto parental definido. Porém, esta matéria assume a posição de uma verdadeira *vaexata questio*, prenhe de implicações que nos cumpre, necessariamente, controverter.

Senão vejamos, o consentimento que o elemento masculino prestou, para efeitos de fecundação dos gâmetas femininos, deverá assumir a sua prevalência *post mortem*? Isto é, institui-se o consentimento com uma validade *ad eternum*, mesmo para depois da morte? Numa primeira instância, parece que o consentimento assumiu este pendore perene na ótica do legislador. Todavia, perante uma análise fundada no modelo de consentimento informado disponibilizado pelo

CNPMA⁷³, relativo à transferência embrionária, deparamo-nos que nada é referido relativamente à autorização da sua transferência após a morte, mas apenas em vida. Desta feita, sempre será de questionarmos a validade desse consentimento para efeitos pós-morte.

Parece-nos cognoscível que o objetivo endereçado no consentimento previamente prestado pelo defunto pautava pela realização em vida desse mesmo processo, dessa mesma prática de procriação assistida. Pelo que importará conhecer se o seu consentimento se manteria caso soubesse que havia de falecer em breve, sabendo, dessa forma, que o seu filho nasceria após a sua morte. No fundo, convizinha-nos que o consentimento para ser Pai e o consentimento para ser Pai depois da morte são realidades distintas, cuja factualidade não podemos ignorar⁷⁴.

Pese embora nesta matéria não seja possível, ainda, atingir uma consonância doutrinária e jurisprudencial⁷⁵, tencionamos que sempre será de se admitir, nestes casos de transferência embrionária póstuma, um carácter implícito ao consentimento, isto é, um consentimento presumido. Sendo que, para tal ilação, tomamos por base o consentimento presumido previsto no artigo 39.º do Código Penal português, ao referir-se no seu n.º 2 que existe consentimento presumido “quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”. Ora, o consentimento prestado para a transferência embrionária em vida sempre nos permitirá, de forma razoável, supor que o homem falecido teria consentido de igual forma para a sua transferência *post mortem*, dado que se trata, *ab initio*, de uma concretização de um projeto parental desejado por ambos os beneficiários da técnica. Assim, perfilhamos do entendimento de que, de uma forma analógica, deve ser aplicável a presunção estabelecida no n.º 2 do artigo 39.º do Código Penal, para efeitos de admissibilidade e validade do consentimento prestado em vida, para depois da morte, de modo que com o consentimento prestado em vida pelo elemento masculino para iniciar o processo de transferência embrionária pode-se presumir o consentimento dessa mesma transferência após a sua morte.

⁷³ Disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/modelos-de-consentimento-informado.aspx>, consultado a 01/03/2021.

⁷⁴ “Apesar de existir o consentimento do progenitor para utilização do seu sêmen em ordem à criação de um embrião, permanece a dúvida quanto à vontade do falecido de ter um filho mesmo após a sua morte, uma vez que existe de facto uma diferença entre o consentimento para ser pai/mãe e o consentimento para ser pai/ mãe após a morte”, RIBEIRO, Ana Raquel, *Aspetos jurídicos da procriação medicamente assistida post mortem, estudos doutoramento & mestrado*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p.13.

⁷⁵ O cenário jurídico internacional tem-se, presentemente, mostrado dividido em dois modelos, a serem, o “modelo restritivo de regulação” e o “modelo liberal de regulação”, ficando, por sua vez, a competente resolução das questões ligadas à utilização das técnicas de PMA dependente do modelo que se adotar.

⁷⁶ O caso paradigmático, que ficou conhecido como o “o caso da viúva de Toulouse”, ocorreu junto do Tribunal de Grande Instance de Toulouse, onde, por decisão, foi recusado o pedido de transferência de embriões criopreservados a uma viúva, após o falecimento do marido. Tal decisão, tomada com base no argumento de que o contrato de PMA celebrado estabelecia que os embriões apenas poderiam ser transferidos se houvesse o consentimento e a presença de ambos, o que não acontecia neste caso e, por essa razão, não estavam preenchidos os requisitos legais exigidos, veio espelhar o modelo restritivo de regulação do consentimento prestado pelo beneficiário defunto.

Ademais, sempre se diga que esta presunção justificativa da validade do consentimento prestado não é novidade nos demais ordenamentos jurídicos, uma vez que, a este respeito, o ordenamento jurídico espanhol decidiu, e bem a nosso ver, presumir a existência desse consentimento prestado nos casos em que o homem, entretanto falecido, já houvesse, juntamente com a sua cônjuge/companheira, iniciado o processo de transferência do embrião⁷⁷.

Aqui chegados, podemos concluir pela atribuição de relevância ao consentimento informado prestado pelo beneficiário masculino em vida para a realização da técnica assistida de transferência do embrião para o útero da beneficiária mulher.

Mas, e no que concerne ao consentimento informado face à criopreservação dos gâmetas masculinos? Será que, a não existência de consentimento para a sua utilização *post mortem* poderá ser, de igual forma, suprida pela analogia do seu consentimento presumido utilizada para a técnica da Transferência embrionária? Ou seja, a questão que se coloca é a de saber se o consentimento prestado para criopreservar os espermatozoides poderá estender-se para um presumível consentimento para a sua utilização depois da morte, nos casos de Inseminação Artificial póstuma.

Quanto a nós, parece-nos que a resposta tende a ser negativa. Isto porque, não se nos aparenta como verossímil a ideia de partirmos de um consentimento com efeitos de mera criopreservação para um consentimento de inseminação, pois no mais, tratar-se-ia de uma interpretação demasiado extensiva, sem base legal justificativa. Ademais, a técnica da analogia serve apenas para colmatar lacunas na lei, isto é, trata-se de um método de interpretação jurídica utilizado para os casos em que haja uma ausência de previsão específica legal. O que não acontece no caso da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* uma vez que o legislador previu, expressamente, a irrelevância do consentimento prestado ou não prestado para a licitude da técnica de PMA, conforme infra demonstraremos.

Para alguns autores, como será o caso de TERESA DA SILVA BRANDÃO, o consentimento inicial que o elemento masculino presta para criopreservar o seu material genético deve assumir, em bom rigor, um carácter futuro “sendo-lhe intrínseca a perspectiva de um projeto parental (...) Se assim não for, afinal de que servirá esse consentimento inicial? 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 do início do processo de submissão às

⁷⁷ Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

técnicas de P.M.A., já o abrange”⁷⁸. Porém, tendemos a não corroborar com tal entendimento. Isto porque, apesar de, efetivamente, existir esse consentimento inicial com o depósito do seu sêmen num banco para efeitos de criopreservação, conforme já referimos, entendemos que se trata de uma interpretação demasiado extensiva, potenciadora de violação da própria dignidade do falecido. É que nestes casos, não só não houve consentimento para inseminação como não houve consentimento para inseminação para depois da morte. Uma coisa seria já ter existido consentimento para inseminar, outra diferente é não existir sequer consentimento para iniciar a técnica de inseminação artificial propriamente dita. De resto, sempre será a própria lei a não permitir servir-se deste método de interpretação – a analogia – uma vez que não existe um vazio legal a colmatar, não subsiste qualquer lacuna a suprir.

Pese embora a doutrina persista em vincar a ideia da necessidade do consentimento para efeitos de uma futura licitude e admissibilidade da técnica de Inseminação Artificial homóloga póstuma, facto é que o legislador veio tornar bastante clara a irrelevância atual desse consentimento para a utilização desta técnica de PMA *post mortem* no ordenamento jurídico português. Nestes termos, a questão que nos cumpre colocar é a de saber, a final, o que mudaria com a existência de um consentimento prévio pelo falecido na utilização do seu material genético para fins de inseminação na sua companheira sobrevivente. É que, se para efeitos legais do nosso ordenamento jurídico vizinho, tudo mudaria, quanto a nós, isto é, relativamente ao nosso ordenamento jurídico, a solução manter-se-á estanque e irreduzível. O que é facto é que embora exista uma “manifestação de vontade inequívoca decorrente da declaração correspondente do paciente através de um meio directo e explícito”⁷⁹, a inadmissibilidade da técnica não é posta em discussão, não valendo qualquer apreciação desse documento escrito para o legislador. Independentemente de o defunto deixar uma manifestação expressa da sua vontade, a recolha e posterior utilização do seu sêmen não será permitida. Pelo que sempre será por se concluir que o seu consentimento é totalmente irrelevante para o legislador português, ainda que se trate de um consentimento atual, livre e esclarecido.

Porém, e a despeito da sua irrelevância, facto é que no modelo fornecido pelo CNPMA⁸⁰, relativo ao consentimento informado quanto à criopreservação do material genético masculino, existe a possibilidade de consentir na sua utilização para efeitos de tratamentos de PMA na sua “ausência”. Ora, o que quererá dizer o CNPMA com esta “ausência”? De facto, a presença deste

⁷⁸ BRANDÃO, Teresa Alexandra da Silva, *Da Procriação Medicamente Assistida (aspetos gerais) aos Efeitos Sucessórios – Inseminação Homóloga Post Mortem*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2015, pp.37 e 38.

⁷⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 478.

⁸⁰ Disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/modelos-de-consentimento-informado.aspx>, consultado a 01/03/2021.

segmento no modelo de consentimento a ser utilizado pelo beneficiário prendeu, por demais, a nossa estranheza quanto aos eventuais tratamentos mencionados, pois na prática, não depreendemos a que tratamentos se pretendem referir, uma vez que segundo o artigo 22.º da lei reguladora da PMA a Inseminação Artificial pós-morte é técnica expressamente proibida. Relevante será, porém, dizer que no modelo nada é referido quanto ao conceito indeterminado utilizado, sendo que dessa exata falta de informação poderá resultar deduções erróneas, induzindo mesmo em erro o beneficiário da criopreservação. O beneficiário pode mesmo chegar a interpretar que a resposta afirmativa a tal questão permitirá, futuramente, a sua utilização pela sua companheira para depois do seu falecimento. Se, inclusive para juristas o termo ausência pode ser algo juridicamente difícil de concretizar, para o homem médio tratar-se-á, claramente, de um conceito prenhe de dubiedades.

O que é facto é que, independentemente do consentimento prestado, a técnica continua a ser proibida por lei. A este respeito, sempre se refira o caso paradigmática que marcou a jurisprudência portuguesa no ano de 2014, mais concretamente, o Acórdão proferido a 29 de julho de 2014 pelo Tribunal da Relação de Lisboa³¹, donde resultou a decisão de destruição do material genético criopreservado, apesar de existir um consentimento prestado por escrito por parte do elemento masculino a autorizar a sua utilização *post mortem*, tendo por base tal recusa a irrelevância das declarações prestadas, uma vez que a técnica era proibida por lei.

Claro também fica a necessária aplicação de “dois pesos e duas medidas” relativamente ao consentimento prestado em sede de Transferência embrionária *post mortem*, e o consentimento prestado na utilização do material genético masculino para efeitos de criopreservação. Isto porquanto, no consentimento para a Transferência de embrião para o útero materno já existe um projeto parental prestes de eclosão, isto é, existe já um embrião que foi desejado, consentido e agora criado, ainda que *in vitro*, pelo que não restam dúvidas quanto ao desejo parental do casal e, necessariamente, do homem falecido. Existe uma potência de vida a proteger-se, um manifesto principiar de uma família. Já nos casos de mera criopreservação de sêmen a realidade é outra, pois o que foi consentido foi pura e simplesmente que os espermatozoides sejam criopreservados por um período de tempo, não existindo, nestes casos,

³¹Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/07/2014, em sede de processo n.º 1711/13.6TVLSB, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 01/03/2021. Neste caso, o casal deu início aos tratamentos de infertilidade, tendo para o efeito o elemento masculino criopreservado o seu material genético no Centro Hospitalar de Lisboa E.P.E. Em prol do agravamento do seu quadro clínico o mesmo decidiu redigir uma declaração onde consentia no uso do seu sêmen pela sua mulher por forma a atingirem, ainda que depois da sua morte, o tão desejado projeto parental. Acontece que, após o seu falecimento, a mulher não logrou o levantamento do sêmen do seu marido por forma a proceder à sua inseminação num outro país europeu, o que motivou a que a mesma intentasse uma ação judicial contra o Centro Hospital de Lisboa E.P.E, que resultou na decisão de destruição do material genético criopreservado.

um evidente projeto parental indiciado pelo recurso ao mecanismo de criopreservação, não existe ainda um consentimento do falecido para que, com o seu material genético, seja gerada uma “potência de vida, de família”, merecedoras de proteção legal. A querela surge nos casos em que, mesmo existindo esse consentido, o mesmo não pode ser valorado, ao abrigo da disposição legal vertida no n.º 1, artigo 22.º, da Lei da PMA.

Quanto a nós, apesar de ficar clara a posição do legislador na relevância a ser atribuída ao consentimento prestado para a prática das técnicas de PMA *post mortem*, perfilhamos da ideia de que este pressuposto do consentimento vastamente utilizado pela doutrina e jurisprudência para determinar a admissibilidade da técnica no ordenamento jurídico, não deveria assumir a primordial importância que vem assumindo, ao longo do tempo, desconetado de outro grande pressuposto, a sê-lo, o direito à autonomia privada da beneficiária. Nestes termos, parece que o pressuposto do consentimento se assume como pontífice máximo na determinação da licitude da prática, delegando para segundo plano os demais pressupostos de admissibilidade, entre os quais, se destaca a autonomia privada. No fundo, trata-se de saber se nos devemos apegar à regra estrita do consentimento, numa intenção de maior segurança, ou, ao invés, se será preferível optar pela solução que melhor satisfaça o suposto interesse da pessoa que esta impossibilitada de consentir e acima de tudo, o interesse da pessoa sobrevivente que pretende ser beneficiária da técnica de PMA póstuma.

Para nós, nos casos em que exista um consentimento prévio por escrito, existindo uma espécie de vontade antecipada, prevendo e precavendo estas situações, a solução deveria ser descoincidente com a irrelevância atualmente atribuída. É que para além de existir um consentimento por escrito onde seja claro o projeto parental desejado, parece-nos que a tutela da liberdade e autonomia da companheira/cônjuge que quer ser mãe está a ser totalmente olvidada e posta de parte. Será, nestes casos, o contraponto entre a dignidade de uma pessoa falecida e o direito a ser mãe, a liberdade do poder decisório de inseminar sêmen/transferir embrião de homem já falecido. Claro que a autonomia da mulher pode estar afetada, porém conforme refere o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) “no fundo, a intenção é a de levar até às últimas consequências a tutela da autonomia da mulher, que deve abranger, inclusivamente, a admissibilidade da inseminação com sêmen de pessoa falecida, para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento”⁸².

⁸² XAVIER, Rita Lobo, [et al], “112/CNECV/2020, Parecer sobre os projetos de lei n.º 223/xiv/1ª “sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alargando as situações de realização de inseminação post mortem” e 237/xiv/1ª “altera o regime da procriação medicamente assistida, permitindo a inseminação post mortem para realização de projeto parental claramente estabelecido (sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Setembro de 2020, p.6.

Pelo que defendemos a relevância a ser dada ao consentimento prestado pelo elemento masculino, mas sempre correlacionada com a relevância a ser atribuída à autonomia da vontade da beneficiária da técnica sobreviva, pois que a pertinência desse consentimento, per si, se mostra deveras fragilizada, necessitando da chave maestra autonomia/liberdade decisória.

2.2. Um direito à Biparentalidade comprometido

Quer o direito a procriar, quer o direito à família estão ambos consagrados constitucionalmente, nos artigos 67.º e 68.º da CRP, e caracterizam-se por serem autênticos valores sociais eminentes. Segundo o disposto na nossa constituição, os pais e as mães desempenham uma “insubstituível ação em relação aos filhos”, não havendo, dessa forma, permuta possível entre progenitores.

A questão que se tem colocado, no que à PMA póstuma diga respeito, é se esta dualidade para que o desenvolvimento integral da criança imposto pelo artigo 69.º seja cumprido será sempre exigível. É que tal determinação está na base do deferimento ou indeferimento da utilização destas técnicas de reprodução assistida após a morte.

Conforme tivemos já oportunidade de deslindar no Capítulo II, no seu ponto 2., um dos argumentos mais utilizados pela doutrina a propósito da admissibilidade das técnicas de PMA póstumas prende-se com o pleiteado “perigo ao saudável desenvolvimento” da criança que vier a nascer, uma vez que se estará a condenar a mesma à orfandade de Pai⁸³.

De facto, os progenitores são o protótipo ideal, o arquétipo a seguir perante o mundo *civitas* dos seus descendentes, filhos. Sendo sobre essa máxima que muitos autores⁸⁴ se apoiam, estes vêm defendendo uma necessária biparentalidade, isto é, a presença de dois criadores de sexo diferente, uma figura paternal e uma figura maternal. Para estes autores, premissa soberana é que permitir a PMA *post mortem* é colocar em risco o saudável desenvolvimento da criança, e como refere TIAGO DUARTE um verdadeiro ataque deliberado ao direito da criança em ter um pai⁸⁵. Há, portanto, uma clara recusa da ideia do nascimento de uma criança “sem propósito”, acabando por concluírem que estar-se-á a permitir uma formação voluntária de famílias monoparentais, que

⁸³ Segundo o Tribunal de Estrasburgo, em sede de processo n.º 9697/82, de 18/12/1986, relativo ao caso mediático JOHNSTON AND OTHERS v. IRELAND, o direito que assiste a cada criança de desfrutar de uma vida familiar normal implica, necessariamente, uma família composta por um pai e uma mãe, de modo que qualquer outra composição familiar seria violadora da protecção assegurada as crianças pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57508%22%5D%7D>, consultado a 04/03/2021.

⁸⁴ Como LUÍS ARCHER e JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO, PAULA MARTINHO DA SILVA E MARTA COSTA.

⁸⁵ DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, p.99.

implicam, forçosamente, uma “condenação da criança à orfandade premeditadamente deliberada”⁸⁶.

Atenta as teorias elencadas, fica, desde logo, claro o não acolhimento, por parte destes autores, das formas familiares não tradicionais – a monoparentalidade, *in casu*. Pelo que sempre será de concluir-se que na base da biparentalidade defendida por estes autores consta uma réstia de estereotipação de géneros, ao padronizar a composição da família quase que como patriarcal, como de facto, em tempos já a fora, mas não mais.

Para STELA NEVES BARBAS, é “mais benéfico para a criança o convívio com um pai e uma mãe”, e tal deriva dos artigos 68.º e 69.º da CRP. Mas, o que esta autora se olvidou, a nosso entender, foi de fazer uma interpretação atualista da letra da lei, pois fica claro que aquando da redação destes artigos não se vivenciavam problemas da sociedade moderna, muito menos as novas estirpes familiares. A nosso ver, é evidente o estigma, ainda que questionável, que estes autores impregnam nas famílias monoparentais, que hoje assumem larga escala na nossa sociedade ao abandonarem a posição de escória para assumirem uma posição genuinamente crescente. Estamos em crer que assumir tal orientação significa vedar o direito constitucionalmente consagrado de constituir família e o direito a procriar.

De facto, às crianças assiste o direito a nascer numa família que lhes preste cuidados e salubridades essenciais, mas já não assistirá o direito a estar inserida numa determinada composição familiar, concretamente, num seio familiar composto por um Pai e uma Mãe. Aliás, no próprio artigo 36.º da nossa CRP o direito a constituir família expressamente consagrado em nada nos seus preceitos refere que a formação familiar deve obedecer a determinados critérios, a ser constituída por certos e determinados indivíduos.

A monoparentalidade é uma formação familiar que tem vindo a crescer exponencialmente na sociedade hodierna, assumindo-se cada vez mais enquanto facto premeditado e não como incidente fatídico nas relações matrimoniais. Porém, face à ideia enraizada de que as famílias surgem no decurso do matrimónio, ergue-se, igualmente, a ideia de uma necessária biparentalidade, ainda que tal não se encontre constitucionalmente previsto. A nossa Constituição não prevê que exista o direito à criança a ter dois pais em concreto, nem que esses pais sejam necessariamente um homem e uma mulher, a Constituição refere-se sim à parentalidade legal, à existência de pais legais, sejam eles em que sentido forem. Com esta consagração legal o que se

⁸⁶ ARCHER, LUIS, “*Procriação Medicamente Assistida: evolução do pensamento ético de 1986 a 1989*”, in *Genética e Reprodução Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2000, p.41.

pretende é simplesmente assegurar que alguém cuide, no sentido mais amplificado da palavra, da criança, do seu descendente.

Deste modo, ao contrário do pleiteado pelos autores suprarreferidos, entendemos que o que existe é um direito de a criança ser educada, protegida e cuidada pelos progenitores, preferencialmente, quando os existam, e não um direito estrito à biparentalidade. A este respeito, conforme perfilha VERA LÚCIA RAPOSO “tão pouco existe o direito a ter no registo de nascimento o nome de um homem como pai e de uma mulher como mãe”⁸⁷. *A contrario sensu*, EDUARDO DANTAS e CAPELO DE SOUSA já partilham da premissa de que a PMA pós-tuma não pode ser proibida com base na biparentalidade. Estabelecem mesmo um paralelismo com o instituto da adoção por pessoas solteiras ou viúvas ao abrigo do artigo 1979 n.º 2 do CC⁸⁸. Para estes autores, é o próprio artigo 36.º da CRP que impregna viabilidade à PMA *post mortem*. E conforme referem os mesmos, e bem a nosso ver, com esta posição não se pretende conceptualizar uma “minoração do papel” do Pai ou da Mãe. O que se pretende clarificar é que não será pelo simples facto de não existir uma figura paterna ou materna no seio familiar da criança que a mesma deixará de estar protegida e se torna vulnerável ao “perigo” que tal formação familiar traduz para o seu salutar desenvolvimento. Ponto assente é que o facto de se tratar de uma família monoparental em nada diminui a capacidade para ser um bom cuidador (a) da criança.

Boa parte da corrente doutrinária contra a utilização das técnicas de PMA pós-tuma funda-se no cânone do superior interesse da criança e no seu direito a nascer e crescer no seio familiar saudável, algo que, curiosamente, se traduzirá, para estes, numa composição familiar biparental, isto é, com uma figura paternal e uma figura maternal. O que se torna, no nosso prisma, imprescindível de perscrutar uma vez que se dá uso à fiel pedra de toque do direito da família – o superior interesse da criança – como motivo justificativo da não admissibilidade das técnicas de procriação assistida para depois da morte. Por esse motivo, questionamos mesmo quais os fundamentos legais e científicos que levam estes autores em crer que o superior interesse da criança passa por inseri-la numa família biparental, traduzindo-se, nestes termos, a monoparentalidade como uma estirpe familiar secundarizante do superior interesse da criança. Quando assim não o é.

⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “*Dá-me licença que tenha filhos? : restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida*”, in Revista Direito GV, V. 15, N. 2, São Paulo, 2019, p.11.

⁸⁸ CAPELO DE SOUSA defende que a PMA homóloga post mortem não pode ser proibida com base na biparentalidade quando as pessoas solteiras ou viúvas podem adotar plenamente, nos termos do disposto do art.1979º, n.º2 do CC, “sob pena de se negar à criança o direito à existência em casos específicos de intenso desejo de gerar por parte de ambos os progenitores, mas em que a procriação natural surja dificultada por causas alheias à vontade destes” SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 215 e 216, nota 427.

Senão vejamos, conforme preceituado no Acórdão do Tribunal Constitucional de 03/03/2009, “se é certo que a realização dos projectos a ter filhos cabe nas faculdades inseridas no direito ao desenvolvimento da personalidade, não pode desconhecer-se que esse direito se realiza mediante a geração de uma pessoa e que é intolerável que a proteção dos direitos da pessoa nascida esteja avassalada aos direitos de quem decidiu que ela havia de nascer”⁸⁹. De facto, no centro da polémica das técnicas de PMA *post mortem* assume especial atenção o concretizar do conceito indeterminado que é o superior interesse da criança. Visto como um standard hermenêutico, um princípio jurídico-formal, o superior interesse da criança, pese embora sem definição legal⁹⁰, significa que “todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse”⁹¹. Mas, será que com a utilização das técnicas de PMA póstuma o superior interesse da criança se mostra afetado? A resposta parece que tende a ser negativa. Não nos parece plausível assumir que o bem-estar, equilíbrio, segurança e desenvolvimento da criança se mostre perigado por esta se encontrar inserida numa família monoparental. Subsumidos a uma sociedade cada vez mais tolerante e pluralista não acreditamos que as crianças inseridas nestas novas formações familiares unilaterais se sintam diferentes das demais, e sejam vistas com um grau de vulnerabilidade maior que as restantes, pertencentes à geração biparental. De igual forma, os estudos psicossociológicos não são capazes de demonstrar que estas novas estirpes familiares comprometem o bem-estar da criança. Aliás, é a própria realidade que vem aclarando os números cada vez maiores das famílias unilaterais em prol das famílias biparentais, sendo que hoje são mais os filhos de pais divorciados do que aqueles que ainda coexistem na forma familiar tradicional.

Mas mais, fazendo uma análise da nossa estirpe *societas*, muitas são as crianças que nascem por meios naturais e que, por motivos diversos, não mantêm contacto com o pai ou, casos extremos, desconhecem-no por completo. E, sobre estes casos, não existe qualquer disposição legal que impeça a “condenação da criança à orfandade de pai” como defende LUIS ARCHER.

Em boa verdade, a formação triangular (mãe, pai e filho) tem vindo a ser completada por vários outros tipos de composições familiares, de modo que atualmente, restringir o conceito de

⁸⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional em sede de processo n.º 101/2009, de 03 de Março de 2009, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, consultado a 05/03/2021.

⁹⁰ No mesmo sentido verteu o Tribunal da Relação de Lisboa, por Acórdão datado de 08/07/2008, em sede de processo n.º 5895/2008-1, ao referir que “não existe uma definição legal do conceito de interesse do menor, mas, o mesmo tem de ser entendido em termos suficientemente amplos de modo a abranger tudo o que envolva os legítimos anseios, realizações e necessidades daquele e nos mais variados aspectos: físico, intelectual, moral, religioso e social. Tal interesse tem de ser ponderado casuisticamente em face de uma análise concreta de todas as circunstâncias relevantes.”, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 05/03/2021.

⁹¹ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva, *A maternidade de substituição À luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Universidade Lusíada, Lisboa, n.º 10, 2012, p.277.

vida familiar normal a uma família biparental é assumir o risco de “condenar à anormalidade boa parte das famílias existentes hoje em dia”⁹². É evidente a tentativa de preservação de uma certa forma familiar que se sente ameaçada com a proliferação de novos modelos, mas como sabemos a sociedade atual está “longe de se fundar num modelo único de família”. E, ademais, se a família biparental fosse assim tão idílica conforme a doutrina majoritária faz parecer, por que motivo surgiram então novas estirpes familiares? Porventura não será assim tão perfeita, pois houve uma necessidade de achar alternativas, tornando-se o conceito de família multidimensional.

A este propósito questionamos mesmo: não será esta “legal” proteção do modelo tradicional de família violadora do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado? Se o legislador permite a algumas pessoas o recurso às técnicas de PMA e a outras já não, então estamos na base de um tratamento desigualitário, cuja justificação importa averiguar para efeitos de crivos de proporcionalidade respeitados, evitando que se trate de meras avaliações subjetivas mais refinadas.

Ora, materialmente, o princípio da igualdade dita que devemos tratar por igual o que seja igual e por diferente o que seja diferente. Assim, o que leva a que o legislador trate por diferente as mulheres viúvas das mulheres solteiras, para concretizações de recurso as técnicas de PMA? Para efeitos de parentalidade e capacidade de proporcionar um desenvolvimento saudável à criança será assim tão diferente uma mãe solteira de uma mãe viúva? Apesar de se tratar de situações distintas entre si, serão assim tão diferentes ao ponto de serem tratadas pelo legislador de forma divergente no que respeita à sua admissibilidade, ao ponto de serem umas autorizadas e outras não? O escrutínio que se aplica as técnicas de PMA após a morte e a “fiscalização” do futuro modelo familiar a adotar traduz verdadeiros problemas em termos de igualdade de tratamento. Por conseguinte, o tratamento diferenciado que se atribui às famílias monoparentais, em sede de PMA póstuma, é deverás comprometedor do princípio da igualdade por que se rege o nosso ordenamento jurídico. E, para além disso, a partir de 2006, o legislador permitiu que casais de mulheres bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da sua respetiva orientação sexual pudessem recorrer a técnicas de PMA, pelo que estes argumentos caíem todos por terra.

A noção de família é uma das noções mais fraturantes e discutidas do ponto de vista jurídico das últimas décadas. Quer em Portugal, quer na restante comunidade europeia, o conceito

⁹² RAPOSO, Vera Lúcia, “*Até que a morte nos separe, Breve nota sobre a reprodução post mortem em morte cerebral*”, in *Lex Medicinæ* Ano 15, n.º 29, 2018, p.80.

de família tem sofrido profundas alterações. Pese embora a doutrina em muito pleiteie para que seja possível alcançar um conceito unânime e uniformizado, o que é facto é que apenas tem sido praticável estabelecer uma mera aproximação ao conceito de família em sentido jurídico⁹³. No entendimento de muitos autores, a noção jurídica de família encontra previsão legal no artigo 1576.º do Código Civil, ao definir enquanto fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Assim, *prima facie*, pela leitura deste preceito legal, parece termos chegado a uma aproximação ao conceito de família, tratando-se da instituição que abrange todas as pessoas ligadas por estas relações, mães, pais, avós, filhos, irmãos, netos. Conforme refere GUILHERME DE OLIVEIRA “trata-se de um grupo de pessoas entre as quais se estabelece uma teia muito extensa de relações”⁹⁴.

Todavia, começamos a assistir “movimentos que, quer em Portugal quer no domínio jurídico europeu, admitem outras formas de família. Aqui poderíamos falar das famílias de facto (...), das famílias monoparentais, das famílias recombinações ou pluriparentais (...)”⁹⁵. Pelo que, partindo desta noção puramente jurídica do conceito de família previsto no Código Civil, atualmente será exigível ao intérprete a aplicação de uma certa amplitude ao conceito, por forma a que o mesmo se possa estender às famílias monoparentais, *in casu*, encabeçadas por mães solteiras e/ou viúvas. Conforme refere CRISTINA DIAS “a instituição família garantida constitucionalmente (art. 67.º da CRP) não pode estar sujeita à definição da legislação ordinária, ou seja, é esta que se filia naquela e não o contrário”⁹⁶. Por isso, ao considerarmos que a família constitucionalmente protegida não se cinge apenas ao elencado no artigo 1576.º do CC, sempre podemos (e devemos) incluir as famílias monoparentais como forma de constituição familiar. No fundo, será partir de uma aplicabilidade do conceito de família em sentido amplo, objetivista e atualista, dado o substrato sociocultural vivenciado nos dias de hoje⁹⁷.

Para nós, há claramente uma incongruência, e uma potencial injustiça com base no desajuste e insuficiência da lei em vigor, que parece gerar contradições com as suas próprias finalidades⁹⁸. A construção da narrativa da criança será muito mais densa do que o “simples” facto

⁹³ E tal acontece, em grande medida, pela falta de previsão e preenchimento constitucional da noção jurídica de família, pois apenas se encontra estatuido no artigo 36.º da CRP que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

⁹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família Vol. I, Introdução direito matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 36.

⁹⁵ DIAS, Cristina, “A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense n.º 15, 2012, p. 35.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁷ A este respeito, a jurisprudência do TEDH tem considerado que o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não se refere apenas à família assente no casamento, incluindo na noção de vida familiar as relações matrimoniais bem como as famílias de facto, as famílias monoparentais, e outras estirpes familiares, admitindo especial relevo ao critério da “efetividade de laços interpessoais”.

⁹⁸ Projeto de Lei n.º 223/XIV, “Sétima Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, alargando as situações de realização de inseminação *post mortem*”, disponível em www.parlamento.pt.

de ter sido concebida após o falecimento do seu pai, nada renunciando que esta venha a crescer em ambientes degradados e perigosos ao seu salutar desenvolvimento. Tudo dependerá, a final, da educação e do ambiente familiar que for proporcionado à criança, e tais critérios jamais poderão estar correlacionados com a estirpe familiar em que cada ser menor se insere. Conforme refere VERA LÚCIA RAPOSO, querer impor um modelo definido de família será desconsiderar, por completo, a realidade social atual, “entendimento caduco do conceito de família, como uma espécie de santíssima trindade composta por um pai e uma mãe casados entre si, mas desadequado à realidade hodierna”⁹⁹.

Capítulo III. A inseminação artificial homóloga *post mortem*

1. A (in)admissibilidade na doutrina e na lei

Conforme tivemos já oportunidade de constatar, graças aos progressos medicinais, hoje é já possível gerar um ser humano, mesmo depois da morte de um dos seus progenitores biológicos.

Porém, pelas mais variadas razões aqui já aduzidas¹⁰⁰, arbitrou o legislador português pela proibição da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* no nosso ordenamento jurídico, preceituando no artigo 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que não é lícito à mulher (cônjuge) ou unida de facto inseminar o material genético do seu companheiro depois da morte daquele, ainda que com o seu consentimento.

Atualmente, o tema da Inseminação Artificial Homóloga póstuma tem sido objeto de muita discussão e discórdia na nossa doutrina, dado que, pese embora tenha o legislador sido frontal na proibição desta técnica de PMA, vários têm sido os cidadãos e autores a tecerem duras críticas a tal opção legislativa. E, como prova indubitável da querela atual sobre a Inseminação Artificial *post mortem* surge, no ano de 2020, a Petição n.º 28/XIV, que tem como primeira subscritora Ângela Sofia de Castro Vieira Ferreira, que reunira até à data da sua entrega cerca de 98.500 (noventa e oito mil e quinhentas) assinaturas, pugnando pela admissibilidade da técnica de Inseminação póstuma no ordenamento jurídico português.

⁹⁹ Vera Lúcia Raposo, “Dá-me licença que tenha filhos?: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida”, in Revista Direito GV, V. 15, N. 2, São Paulo, 2019, p.22.

¹⁰⁰ No capítulo II, ponto 2., referimos já que a ordem de fundamentos do legislador para determinar a inadmissibilidade da técnica de PMA póstuma tinha por base: i) violação da dignidade do falecido; ii) eventual fonte adicional de rendimentos para a companheira sobrevivente; iii) forma de luto encoberto por parte da companheira sobrevivente; iv) violação do direito à biparentalidade que assiste à criança advinda desta técnica.

De facto, numa reflexão sobre a possível licitude da Inseminação Artificial Homóloga póstuma, conjecturamos que parcela preponderante tem sido consecutivamente olvidada pelo legislador e pela doutrina, na sua grande maioria, – o desgaste físico e psicológico que a mulher sobreviva padece em submeter-se a este processo de procriação artificial –, que apenas poderá demonstrar o amor e o desejo em conceber aquela criança. É que, se muitos dos argumentos *prima facie* pareciam poderosos e sedimentados, na conjuntura atual parece-nos que muitos deles se tornam frágeis e voláteis, não sendo exequível que o regime legal se sustente em argumentos e pensamentos desatualizados e conseqüentemente desajustados.

Em concordância com o que ficou referido no parecer n.º 63/2012, do Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida, “o interesse pessoal em procriar, em gerar descendência, em constituir família, em ser mãe (...) de um ser biologicamente relacionado, é um interesse natural, mesmo nobre, e que pode assumir a maior relevância, sentida por vezes como fundamental, na vida das pessoas. Se nessas circunstâncias o Estado não apenas recusa como também proíbe o acesso às técnicas de PMA, então essa recusa, e sobretudo a proibição, é sentida como uma afetação gravosa dos planos de vida próprios que só não será eticamente condenável se o Estado a puder justificar, fundamentar, com razões de peso”¹⁰¹.

Resta-nos indagar, em ponto mais à frente, se não seria mais profícuo repensarmos na abordagem ao tema da Inseminação Artificial pós-morte e apoiarmo-nos no exemplo do nosso país vizinho.

1.1. A bagatela do Projeto Parental

Em boa verdade, as técnicas de Procriação Medicamente Assistida surgiram, numa 1ª linha, para “proporcionar oportunidades de procriação aos adultos que a elas recorriam”¹⁰² e não para servir o superior interesse da criança que viesse a ser gerada. No fundo, o que guia o recurso a estas técnicas é a concretização de um projeto parental que a natureza, por si só, não possibilita ou que apenas possibilita “com grave risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” conforme preceitua o artigo 4.º, n.º 2, da Lei da PMA. O objetivo primordial

¹⁰¹ SILVA, Miguel Oliveira, “Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida, Procriação Medicamente Assistida e Geração de Substituição”, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Março de 2012, p.5.

¹⁰² PEDRO, Rute Teixeira, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida”, in Publicação Correspondente A Actas Do Seminário Internacional “Debatendo A Procriação Medicamente Assistida”, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p.158, disponível em www.sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=248186, consultado a 16/01/2021.

da técnica de Inseminação Artificial Homóloga, seja ela póstuma ou em vida, é dar cumprimento à verdade intencional exteriorizada (ainda que, eventualmente, não se esteja a acurar cautelosamente o interesse da criança que vier a nascer) de conceber um novo ser.

Entre nós, é sabido que um dos argumentos que maior peso assume para a determinação da ilicitude desta técnica de PMA prende-se com a falta de existência de um verdadeiro projeto parental pré-definido entre o casal, não existindo manifestações atuais e concretas dessa vontade.

Mas em que consistirá esse projeto parental claramente estabelecido? Tratando-se a noção de “projeto parental” de um conceito amplo, parece indeclinável que a sua aplicação seja, de igual forma, amplificada. E, de facto, com as constantes alterações introduzidas, com as atenuações dos requisitos de adesão e inclusive alargamentos do círculo de beneficiários, parece que estamos cada vez mais próximos de uma erosão do princípio da subsidiariedade por que se regem as técnicas de PMA. Todavia, tal incrementação não se estendeu à Inseminação Artificial Homóloga pós-morte.

Assim, se para o recurso desta técnica de PMA em vida o conceito de projeto parental exigido parece ser indubitavelmente mais alargado e menos exigente, bastando a simples união matrimonial ou de facto do casal para que o projeto parental se presuma existir, o mesmo já não acontece com a técnica póstuma.

A experiência vem mostrando que concretizar a existência de um projeto parental é tarefa laboriosa para a mulher/companheira sobrevivente, dado que a própria lei não aponta quais os quesitos necessários para a sua evidenciação, para o preenchimento deste conceito. E, apesar de tal omissão legislativa, o que é facto é que as correntes doutrinárias não deixam de apontar o projeto parental enquanto premissa necessária para uma futura eventual admissibilidade da técnica de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*¹⁰³ nos mesmos termos que a Transferência Embrionária *post mortem*, já que para esta última o legislador determinou que “é lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai”.

Desta feita, cumpre-nos questionar se não será possível partirmos da presunção do recurso à Inseminação Artificial Homóloga pós-morte *ab initio* como exteriorização de um projeto parental. O que desencadeia a procriação assistida é a vontade dos beneficiários, vontade essa que fica, via de regra, plasmada nos modelos de consentimento informado prestados pelo Centro

¹⁰³ A este respeito, veja-se a proposta do artigo 22.º, n.º 1, do Decreto n.º 128/XIV, 1.ª versão, de 08/04/2021, publicado em www.parlamento.pt, consultado em 05/05/2021.

Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Porém, no modelo de consentimento informado relativo à criopreservação de espermatozóides nada é referido relativamente à criopreservação em prol de um projeto parental, pelo que a questão que se coloca é a de saber se esse consentimento prestado apenas para efeitos de crioconservação pode manifestar de *per si* uma vontade em assumir um projeto parental a dois. É que de facto, para este conceito tão alargado de “projeto parental” tem de existir, necessariamente, um conteúdo mínimo, um elemento voluntário indispensável por parte de quem não teve a oportunidade de, em tempo útil, esclarecer o seu claro intuito.

Parece-nos tarefa difícil assumir alguma permeabilidade à ideia de encontrar esse conteúdo mínimo do conceito indeterminado no ato de criopreservação do sémen, mesmo nas situações em que o beneficiário se encontra imbuído numa relação conjugal ou análoga às dos cônjuges. Aliás, a este propósito e como que um parêntesis, cumpre-nos dizer que se nos dificulta inteligir outro sentido de criopreservação se não o de o utilizar com o fito de, posteriormente, o inseminar na sua mulher/companheira. O que acontece é que o mero ato de criopreservação não se pode traduzir numa vontade inequívoca de querer utilizar tal material genético com a sua atual companheira. Pode apenas traduzir-se num simples ato de precaução, salvaguarda, e não no cenário idílico que por vezes, nós, humanos, mais emocionais do que racionais, tendemos a imaginar.

Nesta senda, em nosso entendimento, a existência de um real projeto parental fica duvidosamente positivada nesse ato íntimo do falecido. Ademais, partir desse juízo de prognose (encontrar um protótipo de projeto parental no ato de criopreservação) apenas faria sentido nos casos em fique clara a intenção de usar o material genético com a sua companheira/cônjuge. A este propósito, o partido Bloco de Esquerda no seu Projeto de Lei n.º 237/XIV refere que: “é de difícil entendimento que o sémen do marido ou companheiro, entretanto falecido (e crioperservado com a intenção expressa de um dia vir a ser utilizado para aquele projeto parental concreto) seja obrigatoriamente destruído”. Pelo que sempre se exigirá esta concretização dos sujeitos deste projeto parental, para efeitos de futura admissibilidade da técnica nos casos em que fica evidente a verdade intencional do casal. Quanto a nós, parece-nos que mesmo nos casos em que a criopreservação foi circunscrita a uma determinada utilização futura levada a cabo por duas pessoas certas e determinadas, elevam-se incertezas quanto à admissibilidade de um verdadeiro projeto parental. Já nos casos em que não foi identificável a *ratio* da criopreservação, não fará

sentido impor, por via do mecanismo da presunção, uma *voluntad* que não foi exteriorizável, concretizada.

Premissa assente é que a conceção de uma criança deve ter na sua base uma vontade esclarecida de ambos os progenitores, pois trata-se, a final, de uma decisão irremediável, que coloca em causa o nascimento de um novo ser, com o qual o direito assume a obrigação de proteger. No entanto, ainda que nos possamos servir desta interpretação mais atualista da lei, o que é facto é que independentemente de existir este projeto parental concretizado, a Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* não é permitida. O que tem acontecido é que todos os demais direitos e interesses jurídicos têm prevalecido ao direito a dar continuidade ao projeto parental que existia já antes da morte do falecido. Assim, independentemente de estar evidenciado o projeto parental, a lei proíbe a prática desta técnica póstuma de PMA. Ou seja, o projeto parental que a doutrina tanto insiste em existir, um dos grandes limites à admissibilidade da técnica, quando existe, não é tido em conta.

O legislador preferiu omitir o direito à mulher de perpetuar o projeto de vida desejado pelo casal em prol da falta de consubstanciação do mesmo e, ainda assim, quando esse projeto parental seja evidente/concretizado, não deixou brecha para a sua admissibilidade. Em razão deste desequilíbrio em vigor, tendemos a considerar que a opção legislativa atual retrata o projeto parental nas situações de Inseminação Artificial Homóloga para depois da morte, como uma verdadeira bagatela, desprovida de força e determinação suficientes para considerar a licitude desta prática. Pois, uma vez mais, nos casos em que existe um projeto parental real e efetivo, o mesmo não é considerado, sendo relegado para segundo plano.

Conforme defendeu PEDRO DELGADO ALVES, deputado do Partido Socialista, em sede de discussão conjunta, na generalidade, do alargamento das situações de realização de inseminação *post mortem*, “ verdadeiramente, aquilo que temos é uma opção, infelizmente, arbitrária da lei, que determina que, pelo facto de o procedimento de inseminação não estar ainda numa determinada fase do seu desenvolvimento, não é possível o recurso a estas técnicas de procriação medicamente assistida – e isto mesmo quanto existe um projeto parental comum, mesmo quando existe um projeto claramente consentido por ambas as partes”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Discussão na generalidade publicada em Diário da Assembleia de República, I série n.º 17, em 2020.10.24, da 2.ª SL da XIV Leg, pp. 28-38, consultado a 08/05/2021.

2. O direito de dispor do material genético após a morte

2.1. Classificação jurídica do material genético

Conforme refere SANDRA MARQUES MAGALHÃES “dispor do corpo humano e de suas partes, como elementos constitutivos e indissociáveis da pessoa, é ato lícito, desde que não comporte diminuição ou comprometimento permanente da saúde do indivíduo”¹⁰⁵. Desta feita, uma extração de sémen não se reconduzirá a uma violação da integridade física do homem dador, desde que o mesmo o faça de forma voluntária.

Porém, o facto de se tratar de uma legítima extração de sémen não será suficiente para se determinar que tal material genético possa ser alvo de livre disposição pelo seu titular, existindo, desta feita, no que à disposição pós-morte diga respeito, limites.

Prima facie, e previamente à análise dos limites à disposição *mortis causa* do sémen do homem, entretanto falecido, que nos cumpre realizar, encetaremos por polemizar a questão da classificação jurídica do material genético, até porquanto, a classificação a enveredar determinará, por sua vez, a (i)legitimidade da sua disposição *post mortem*.

A classificação jurídica do sémen tem sido palco de discussões e argumentos juridicamente sustentáveis, inexistindo, até à data, uma posição consensual na doutrina portuguesa.

Se JULIANE FERNANDES QUEIROZ¹⁰⁶ subsiste na ideia de que o sémen e o óvulo se caracterizam por bens jurídicos “com uma proteção jurídica específica”, dado que não são economicamente avaliáveis, porém “embora sem expressão patrimonial” compõem o acervo do seu titular, concluindo que se tornam alvo de transações sociais com “contorno próprio”. GUILHERME DE OLIVEIRA perfilha que o material genético do ser humano, concretizado in casu, no sémen, deve classificar-se, em termos jurídicos, enquanto coisa nos termos do artigo 202.º, n.º 1, do Código Civil. Para este autor, não existe motivo para que “se não use o conceito de propriedade e de coisa com as devidas e consideráveis adaptações”¹⁰⁷, porquanto o sémen ao encontrar-se destacado do corpo da pessoa torna-se objeto de relações jurídicas, e por isso, suscetível de livre disposição por parte do seu titular.

¹⁰⁵ MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 60.

¹⁰⁶ QUEIROZ, Juliane Fernandes, *Auto-regulamentação familiar e reprodução assistida post mortem: a (re)construção da igualdade entre filhos*, Tese de doutorado, policopiada, Rio de Janeiro, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p.149.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, “O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética”, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, p.155.

Em direção oposta aponta JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ao sofisticar o sémen enquanto potência de vida, pelo seu potencial de gerar um ser humano, de “construir vidas”, o que o torna merecedor de uma classificação acrescida da classificação de coisa atribuída por GUILHERME DE OLIVEIRA. Para o autor, o sémen deverá ser entendido como “parte ou prolongamento de pessoas”¹⁰⁸, pelo que jamais poderá ser alvo de relações jurídicas e de livre disposição pelo seu titular, porquanto não faz parte do seu acervo patrimonial.

Já em opinião mais criteriosa e pautada, quanto a nós, por um certo equilíbrio que o Direito assim o exige, VERA LÚCIA RAPOSO modera a sua posição nos entendimentos de GUILHERME DE OLIVEIRA e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ao classificar o sémen como um “*tertium genus*”, isto é, nem pessoa, nem coisa. No fundo, o que os defensores desta classificação vêm dizer é que o sémen situa-se entre a coisificação e o prolongamento de vida, tendo em conta a sua capacidade para gerar vida humana. Contudo, não podem deixar de considerar a tese da potência de vida hiperbolizada, dado que o mesmo, *per sí*, não é capaz de gerar vida. Conforme refere a autora VERA LÚCIA RAPOSO “o titular dos gâmetas possui um direito de propriedade sobre os mesmos, apesar de se reconhecer limitações a este direito tendo em conta a complexidade da coisa”.

A este respeito, mostra-se de especial relevo mencionar a tese defendida por MARIA OLINDA GARCIA¹⁰⁹, relativamente às células estaminais, defendendo que as mesmas pertencem ao “mundo das coisas” dado que são partes do corpo e ao mesmo tempo pertencem ao “mundo das pessoas” dado que são criopreserváveis. Porém, partindo de uma ampliação do conceito de coisa, a autora entende que as células estaminais enquadram-se no conceito jurídico de coisa, ao referir que “as células estaminais, enquanto bem intrinsecamente pessoal, só poderão ser consideradas sinónimo de coisa caso se adopte uma noção ampla deste conceito, permitida pelo art. 202.º, n.º1, do Código Civil (...) mas sem o reducionismo dicotómico de dividir a realidade jurídica em “mundo das pessoas” e “mundo das coisas”, já que as células estaminais, enquanto objecto criopreservado também são “pessoas” “.

Quanto a nós, pese embora a complexidade da classificação do material genético, partilhamos da conceção de MARIA OLINDA GARCIA, transpondo-a, ainda que de forma analógica, para os casos de sémen. Adotando um conceito amplificado de coisa, entendemos que a classificação de sémen poderá, de forma cabal, encontrar-se prescrita nos termos do disposto no artigo 202.º, n.º 1, do Código Civil, e dessa forma ser “coisificado” como tal, tratando-se de uma

¹⁰⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, “Procriação Assistida e Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Vária, Coimbra, Almedina, 2000, p. 650.

¹⁰⁹ GARCIA, Maria Olinda, “A criopreservação privada de células estaminais. Um contrato de depósito?”, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 9, 2008, p. 40.

espécie de propriedade biológica. Todavia, e não nos olvidando do caráter pessoalíssimo que o mesmo assume, sempre será necessário admitir limites à consideração do mesmo enquanto objeto de relações jurídicas, que recaia na esfera da livre disposição por parte do seu titular. Afigura-se-nos como tarefa difícil e, talvez, intolerável, negar a existência de um direito de propriedade sobre o nosso material genético e a sua consideração enquanto parte do acervo patrimonial, vigorando, nestes termos, o princípio da autonomia privada de cada indivíduo realizar suas escolhas sem intervenção externa. Contudo, a tornar viável a posição por nós assumida, e conhecendo que, atualmente, a manifestação de vontade não se mostra totalmente livre, sempre será necessário definir balizas à “livre” disposição do titular.

De facto, é a potência de vida que existe no esperma que lhe atribui uma condição distinta e mais complexa relativamente aos outros órgãos do corpo humano, o que impõe ao legislador a definição de barreiras na autodeterminação do titular do material genético.

Sabemos já que, ao abrigo do artigo 18.º da Lei da PMA, “é proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA”. Desta feita, o legislador decidiu limitar a livre disposição do sémen por parte do seu titular aos contratos de doação, através de um ato voluntário e altruísta em que os dadores recebem apenas uma compensação dos centros de colheita especializados pelas despesas efetuadas ou prejuízos direta e imediatamente resultantes das suas dádivas.

Resta a dúvida de saber se esse direito de disposição decorrente da autodeterminação se mantém mesmo após a morte da pessoa, para definir se no âmbito da procriação medicamente assistida se justifica o uso do material genético *post mortem*.

Conforme melhor escrutinado em ponto anterior da presente dissertação, pese embora a personalidade jurídica cesse com a morte, subsiste ainda uma “permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte”¹¹⁰, em concordância com o estabelecido no artigo 71.º do Código Civil. O mesmo será dizer que existe, portanto uma “tutela geral da personalidade do defunto, mesmo que limitada e, conseqüentemente, a sua vontade objetivada pode continuar a influenciar certas relações jurídicas mesmo após a morte, como será o caso das vontades e interesses do falecido expressas num testamento”¹¹¹.

Esclarece o artigo 946.º do Código Civil que, em regra, “é proibida a doação por morte”. Todavia, as doações que produzam efeitos após a morte do doador serão permitidas, desde que

¹¹⁰ SOUSA, Rabindranath Capelo De, *O Direito Geral De Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

¹¹¹ RIBEIRO, Ana Raquel, *Aspetos jurídicos da procriação medicamente assistida post mortem*, Estudos doutoramento & mestrado, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p. 12.

tenham sido observadas as formalidades do testamento. Assim, desde logo se depreende que a única possibilidade de disposição *post mortem* que a lei admite ao titular do material genético – se é que admite – será através de uma disposição testamentária.

A doutrina a este respeito mostra-se uníssona ao reconhecer que “vigora na nossa lei uma verdadeira proibição de actos sobre sucessão futura, sendo o fundamento desta proibição, no que se refere à doação *mortis causa*, a conservação pelo *de cuius* intacta até ao último momento da vida a liberdade de disposição por morte”¹¹².

Com efeito, surge a questão de sabermos se a disponibilidade do sêmen pode então abranger atos de disposição *mortis causa*, de forma a permitir que seja deixado a um terceiro, por via testamentária.

Coincidimos em não existir razão para se negar eficácia à disposição *post mortem* do próprio sêmen, desde que devida e expressamente consentido e a sua utilização se restrinja à esposa ou unida de facto do *de cuius*, tomando-se para tal posição de exemplo o ordenamento jurídico vizinho¹¹³. É admitir uma vertente biológica do testamento – testamento biológico –, munido de disposições de carácter não patrimonial, com o fito de concretização de uma vontade de criar uma família, deixar descendentes, ainda que depois da própria morte.

Quanto a nós, parece evidente esta necessária exigência de limitações legais estritas em razão da especial natureza do material genético, para que não sobrevenham resultados inaceitáveis como considerar-se que “o sêmen criopreservado compõe o acervo patrimonial do *de cuius* e deva ser partilhado ou atribuído a um ou mais sucessores, legítimos ou testamentários”¹¹⁴, ou admitir-se “que a esposa teria necessário e conseqüente direito a utilizá-lo sem a imprescindível manifestação do falecido marido”¹¹⁵. Esse é também o julgamento de FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ ao considerar que sendo permitido dispor de relação jurídicas não patrimoniais para depois da morte, não existe “razão válida e suficiente para negar eficácia à disposição para um uso concreto *post mortem* dos próprios gametas e ao consentimento para a inseminação artificial *post mortem*”¹¹⁶. Para o autor, o que está na base da admissibilidade de disposição do esperma para depois da morte é autonomia da *voluntad* do seu titular, a liberdade fundamental de “la de dar vida o de no darla”.

¹¹² TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Sucessões, Noções Fundamentais*, 6ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 127.

¹¹³ Preceitua o artigo 9.º, n.º 2, da Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana assistida que: “el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”.

¹¹⁴ MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 63.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “La fecundación artificial «post motem»”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 86, Nº 4, 1987, p.885.

No entanto, a disponibilidade do sémen ainda tem sido alvo de diversas considerações diferenciadas pelos vários autores. No espectro antagónico de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE permitir tal tipo de disposição traduzir-se-ia numa verdadeira violação dos princípios gerais de direito privado e à ordem pública, pelo que a consomar-se, posteriormente deve ser considerada nula.

Questão assente é: se pode uma pessoa doar sémen ou através deste realizar técnicas de procriação assistida, qual o fundamento para que não possa dispor do mesmo após a sua morte, se essa for, *tal quo*, a sua vontade? E, em caso positivo será que ao se admitir a disposição dos gâmetas crioperservados, pela via testamentária, remamos para uma *arto sitos afflictus* de instrumentalização do ser humano?

A polémica da admissibilidade de disposição *post mortem* do sémen tem sido inflamada pela doutrina portuguesa. Como vimos, alguns são ainda os autores que entendem ser necessário recorrer ao desvalor jurídico da nulidade para apor travão ao ato praticado em vida pelo defunto (dispor do seu material genético para depois da sua morte). E, apesar de termos já vincado a nossa posição quanto à sua admissibilidade de disposição, cumpre-nos, a par de todo o debate, suscitar uma breve reflexão quanto à querela de uma (eventual) instrumentalização do ser humano através da “livre” disposição do sémen.

Se considerarmos que poderá ser inteligível que certos autores pressagiem uma ameaça à instrumentalização do ser humano com a permissibilidade de celebração de negócios jurídicos, tendo o sémen como objeto contratual dada a potencialidade de vida que este último contempla, tal não será suficiente para concluirmos pela sua inadmissibilidade.

Em jeito de reiteração do supra referido, mais não se trata, evidentemente, de uma potencialidade de vida, e não de uma vida em si mesma. Não podemos querer atribuir ao material genético o mesmo estatuto atribuído ao seu titular. E, com tal asserção, não pretendemos negar que a sua especial classificação exige, do direito, uma especialíssima cautela e proteção, mas tal não se poderá traduzir na aquisição do *status* de pessoa.

É, aliás, a sua classificação enquanto coisa em sentido amplo que nos permite afastar a ideia de instrumentalização do ser humano, que ainda não o é, porquanto não existe. Ademais, idealizamos não existir instrumentalização nos casos em que pugnamos pela sua admissibilidade, ou seja, nas situações em que existe um propósito claro, uma vontade comum das partes (devidamente concretizadas) em dispor e utilizar o material genético para um fim e desejo comum.

Outrossim, torna-se conclusivo que ao comércio de material genético sempre estiveram adstritos valores de dignidade, solidariedade e, conforme prevê a lei, gratuidade, pelo que cumprirá

impor uma ponderação entre a vontade daqueles que desejam procriar e as demandas éticas da sociedade, sem que isso signifique instrumentalizar o ser humano – pois, *in casu*, não estamos sequer a tratar de seres humanos, mas sim de células reprodutivas.

Entramos no âmbito da livre disposição do indivíduo que, pelas características especialíssimas do objeto de disposição, exige critérios mais apertados mas que, ainda assim, não desvirtuem a autonomia da vontade do seu titular. Por tudo isto, o foco primordial passará, não só por atender à *voluntad* do *de cuius*, vontade essa que deverá mostrar-se atual, livre e esclarecida, e acima de tudo, concretizada a favor de quem se pretende planejar o projeto parental, mas inevitavelmente, também pela proteção da dignidade implícita no objeto de disposição testamentária – sémen criopreservado –, a ser impreterivelmente protegida, dada a “pretensa de vida” que traduz.

3. O estatuto jurídico dos Concepturos: Aquisição de personalidade jurídica

Dita o artigo 66.º do Código Civil que “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”. Sendo a personalidade jurídica para GUILHERME MOREIRA a “qualidade jurídica de ser pessoa, a suscetibilidade de direitos e obrigações (tal como referia o art. 1.º do Código Seabra)”¹¹⁷.

Esteve o legislador, e bem a nosso ver, quando reconheceu uma proteção, no n.º 2 do artigo 66.º do Código Civil, aos nascituros e no que aos seus direitos diga respeito. De facto, muitas são ainda as discórdias na nossa doutrina concernentes aos nascituros e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Por forma a evitarmos equívocos quanto à terminologia aqui utilizada, cumpre-nos fazer uma breve alusão à distinção de nascituros e concepturos, para que se compreenda o desacatamento que persiste entre alguns autores.

Face à realidade biológica e à evolução da ciência, os nascituros *stricto sensu* distinguem-se dos concepturos por critérios temporais de conceção. O mesmo será dizer que o nascituro é aquele que ainda não nasceu, mas já foi concebido e se encontra no útero materno, como refere OLIVEIRA DE ASCENSÃO “pessoa ainda não nascida mas que poderá nascer de progenitor ou progenitores determinados”¹¹⁸; já os concepturos são entendidos como uma entidade jurídica que ainda não existe, mas que se espera que venha a existir, “no fundo, é um ente sem vida humana

¹¹⁷ GONÇALVES, Diogo Costa, “Personalidade Vs. Capacidade Jurídica – Um Regresso Ao Monismo Conceptual? “, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>, p.127.

¹¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Teoria Geral – Introdução - As Pessoas - Os Bens*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 185.

ou realidade biológica, que representa unicamente uma possibilidade, esperança de alguém vir a ser concebido”¹¹⁹. Assim, entenda-se por nascituros a realidade humana subsequente à concepção mas anterior ao nascimento e, por concepturos a realidade jurídica que, no momento da atribuição de prerrogativas jurídicas, ainda não existe, mas que se espera que venha a existir¹²⁰.

Ora, estabelecida a diferenciação, cumpre-nos controverter em torno do reconhecimento da personalidade jurídica dos concepturos, tomando por suporte o artigo 66.º do Código Civil. Se é facto que a própria lei reconhece a possibilidade de destinar certos direitos a concepturos, por *ex via*, a título de exemplo, dos artigos 952.º do Código Civil ¹²¹ e 2033.º¹²², tão certo já não será quanto ao reconhecimento da sua personalidade jurídica.

No direito positivo português, pela leitura do artigo 66.º do Código Civil, entende-se que antes do nascimento “completo e com vida” a personalidade jurídica não existe e, por isso, a personalidade jurídica começa com o nascimento. Porém, a interpretação deste artigo, negando a qualidade de sujeito de direitos aos nascituros, regista na doutrina portuguesa, opiniões dissonantes ao entenderem que o ordenamento jurídico reconhece personalidade jurídica ao nascituro concebido, por via da teoria da concepção.

Conforme adverte PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹²³ “está em aberto a necessidade de uma revisão doutrinária do artigo 66º/1: no limite, a personalidade deveria adquirir-se logo com a concepção, em nome do princípio básico que todo o ser humano é pessoa”. De facto, recentemente tem-se verificado um poderoso movimento doutrinário encabeçado por autores como JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, MENEZES CORDEIRO, CAPELO DE SOUSA, e ainda DIOGO LEITE DE CAMPOS, onde se reconhece a qualidade e a dignidade humana e a consequente personalidade jurídica de quem ainda está no seio da mãe, envolvido e protegido pelo seu corpo, mas que já existe com vida. No ensinamento de DIOGO LEITE DE CAMPOS “assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana – na concepção”¹²⁴.

Nesta senda, parece-nos que a norma prevista no artigo 66.º se encontra “perdida no tempo”, porquanto “há uma pessoa humana, há vida desde a concepção (e, também alma para os católicos) e não apenas com o nascimento”¹²⁵. Nesta linha de pensamento, perfilha STELA NEVES

¹¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Sucessões*, 5.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.135.

¹²⁰ SOUSA, Maria Beatriz Almeida Correia de, *A Sucessão a Favor do Concepturo*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017, p.11.

¹²¹ Onde permite que sejam feitas doações a favor de nascituros e nascituros não concebidos.

¹²² Veio reconhecer aos nascituros sucessão legal e voluntária e aos concepturos apenas sucessão voluntária, mas de que nos ocuparemos infra.

¹²³ VASCONCELOS, Pedro Pais de, VASCONCELOS, Pedro Leite Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012, 7.ª edição, p. 74.

¹²⁴ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 43.

¹²⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao património genético*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 71.

BARBAS que “o nascimento não produz o «milagre» de converter em humano algo que não o era”, de maneira que “a vida tem início com a fecundação e prossegue sem descontinuidade até à morte”.

Clarificado que fica, para estes autores, o momento determinante da aquisição de personalidade jurídica, cumpre-nos descodificar o conceito de concepturos, para efeitos de averiguação da sua aquisição de personalidade jurídica no ordenamento jurídico português.

CAPELO DE SOUSA caracteriza os concepturos como "entidades jurídicas emergentes de uma estrutura de pressupostos jurídicos e de conteúdos de vontades das partes (...) dotadas de operacionalidade em certas matérias jurídicas"¹²⁶. Ou seja, para este autor, em sinergia com DIOGO LEITE CAMPOS e JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO, os concepturos não são sequer realidades físicas, “são seres que ainda não foram concebidos”¹²⁷ e, por isso, não possuem personalidade jurídica.

Assim, para estes autores dubiedades não mais existem relativamente à falta de personalidade jurídica dos nascituros não concebidos, pois trata-se de uma “potência, captável só mediante um juízo”¹²⁸.

Quanto a nós, somos coniventes com tal razão de ser porque, como refere CRISTINA DIAS “não há aqui uma realidade biológica, como acontece com os nascituros já concebidos”¹²⁹.

Todavia, a problemática não se parece assim tão minguada como fazem os autores parecer. DIOGO COSTA GONÇALVES defronta, e bem a nosso ver, a questão de a capacidade jurídica ser-se algo imanente à personalidade jurídica, isto é, não podendo existir separadamente, apesar de serem conceptualmente distintas. Para este autor atribuindo-se capacidade de gozo está-se a reconhecer implicitamente a personalidade jurídica do indivíduo. No mesmo sentido encontramos a sistematização de LUÍS DA CUNHA GONÇALVES e JOSÉ F. F. TAVARES onde ambos defendem que “capacidade de gozo e personalidade jurídica não se distinguem”¹³⁰. Assim como MANUEL DE ANDRADE, ao sublinhar que “o conceito de personalidade e capacidade de gozo se implicam mutuamente”¹³¹, para o autor “a capacidade jurídica, enquanto capacidade de gozo de direitos, ou simplesmente de direitos, é inerente à personalidade jurídica. São mesmo conceitos idênticos”. Mais defende que “não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário”.

¹²⁶ SOUSA, Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 288.

¹²⁷ CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direito da Família e Sucessões*, Almedina, 2012, p.511.

¹²⁸ ASCENSÃO, Oliveira de, *Direito Civil Sucessões*, 5.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.126.

¹²⁹ DIAS, Cristina, *Lições de Direito das Sucessões*, 6ª Ed., Coimbra, Almedina, 2018, p.108.

¹³⁰ TAVARES, José, *Os princípios fundamentais do Direito Civil, Volume II, Pessoas, Cousas, Factos jurídicos*, Coimbra Editora, 1928, p.26.

¹³¹ GONÇALVES, Diogo Costa, “*Personalidade Vs. Capacidade Jurídica – Um Regresso Ao Monismo Conceptual?*”, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>, p.128.

Mas, então, se para os mesmos se torna indubitável que havendo capacidade de gozo é porque existe personalidade jurídica, tal observação vem causar algum embaraço no que aos concepturos diga respeito. Pois, como já se *supra* referiu, o legislador atribui capacidade de gozo aos concepturos relativamente a alguns direitos, como o caso da capacidade sucessória voluntária prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 2033.º do Código Civil. Ora, pelo que fica dito, será então de assumir-se que os nascituros não concebidos adquirem, ainda que de forma latente, personalidade jurídica, por força da capacidade de gozo que lhes é admitida? Será assim? De facto, num plano puramente abstrato e conceptual é possível analisar os dois conceitos (personalidade e capacidade de gozo) separadamente, porém, “na concretização do processo aplicativo do Direito, a capacidade consome a personalidade”¹³².

Perante isto, alguns autores consideram que o disposto nos artigos 66.º e 67.º “não é estanque, podendo ser alvo de algumas especialidades, no sentido do seu alargamento, sendo exemplo disso o artigo 2033.º”¹³³, pelo que a este propósito sempre se indaga quanto a eventuais traços de personalidade jurídica a ser atribuída aos concepturos.

A este respeito, STELA NEVES BARBAS contribui com uma solução plausível ao figurar os direitos atribuídos aos concepturos enquanto “direitos sem sujeito”, mencionando que “a relação jurídica em que falta um sujeito (falta essa provisória) mantem-se durante esse período numa forma imperfeita até assumir um novo titular. É a célebre figura dos direitos sem sujeito, ou para alguns autores direitos acéfalos”¹³⁴. Contudo, tal aceitação não se mostra pacífica na nossa doutrina, refutando tal asserção, a título de exemplo, PAULO CUNHA ao entender que se trata de uma “situação de obnubilação do sujeito” que figura uma “impossibilidade lógica”¹³⁵.

Postulado fica que a lei, sobre este tema, continua omissa. Parece-nos que o legislador não pretende entrar nesta “zona cinzenta” da personalidade jurídica, todavia, se a problemática parecia estar resolvida pela solução da ciência biomédica, facto é que pode mostrar-se pouco síncrona com algumas das disposições legais estabelecidas.

Em boa verdade, pese embora aos concepturos não seja reconhecida personalidade jurídica, na prática, em maior ou menor medida, exercem direitos e deveres, o que “denota a falibilidade da distinção classificatória contemporânea”. Portanto, nota-se que o “arcabouço teórico-classificatório civilista não conseguiu acompanhar as evoluções da civilística e do próprio

¹³² Ibidem, p.132.

¹³³ SOUSA, Maria Beatriz Almeida Correia de, *A Sucessão a Favor do Concepturo*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017, p.11

¹³⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao património genético*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 67.

¹³⁵ Idem.

código, criando a estranha situação em que um sujeito não possui personalidade jurídica e conseqüentemente não se enquadra no conceito de pessoa, todavia exerce de fato direitos e deveres, como no caso do concepturo”¹³⁶.

Capítulo IV. Reflexões jurídicas sobre os Direitos Sucessórios dos Concepturos

1. O Fenómeno Jurídico Sucessório em geral

“O sistema sucessório português é um sistema misto, caracterizando-se fundamentalmente como um sistema individualista e familiar, mas contendo também elementos do sistema socialista”¹³⁷. Para o legislador, a proteção do núcleo familiar no âmbito sucessório mostrou-se premissa preponderante ao entender-se que alguns dos familiares do falecido deveriam herdar obrigatoriamente e até supletivamente (nos casos em que o *de cuius* não tenha disposto de qualquer forma o seu património).

Ocupando o conceito de sucessão papel vital na presente dissertação, haverá que caracterizá-lo com a devida minuciosidade. Corroborando com a posição autonomista de OLIVEIRA ASCENSÃO, podemos caracterizar o conceito de sucessão como o “ingresso de um sujeito na posição que outro ocupara, e não pela passagem de situações jurídicas de um para o outro”¹³⁸. De grosso modo, podemos dizer que o objeto da sucessão é, então, a herança composta pelas situações jurídicas que permaneciam na titularidade do *de cuius* no momento da sua morte (e que não se extinguiram pelo seu decurso), dado o princípio da transmissibilidade dos direitos patrimoniais.

No direito sucessório português é pretensão assegurar as transmissões *mortis causa* das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida aos seus herdeiros ou legatários, de modo que o sucessível ingresse na posição jurídica do *de cuius*, “com isso sendo investido na titularidade das situações jurídicas que este deixa por morte”¹³⁹.

Assim, quando falamos de Direito das Sucessões falamos do conjunto de normas jurídicas que visam resolver o problema sucessório, isto é, o problema do destino a dar aos direitos e

¹³⁶ OLIVEIRA, Fabrício Manoel, PIMENTEL, Bárbara Maria Moreira, *Reflexões Sobre a Personalidade Jurídica e o Concepturo*, Trabalho apresentado à Universidade Federal de Minas Gerais e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, 2020, p. 255.

¹³⁷ DIAS, CRISTINA, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.º Ed., Coimbra, Almedina, 2018, p.23.

¹³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1981, p.34.

¹³⁹ MELLO, Alberto De Sá, “O Direito das Sucessões em Portugal”, in *Jurismat: Revista jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, Portimão, n.º especial, 2014, p. 93.

obrigações que pertenciam ao falecido, que não se extinguiram com a sua morte. Nas palavras de GALVÃO TELLES “está em jogo a sorte de um património, dos bens e dívidas do falecido”¹⁴⁰.

1.1. Fases

1.1.1. Abertura da Sucessão

Tudo começa com a morte. A sucessão, enquanto “facto complexo de produção sucessiva”¹⁴¹, rompe com a verificação de um único pressuposto –a morte do *de cuius*. Segundo o vertido no artigo 2031.º do Código Civil “a sucessão abre-se no momento da morte do seu autor e no lugar do último domicílio dele”.

Portanto, a morte é o momento decisivo, o facto jurídico e pressuposto necessário que provoca a abertura da sucessão, que se assume enquanto decorrência da primeira. O mesmo será dizer que não existe sucessão enquanto o facto jurídico morte não ocorrer, pelo que subsiste uma interdependência entre conceitos, sendo a abertura da sucessão contemporânea do primeiro momento de ausência de vida.

OLIVEIRA ASCENSÃO define a abertura da sucessão como “o início jurídico do processo complexo tendente à devolução sucessória das relações jurídicas transmissíveis do *de cuius*, [que] tem como causas determinantes a morte do seu autor e a existência efetiva de relações jurídicas transmissíveis e caracteriza-se pela existência jurídica dos sujeitos das relações jurídicas transmissíveis sucessoriamente e conseqüente estado de vinculação de tais relações ao subingresso dos sucessíveis”¹⁴². De igual modo, para GALVÃO TELLES o fenómeno sucessório dá-se quando alguém falece e todos os seus direitos e obrigações, “que não sejam intransmissíveis por morte”, se transferem para a esfera jurídica de uma ou mais pessoas.

Quer isto dizer que, com a morte, o sujeito jurídico perece, mas o mesmo já não sucede relativamente às situações jurídicas de que este era titular. A este respeito, clarificado ficou que o Direito das Sucessões surge para colmatar as vicissitudes que com o fenómeno morte possam advir, nomeadamente, impedir que os bens que pertenciam ao *de cuius* se transformem numa *res nullius*, devolvendo os bens e as relações jurídicas patrimoniais a certas e determinadas pessoas.

¹⁴⁰ TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Sucessões, Noções fundamentais*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p.3.

¹⁴¹ FERNANDES, Luis A. Carvalho, “*Lições de Direito das Sucessões*”, 2.ª Ed., Reimp., Quid Juris Editora, 2004, p. 109.

¹⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira, “*Direito Civil – Sucessões*”, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 114.

Conforme refere CRISTINA DIAS “é a abertura da sucessão que dá origem ao chamamento, isto é, só depois de aberta a sucessão, com a morte do *de cuius* e a desvinculação da titularidade das suas relações jurídicas, que passam a estar ‘predispostas’ a ter um novo titular, é que se procede ao chamamento dos sucessíveis”¹⁴³.

1.1.2. Vocação Sucessória

Como vimos, um dos efeitos da morte é a abertura do processo sucessório em sentido próprio, cujo objetivo primordial se traduz em assegurar a transmissibilidade do património jurídico e demais relações jurídicas existentes à data da morte do falecido – relação jurídica translativa–, a determinadas pessoas.

A vocação sucessória vem prevista no artigo 2032.º do Código Civil, ao se determinar que “aberta a sucessão, serão chamados à titularidade das relações jurídicas do falecido aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que tenham a necessária capacidade”. De uso corrente pela doutrina, o termo vocação sucessória, ou chamamento sucessório, traduz-se na atribuição do direito de suceder –*ius delationis*–, ou seja, de assumir as relações jurídicas do falecido, sendo o enlaçamento do direito de suceder com um destinatário que, nos ensinamentos de GALVÃO TELLES se traduz no “momento subjetivo”¹⁴⁴ do fenómeno sucessório. Assim, mais não será do que o chamamento dos sucessíveis à herança, respeitando a hierarquia dos sucessíveis¹⁴⁵, para que os mesmos possam exercer o seu direito potestativo de aceitar ou repudiar a herança ou o legado¹⁴⁶. “É este o direito central da posição jurídica que a vocação atribui ao chamado”¹⁴⁷.

Consabido pela doutrina portuguesa, a vocação ou chamamento sucessório pressupõe três requisitos de carácter cumulativo e simultâneo: a titularidade da designação prevalente, a existência do chamado e a capacidade sucessória. Na esteira de CRISTINA DIAS, quando falamos em pressupostos da vocação sucessória “referimo-nos às condições que devem verificar-se para alguém ser chamado à sucessão de outrem”¹⁴⁸, podendo resumir “dizendo que o chamado é titular

¹⁴³ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.89.

¹⁴⁴ TELLES, Inocência Galvão, *Direito das Sucessões, Noções fundamentais*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p.81.

¹⁴⁵ MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 96.

¹⁴⁶ Para tal vide artigos 2050.º a 2067.º do Código Civil.

¹⁴⁷ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.101.

¹⁴⁸ Idem.

da designação sucessória prevalente no momento da morte do de cuius, desde que exista e tenha capacidade sucessória”¹⁴⁹.

1.1.2.1. Titularidade da designação sucessória prevalente

Para suceder, é necessário ser-se titular de uma designação prioritária que, nas palavras de GALVÃO TELLES, se explica como uma “indicação de um sucessível, indicação de alguém como possível sucessor futuro de outrem”. Ou seja, traduz-se na atribuição da qualidade de sucessível.

A designação sucessória, como o próprio nome aponta, traduz-se na indicação dos sucessíveis, através da interpretação da lei ou de atos voluntários legalmente admissíveis ainda em vida do *de cuius*. Deste modo, ainda antes do falecimento do autor da sucessão já é possível conhecer-se quais os seus sucessíveis, como se de uma fase pré-designatória de sucessores se tratasse. Conforme defende FRANCISCO PEREIRA COELHO a designação sucessória é como que “uma vocação virtual” e que a “vocação é uma espécie de designação efetiva”¹⁵⁰.

Assim, não se assume desde logo a qualidade de sucessor mas assume-se já o *status* de sucessível, porque se beneficia de uma expectativa sucessória. Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO “é a operação intelectual pela qual se determinam os sucessíveis de alguém”¹⁵¹.

Ora, conhecido o conceito de designação cumpre melhor escrutinar a determinação do termo “prevalente” ou “prioritária”, já que para se ser chamado à sucessão é *conditio sine qua non* ser titular de uma designação sucessória prioritária.

Nos termos do artigo 2026.º do Código Civil, será necessário que tal *status* seja deferido “por lei, testamento ou contrato”, pelo que entramos no âmbito da sucessão legal e voluntária do sistema sucessório português, na harmonia entre a dualidade *ex lege* e *ex voluntate*.

Facilmente se infere que os sucessíveis não podem permanecer todos no mesmo plano. Antes pelo contrário, estabeleceu o legislador uma hierarquia entre eles consoante o “maior ou menor vigor dos factos designativos que lhes respeitam”¹⁵². Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO “rigorosamente, devemos até dizer que a hierarquia não é de sucessíveis, mas de títulos”, isto porquanto o mesmo sucessível pode, por via dos títulos designativos sucessórios, beneficiar de mais do que um título, como será, por exemplo, o caso do descendente que beneficia de título para a sucessão legitimária e para a sucessão legítima.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 102.

¹⁵⁰ COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Sucessões*, Coimbra, F.M.P.C., 1992, p. 137.

¹⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1981, p.53.

¹⁵² Idem, p.107.

Traçando a hierarquia, ainda que abstrata, dos títulos designativos sucessórios, CRISTINA DIAS ensina que, em primeiro lugar, a ocupar o topo da hierarquia, serão chamados os herdeiros legitimários, casos em que estão presentes direitos sucessórios decorrentes diretamente da lei que, pela sua imperatividade, não podem ser afastados pela vontade do *de cuius*, nos termos do disposto no artigo 2027.º do Código Civil.

Acontece que, dentro da primeira categoria hierárquica de títulos podem, por sua vez, formarem-se novas hierarquias – entramos no âmbito da hierarquia de classes dos sucessíveis. Aqui, vigora o chamado princípio de preferência de classes, previsto no artigo 2134.º do Código Civil, nos termos do qual enquanto existirem elementos de uma classe prioritária não se passa para a classe seguinte; e ainda o princípio de preferência de graus de parentesco, segundo o qual o grau mais próximo prefere ao mais afastado, pelo que sempre que haja um elemento de um grau mais próximo esse prefere aos graus mais afastados.

Assim, e a título meramente exemplificativo, se existem cônjuge e descendentes, afastam-se os ascendentes. Se existem cônjuge e ascendentes, afastam-se os irmãos. O princípio de preferência de classes diz-nos que não são chamados elementos da classe seguinte enquanto existirem elementos da classe primária, pelo que se torna perceptível que a titularidade da designação prevalente quer dizer que não são chamados simultaneamente todos os herdeiros, mas apenas os prioritários.

Já em segundo lugar, em detrimento da sucessão legal supletiva – a sucessão legítima –, que diz respeito aos bens dos quais o falecido podia dispor livremente e não o fez, ou fê-lo de forma inválida e/ou ineficaz, surgem os herdeiros contratuais, que são designados em pactos sucessórios que se encontrem inscritos em convenções antenupciais, como estipula o n.º 1 do artigo 1700.º e o n.º 2 do artigo 2028.º; e, de seguida, os herdeiros testamentários, que assumem a qualidade de sucessor sobre a quota disponível do autor da sucessão, em virtude de um ato de disposição voluntária unilateral por parte do falecido.

Destarte, e em último lugar, sucedem os herdeiros legítimos, dado o carácter supletivo da sucessão legítima que apenas deverá operar nos casos em que o autor da sucessão não dispôs da sua quota disponível, ou tendo-o feito, fê-lo de forma inválida e/ou ineficaz.

Escrutinado que melhor ficou o requisito da designação prevalente para efeitos de vocação sucessória, cumpre-nos, em ponto a seguir, analisar o pressuposto da existência do chamado.

1.1.2.2. Existência do chamado

Pese embora não seja possível retirar este pressuposto da letra do artigo 2032.º do Código Civil, o mesmo resulta da sua conjugação com o disposto no artigo 2033.º do referido diploma legal, ao definir que “têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei”.

O pressuposto da existência ou “sobrevivência” como CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL apelida, vindica que o chamado deva existir antes ou, pelo menos, no momento da abertura da abertura da sucessão e que continue a existir para lá do momento da abertura da sucessão¹⁵³, para ser detentor de capacidade sucessória legal e voluntária. Conforme defende o autor ORLANDO GOMES tal pressuposto mostra-se imperativo de modo que “alguém assuma a posição jurídico-econômica do de cujus, ingressando nas relações jurídicas de que ele participava”¹⁵⁴.

Nas palavras de SANDRA MARQUES MAGALHÃES este critério de existência pode figurar-se de duas maneiras: “ainda existir” e “já existir”. No primeiro caso, o chamado “há de ser uma pessoa que ainda esteja viva”; já no segundo, o “chamado há-de já ter personalidade jurídica no momento da abertura da sucessão”. O que significa dizer, numa situação e noutra, que o chamado deve ter personalidade jurídica no momento da abertura da sucessão, e que esta se deve prolongar para depois da abertura da sucessão.

No mesmo sentido, coaduna OLIVEIRA ASCENSÃO ao entender que “a personalidade jurídica não pode deixar de constituir requisito da vocação, uma vez que desta resulta a atribuição, ao sucessível, de situações jurídicas”¹⁵⁵, e “só pode ser chamado, só está em condições de receber o direito de suceder, quem tem personalidade jurídica”. Para o autor “só quem tem personalidade jurídica, por definição, é susceptível da titularidade de situações jurídicas”¹⁵⁶.

Ab initio, do pressuposto da existência parecem não resultar embaraços dado que a todas as pessoas singulares é reconhecida personalidade jurídica. Contudo, o novelo emaranhado surge com o estipulado no n.º 1, da alínea a), do n.º 2 do art.º 2033.º do Código Civil, ao permitir a sucessão de nascituros *stricto sensu* e de concepturos.

No que aos nascituros diga respeito, e partindo da tese por nós defendida de que a personalidade jurídica se adquire no momento da concepção e não no momento do seu

¹⁵³ SOUSA, Maria Beatriz Almeida Correia de, *A Sucessão a Favor do Concepturo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 19.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando, *Sucessões*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.25.

¹⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, “*Direito Civil – Sucessões*”, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 134.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

nascimento¹⁵⁷, o nó parece de fácil deslace. Porém, quanto aos concepturos a encruzilhada é bem maior, visto que para a doutrina maioritária é impensável atribuir-lhes personalidade jurídica, logo padeciam *à priori* deste pressuposto de vocação sucessória. Contudo, sobre este assunto não nos propomos agora a refletir porquanto será alvo de melhor análise e maior reflexão em ponto a seguir.

1.1.2.3. Capacidade Sucessória

Enquanto último pressuposto da vocação sucessória, a capacidade sucessória é uma noção típica do Direito das Sucessões que podemos definir como a idoneidade para ser destinatário de uma vocação sucessória. É, portanto, um conceito que nada se relaciona com a noção de capacidade jurídica que conhecemos: não se trata de uma incapacidade natural, pelo que aqueles que sofrem de incapacidade de exercício, como os menores, são detentores de capacidade sucessória.

A regra é, por isso, a da capacidade e a exceção a incapacidade¹⁵⁸: serão incapazes de suceder apenas aqueles que forem declarados indignos ou que forem deserdados, daí que alguns autores sustentem a ideia de que no artigo 2032.º do Código Civil onde está capacidade deveria ler-se “indignidade”, logo, as “únicas situações que a lei qualifica como incapacidade sucessória são as indignidades”¹⁵⁹. Nas palavras de CRISTINA DIAS não valem para a vocação sucessória as incapacidades de gozo e de exercício, “o que significa que os menores, os interditos e os inabilitados têm capacidade sucessória”¹⁶⁰ uma vez que para ser chamado à sucessão a lei não exige uma capacidade natural do chamado.

A capacidade é pressuposto sem o qual não existe vocação sucessória. Trata-se de uma capacidade de gozo, no sentido em que se traduz numa aptidão do sucessível para ser titular de direitos e obrigações do *de cuius*, transmissíveis *mortis causa*. Quanto a este pressuposto, OLIVEIRA

¹⁵⁷ Seguindo o entendimento magistral do Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *partio viscerum matris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica. Para nós, é incontestável que o nascituro tem vida e substância humana desde a concepção e daí decorre que o mesmo tem a qualidade de ser pessoa e ter uma personalidade, pelo que a norma prevista no Código Civil aparece perdida no tempo. A este respeito, veja-se que o próprio CNECV, em sede de Parecer 15/CNECV/95 emitido defendeu que: “a vida humana merece respeito, qualquer que seja o seu estágio ou fase, devido à sua dignidade essencial. O embrião é em qualquer fase e desde o início, os suportes físico e biológico indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa humana e nele antecipamos aquilo que há-de vir a ser: não há, pois, razões que nos levem a estabelecer uma escala de respeito”.

¹⁵⁸ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.111.

¹⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Sucessões*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, p. 146.

¹⁶⁰ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.112.

ASCENSÃO defende que não se deveria tratar de um verdadeiro requisito de vocação. Para o autor, o que está verdadeiramente em causa para efeitos de vocação sucessória é tão somente um problema de personalidade jurídica, que por sua vez, traz a si ancorada o conceito de capacidade, já que “só pode ter capacidade quem tenha personalidade” e vice-versa.

Mas, ainda que, como vimos, a capacidade seja a regra, a lei considerou que certas pessoas não poderiam ser chamadas à sucessão, ditando, assim, a sua indignidade para suceder, nos termos do preceituado nos artigos 2034.º e seguintes do Código Civil e ainda, relativamente à sucessão legitimária, a sua deserção nos artigos 2166.º e 2167.º do referido diploma legal.

As incapacidades sucessórias, previstas no artigo 2034.º do Código Civil, assentam no pressuposto da indignidade do sucessível, onde o objetivo será punir comportamentos graves cometidos contra o autor da sucessão. Por isso se diz que, ao passo que as causas da indignidade se refletem mais na ordem social, as causas da deserção, como veremos, atingem maioritariamente a ordem familiar.

Da indignidade resulta que, apesar de o efeito designativo se manter, surge um facto que tem por consequência impedir a vocação, seja a que título for.

Atualmente, são quatro as hipóteses que determinam a incapacidade sucessória: o atentado contra a vida do autor da sucessão e seus familiares mais próximos¹⁶¹; o atentado contra a honra do autor da sucessão e dos seus familiares¹⁶²; o atentado contra a liberdade de testar¹⁶³; e, ainda, o atentado contra o próprio testamento¹⁶⁴.

Relativamente ao crime de homicídio doloso PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA perfilhavam que “ao primeiro núcleo de casos – agrupados na alínea a) do artigo 2034º (...) correspondia já, embora em termos muito mais apertados, no artigo 1782 do Código de 1867, o afastamento daqueles que houvessem atentado contra a vida do testador ou concorrido de qualquer forma para tal delito”¹⁶⁵. Já em relação à alínea d), o Professor CAPELO DE SOUSA referia que se pretendia garantir a “perenidade extrínseca à vontade do autor da sucessão incorporada no testamento e fazer respeitar as suas decisões, daí que excepcionalmente se admita nestas hipóteses que os factos materiais da indignidade possam ocorrer após a abertura da sucessão”¹⁶⁶.

¹⁶¹ Artigo 2034.º, alínea a): “O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado”.

¹⁶² Artigo 2034.º, alínea b): “O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza”.

¹⁶³ Artigo 2034.º, alínea c): “O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu”

¹⁶⁴ Artigo 2034.º, alínea d): “O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos”.

¹⁶⁵ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 38.

¹⁶⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra editora, Dezembro de 2012, p. 296.

Conforme já referimos, além de os herdeiros legitimários poderem ser declarados indignos, caso se verifique alguma das situações previstas no artigo 2034.º do Código Civil, podem os mesmos ser, igualmente, deserdados mediante uma declaração de vontade do *de cuius*, não tendo, dessa forma, capacidade sucessória.

Nas sábias palavras de CRISTINA DIAS “o autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das ocorrências previstas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 2166.º”¹⁶⁷.

Da análise pormenorizada do artigo 2166.º depreendemos que as causas da deserdação não são coincidentes com as da indignidade. Segundo determina a alínea a), do artigo 2166.º, a condenação por crime doloso contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão ou certas pessoas próximas, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão, é critério suficientemente forte para determinar a deserdação do herdeiro legitimário (ao contrário da alínea a), do artigo 2034.º do Código Civil que exigia que se tratasse de homicídio). Ademais, a alínea b), do artigo 2166.º veio abranger as situações em que o sucessível foi condenado por denúncia caluniosa ou falsos testemunhos contra as pessoas elencadas na alínea a), não estabelecendo qualquer limite mínimo para a pena (ao passo que na alínea b), do artigo 2034.º do Código Civil se estabelece como limite mínimo pena de prisão superior a dois anos).

A novidade surge com a alínea c), do n.º 1, do artigo 2166º do Código Civil que contém uma circunstância determinante da deserdação que não se encontra como fundamento de indignidade no artigo 2034.º do Código Civil – “ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos”.

Segundo CAPELO DE SOUSA a razão de ser da integração desta causa apenas no instituto da deserdação deve-se “a uma especial responsabilidade resultante de vínculo alimentar mais estreito entre sucessíveis legitimários e o autor da sucessão (cfr. als. a) a c) do nº 1 do art. 2009º), mas cujas consequências se projectam mais nas relações internas entre o autor da sucessão e o seu cônjuge, por um lado, e o sucessível, por outro, que não no conjunto da ordenação sucessória e dá que o legislador tenha achado preferível atribuir ao autor da sucessão o papel imediato e único árbitro da eventual ilegitimidade sucessória”¹⁶⁸.

Ainda relativamente à deserdação motivada na recusa de alimentos devidos cumpre referir que o douto Tribunal da Relação de Coimbra, em sede de Acórdão proferido em 19 de dezembro

¹⁶⁷ DIAS, Cristina Araújo, *Lições de Direito das Sucessões*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p.222.

¹⁶⁸ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra editora, Dezembro de 2012, p. 304.

de 2010, veio reiterar que “é unanimemente entendido, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que o fundamento de deserdação previsto na al. c) do n.º 1 do art.º 2166º do Código Civil, apenas se verifica ou pode verificar-se se o sucessível em questão estiver contratual ou judicialmente obrigado a prestar alimentos à testadora (ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge), isto é, que não só seja uma pessoa obrigada a prestar alimentos, nos termos do art.º 2009º CC, mas que tal obrigação também resulte de acordo negocial ou de imposição judicial”¹⁶⁹.

Podemos, deste modo, concluir que, apesar de os institutos da indignidade e da deserdação assumirem características e fundamentos distintos, ambos detêm como núcleo aglutinador o facto de serem sanções civis e de possuírem, assim, uma finalidade punitiva.

2. A sucessão a favor dos Concepturos ou Nascituros não concebidos

Conforme escreveu GUSTAVO TEPEDINO “desaguam no estudo das sucessões todos os problemas dos demais ramos do direito civil”¹⁷⁰. Desta forma, todas as questões que não tenham sido bem resolvidas antes da morte do *de cuius*, confluem para o ramo do direito das sucessões.

A matéria da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*, no que aos concepturos diga respeito, figura-se num verdadeiro nó górdio, transformando-se até à data em acesas querelas doutrinárias.

Advogamos anteriormente que até à abertura da sucessão existe uma grande variabilidade dentro do mapa dos sucessíveis, sendo cada vez mais frequente, dadas as inovações e evoluções medicinais, surgirem novos sucessíveis e deixarem de o ser aqueles que antes o eram. Nas palavras certeiras de OLIVEIRA ASCENSÃO, apenas um sucessível mantém, de forme perene, a sua posição – “o Estado”¹⁷¹.

Ora a este despeito, os efeitos sucessórios atribuídos aos concepturos advindos da prática de Inseminação Artificial *post mortem* têm sido campo prolífico e delicado de cultivação de ideais morais, éticos e interpretações legais por parte de vários autores. A afetação dos interesses jurídicos de outros sucessíveis, sobretudo patrimoniais, que a conceção de uma pessoa depois da morte de um dos seus progenitores semeia, acrescida do risco de subversão de gerações que o congelamento de sémen translada, redundaram na opção legislativa da sua proibição no nosso ordenamento jurídico.

¹⁶⁹ Em sede de proc. 214/07. 2TBSBG.C.1, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 24 de agosto de 2021.

¹⁷⁰ RAMOS, André Luiz Arnt, ALTHEIM, Roberto, “Colaço Hereditária e Legislação Irresponsável: Descaminhos da Segurança Jurídica no Âmbito Sucessório” in *Revista Eletrónica Direito e Sociedade*, Canoas, V. 6, N. 1, 2018, p. 36.

¹⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Sucessões*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, pp. 146-147.

Contudo, apodítico se tem confirmado que tal proibição não importa, necessariamente, o afastamento de tal prática, pelo que, e somente nesses casos, cumpre ao sistema jurídico português oferecer resposta quanto aos efeitos sucessórios advindos desse nascimento, ainda que *contra legem*. Campo, até aos dias de hoje, quase impenetrável.

Da precariedade normativa quanto aos efeitos sucessórios decorrentes das pessoas nascidas mediante técnica de PMA *post mortem* não se tem o legislador desonerado de forma satisfatória, ficando tal regulação à mercê de normativos desatualizados e desproporcionais, que em nada protegem e reconhecem a dignidade e o princípio da não discriminação à pessoa nascida por intermédio do uso de técnicas de PMA *post mortem*.

Sabemos que a procriação tem como consequência a superveniência de sucessíveis que vindicam o seu *status* familiar e, respetivamente, os seus direitos sucessórios em relação ao seu progenitor falecido, ora *de cuius*. Todavia, não sabemos ainda de que forma regular esse predicado sucessório à luz das regras gerais do direito das sucessões, o que, corroborando na esteira da autora SANDRA MARQUES MAGALHÃES, se traduz num verdadeiro incumprimento da imposição constitucional prevista na alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa¹⁷².

2.1 Pressupostos

Sabemos já que o fenómeno sucessório se inicia com a morte do *de cuius* e que a vocação sucessória pressupõe a existência de três cumulativos requisitos já melhor perquiridos supra, pelo que nos cumpre agora neste plano analisar se, relativamente aos concepturos, se mostra verificado o preenchimento de tais requisitos.

No que respeita à titularidade pelo chamado de uma designação sucessória prioritária, no presente alcançamos que tal designação poderá resultar da lei, a intitulada sucessão legal, ou da vontade do falecido, através de testamento ou contrato, denominada sucessão voluntária. Traduzida na “determinação, ainda em vida do autor da sucessão, das pessoas que podem vir a suceder-lhe aquando da sua morte”¹⁷³, a designação sucessória mais não é que a atribuição da qualidade de sucessível. Mas será atribuída essa qualidade ao concepturo?

¹⁷² MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.94.

¹⁷³ DIAS, Cristina Araújo, *Lições de Direito das Sucessões*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p.85.

Parece-nos que a resposta tende a ser positiva. Na esteira de OLIVEIRA ASCENSÃO se a designação sucessória se traduz numa mera valoração intelectual pela qual se determinam os sucessíveis, ela vai operar mesmo para certos sucessíveis que ainda não existem, como é o caso dos concepturos, porquanto em termos legais ainda não são dotados de personalidade jurídica¹⁷⁴.

Assumida a sua posição dentro do mapa dos sucessíveis, restar-nos-á indagar quanto ao pressuposto da sua existência e, conseqüentemente, da sua capacidade sucessória.

Na medida em que, para muitos, não existe ainda uma realidade biológica, admitir-se a sucessão a favor de concepturos seria colocar em causa o requisito da existência, visto que este último vindica a existência ou, pelo menos, a concepção do chamado no momento da abertura da sucessão. Por outras palavras, para que se considere verificado este pressuposto o sucessível chamado tem de ter personalidade jurídica, matéria melindrada relativamente aos concepturos.

Quanto a este tema, já alvo de escrutinação¹⁷⁵, dissemos que a matéria do reconhecimento da personalidade jurídica dos concepturos tem sido palco de discussões por parte da doutrina, dada a dissecação e conseqüente aplicação dos conceitos jurídicos indivisíveis: personalidade e capacidade, conceitos e pressupostos exigíveis para que a vocação sucessória dos mesmos se encontre verificada.

No que concerne à capacidade, ponto assente é que o legislador reconheceu a possibilidade de destinar certos direitos aos concepturos, atribuindo-lhes uma capacidade de gozo no sentido de adquirirem prerrogativas jurídicas, como será, por exemplo, o caso da capacidade para adquirirem por doação, nos termos do artigo 952.º do Código Civil, e ainda da capacidade para suceder por via testamentária ou contratual, conforme o previsto no artigo 2033.º do Código Civil.

Acontece que, o conceito de capacidade é algo imanente à personalidade, ou seja, o mesmo será dizer que um conceito não existe sem o outro. Deste modo questiona-se, a este respeito, se ao atribuir-se certas capacidades de gozo aos concepturos (nos termos dos artigos 952.º e 2033.º do Código Civil) não se estará a reconhecer (ainda que implicitamente) a sua personalidade, dado serem conceitos indissociáveis. É que, se assim for, tal vem contrariar a interpretação de que a personalidade jurídica se adquire no momento da concepção¹⁷⁶, porquanto relativamente aos nascituros não concebidos não existiu ainda o momento da *conceptio*.

¹⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Sucessões*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.113.

¹⁷⁵ Em sede do capítulo III, ponto 3.1.

¹⁷⁶ Nos ensinamentos de DIOGO LEITE DE CAMPOS, PAULO OTERO e OLIVEIRA ASCENSÃO, o Direito não determina a personalidade jurídica apenas com o nascimento completo e com vida, mas sim desde o momento da concepção. Pelo que é indubitável que a personalidade jurídica existe no momento em que o espermatozóide consegue fertilizar o óvulo.

Conforme perfilhamos em sede do capítulo anterior, a posição doutrinária sobre esta querela não é unânime, todavia é inegável que estamos perante uma situação em que as prerrogativas civilísticas não acompanharam a evolução da ciência, criando situações em que um sujeito apesar de não possuir personalidade, adquire capacidade.

Neste caso concreto da capacidade sucessória do concepturo, o legislador parece ter querido atribuir direitos ao concepturo, ou pelo menos permitir tal atribuição ao *de cuius*, através do estipulado no artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do Código Civil que determina que na sucessão testamentária ou contratual têm capacidade “os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão”, pelo que figurando-o (o concepturo) como uma figura titular de direitos, não podemos apagar a sua necessária capacidade jurídica e, conseqüentemente, a sua personalidade jurídica.

Se entendermos a captação deste juízo como sensata e cabível, não mais problemas subsistem quanto à concretização destes últimos dois requisitos de vocação sucessória, encontrando-se devidamente verificados.

Não obstante, DIOGO LEITE DE CAMPOS, TIAGO FIGO¹⁷⁷, MARIA DIONYSIA DE ARAÚJO¹⁷⁸ entendem que não. E, no mesmo sentido, perfilha OLIVEIRA ASCENSÃO que o legislador, no artigo 2033.º do Código Civil “não utiliza o termo capacidade em sentido técnico, portanto como uma qualidade jurídica de um sujeito. Parece que ele quer significar que essas entidades podem ser contempladas, pode fazer-se-lhe mesmo uma reserva de lugar, mas não propriamente que se lhes atribuam direitos”. Ao corroborar com tal raciocínio, irrompe-se desde logo uma questão: Partindo-se da *tesis* de que o termo capacidade utilizado pelo legislador não foi com o intuito de atribuir direitos aos concepturos, não estaremos, através de tal robusta interpretação, a gerar uma descoincidência com o previsto no artigo 2032.º do Código Civil que determina que podem ser chamados à sucessão aqueles que detenham a necessária capacidade? É que o artigo 2033.º do Código Civil atribui a capacidade necessária aos concepturos, pelo que parece indicar que a vocação se daria “imediatamente em favor destes”.

Parece-nos que uma interpretação nos termos propostos pelo autor se torna demasiado hermética e labiríntica. O legislador atribui capacidade, no seu sentido lato, ao concepturo e não

¹⁷⁷ Para o autor, quando a lei atribui capacidade aos concepturos estamos perante uma situação de “direitos sem sujeito” dado que “o direito subjectivo não se traduz necessariamente em um poder material efetivo, é possível conceber a organização antecipada de uma estrutura de poderes, que fica assim, pré-disposta à aquisição pelo concepturo beneficiado”, in FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p.84.

¹⁷⁸ A autora entende que não deve existir uma diferenciação entre capacidade ou incapacidade de pessoas inexistentes no momento da abertura da sucessão, mas sim de “casos excepcionais em que a lei atribui capacidade para suceder a pessoas futuras, e que nem sequer existem”, in ARAÚJO, Maria Dionysia de, *Vocação de nascituros e concepturos*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Suplemento XIII. Coimbra, 1961. p. 113

pode o intérprete restringir, por efeito da sua interpretação, os direitos atribuídos. No mais, tratar-se-á de respeitar o disposto no artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil, nos termos do qual o intérprete deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

Destarte, a termos que adotar uma posição relativamente à existência ou não de personalidade jurídica dos concepturos, dado que lhes foi consagrada uma capacidade de gozo sobre certos direitos, diríamos que apesar de a lei não reconhecer personalidade de uma forma direta, por via da consumação que subsiste entre os conceitos capacidade e personalidade, estar-lhe-á a atribuir um “quê” de personalidade jurídica.

Não se pode ter capacidade e ser-se desprovido de personalidade. Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE “a capacidade jurídica, enquanto capacidade de gozo de direitos, ou simplesmente de direitos (Rechtsfähigkeit), como hoje costuma dizer-se lá fora, é inerente à personalidade jurídica. São mesmo conceitos idênticos (art. 1.º do Cód. Civ.). Não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário.”¹⁷⁹. “É mister portanto concluir que se há capacidade jurídica é porque existe personalidade jurídica. Personalidade e a capacidade jurídica são independentes de uma concreta situação jurídica. A pode ser capaz do direito de propriedade e, contudo, nunca vir a ser proprietário. Tem a potência (personalidade e capacidade jurídica) para tal, mas isso não garante que receba em ato o que a potência permite”¹⁸⁰.

O que significa dizer que, no caso dos concepturos, assiste-se a um alargamento da teoria da conceção, como se de uma excecionalidade se trate, dado existirem traços de personalidade atribuídos aos concepturos por via da sua capacidade. Ou seja, aos nascituros não concebidos não pode ser reconhecida uma personalidade jurídica plena, mas por via da sua capacidade de gozo sobre certos direitos, adquirem ainda que de uma forma latente, traços de personalidade jurídica, em vias de formação.

No fundo, trata-se de situações excecionais em que aos concepturos foi atribuída capacidade para suceder, e por essa via, igualmente de forma excecional foram-lhe atribuídos certos traços de personalidade jurídica. Aludimos, nesta senda, a um verdadeiro processo aquisitivo de personalidade e capacidade jurídica, de forma escalonado, pois verdadeiramente trata-se de uma aquisição em formação sucessiva que, em bom rigor, apenas se tornará numa aquisição plena com o nascimento completo e com vida do, agora, concepturo.

¹⁷⁹ ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica, I, Sujeitos e objecto*, edição publicada por FERRER CORREIA e RUI DE ALARCÃO, 1960 (reimp. 1992), pp. 30-31.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Diogo Costa, “*Personalidade Vs. Capacidade Jurídica — Um Regresso Ao Monismo Conceptual?*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 75, No. 1, 2015, pp.130-131.

Nestes termos, no caso especial dos concepturos criou-se uma verdadeira exceção ao princípio da existência do chamado que, ausente no momento da abertura da sucessão, é chamado a suceder, ainda que de forma circunscrita à sucessão voluntária, conforme *infra* veremos.

2.1.1. Da capacidade sucessória voluntária

A vocação dos concepturos ou, na expressão da lei, nascituros não concebidos, traduz-se, assim, numa verdadeira *exceptio* ao predicado da existência, dado que o Código Civil admite a sua, ainda que exclusiva, sucessão voluntária através da via testamentária ou contratual, por via do disposto no artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do mencionado diploma legal. A lei enuncia no artigo 2033.º do Código Civil que têm capacidade sucessória todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei. O que significa dizer, por outras palavras, que a lei reconhece capacidade sucessória legal e voluntária aos nascituros, pessoas concebidas no momento de abertura da sucessão, mas já não aos concepturos, nascituros ainda não concebidos ao tempo da abertura da sucessão, a quem apenas reconhece capacidade sucessória voluntária.

Desta forma, os nascituros ainda não concebidos não podem suceder ao *de cuius* por sucessão legal, isto é, por conta da sucessão legitimária e sucessão legítima, motivo pelo qual dir-se-á que, aos concepturos, foi atribuída uma capacidade sucessória restrita. Nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO “o filho sucede se tiver sido contemplado com uma liberalidade testamentária ou contratual, na qualidade de descendente do membro sobrevivente do casal”¹⁸¹.

Além disso, o legislador impôs ainda um critério subjetivo concretizável, no sentido de que os concepturos sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão. Deste modo, ao determinar-se que o progenitor do sucessível terá de ser pessoa certa e determinada, viva no momento da abertura da sucessão do *de cuius*, o legislador impôs três exigências para que a sucessão a favor do concepturo ocorra.

Primo, o estatuto de descendente em primeiro grau, ou seja, os concepturos têm que ser filhos (futuros) de determinada pessoa, deixando de fora os netos ou outros descendentes; *secundo*, o futuro progenitor tem de ser pessoa determinada, para efeitos de individualização do chamado. O que subtrai a exigência ao testador de concretizar o progenitor, com dados e

¹⁸¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, p.205.

elementos suficientes para que o intérprete possa facilmente concluir de quem se trata; *tertio*, o progenitor tem de estar vivo no momento da abertura da sucessão, pelo que não se poderá, por exemplo, realizar deixas testamentárias aos futuros filhos de nascituros *strict sensu*.

A sucessão a favor dos concepturos, que vigora em Portugal desde 1867 no Código de Seabra, representa assim "um tributo ao princípio da liberdade negocial e testamentária e visa satisfazer eventuais motivações do autor da sucessão, no âmbito dos seus poderes de disposição, v.g., o desejo do testador de (...) afastar certas pessoas da sucessão por razões pessoais que não valham para os filhos deles ou de evitar desigualdades entre filhos nascidos e concebidos, por um lado, e concepturos, por outro, quando estes últimos sejam prováveis e o testador pretenda beneficiar todos os filhos de certa pessoa"¹⁸².

A contradita surge, porém, relativamente ao caso concreto do concepturo advindo da técnica de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*. Nestes casos, o concepturo não será apenas futuro filho de uma determinada e viva pessoa, mas sim futuro filho do próprio *de cuius*, *status* esse suficientemente problemático para circunscrevermos, sem mais, o seu nascimento à solução legal plasmada no artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do Código Civil.

Na realidade, quando o legislador estabeleceu a possibilidade de os concepturos poderem suceder ao *de cuius* por via testamentária ou contratual, fê-lo a pensar no declínio ou proibição da figura do fideicomisso, permitindo que o testador pudesse beneficiar os filhos de certas pessoas que quis afastar da sucessão por outras razões. Isto porquanto, nos ordenamentos jurídicos em que é permitida a figura do fideicomisso, é possível ao autor da herança instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião da sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, em favor de *outrem*, que se qualifica de fideicomissário. É o caso em que o *de cuius* pretende que determinados bens do seu património passem, por exemplo, para o seu futuro neto que ainda não nasceu, servindo-se do instituto da substituição fideicomissária. Daí que certos autores como ORLANDO GOMES defendam que, nos ordenamentos em que o fideicomisso é acolhido, a vocação sucessória do concepturo deixa de encontrar respaldo legal justificativo.

Quando o artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do Código Civil, foi reduzido a escrito não era sequer conjeturável pela doutrina ou pela ciência a possibilidade de se gerar um ser humano depois da morte de um dos seus progenitores. As técnicas de PMA *post mortem* estavam longe da criatividade do legislador.

¹⁸² COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-74*, II Parte, Coimbra, 1974, pp.86/87.

Sabemos que a pessoa que vier a nascer ao abrigo desta técnica, mesmo sendo uma prática vedada pela lei, será considerada filha do *de cuius* por força do artigo 23, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Mas, se fica clara a relação de parentesco definida pelo legislador, já tão claro não ficam os efeitos sucessórios, olvidados de regulação.

Parte da doutrina portuguesa tem entendido que o artigo 2033.º estende-se aos casos de PMA homóloga *post mortem* – inseminação artificial póstuma – e, portanto, o filho que nascer após a morte do autor da sucessão apenas terá capacidade sucessória voluntária, ou seja, sucede por deixas testamentárias ou doações mortis causa. É neste sentido que se encontram os autores TIAGO DUARTE, JULIANE FERNANDES QUEIROZ, LUIS A. CARVALHO FERNANDES, CAPELO DE SOUSA e OLIVEIRA ASCENSÃO, ao defenderem que haverá apenas sucessão voluntária.

Mas se para certos autores a aplicação de tal normativo ao caso concreto dos concepturos do próprio autor da sucessão é a solução que melhor se adequa à condição destes, quanto a nós tal aplicabilidade afigura-se num verdadeiro terreno pantanoso, tendo em vista os preceitos constitucionais subjacentes à sua natureza.

No entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO, da interpretação literal da alínea a) do n.º 2 do art. 2033.º do Código Civil não se aferem os casos dos filhos nascidos posteriormente ao falecimento de um dos seus progenitores, em consequência de criopreservação de gâmetas do próprio testador, todavia, o autor entende que tal lacuna deve ser preenchida ao abrigo do método da analogia. Dessa forma, para OLIVEIRA ASCENSÃO, por via da analogia, os concepturos, futuros filhos advindos da Inseminação Artificial Homóloga póstuma, apenas podem suceder pela via testamentária ou contratual, ainda que o *de cuius* seja reconhecido como progenitor do mesmo.

Entendimento com o qual, e com o devido respeito, não podemos corroborar. Se, por um lado, é apodítico que quanto a esta matéria existe uma lacuna na lei, que na altura da sua redação não foi pensada nos avanços da medicina e da ciência, certo para nós também será que não podemos, de forma peremptória, recorrer à analogia para o preenchimento de tal lacuna. Pois tal será subverter o próprio espírito da lei. Apelar à analogia, nestes casos, é criar uma situação de desigualdade tal que, no limite, viola preceitos constitucionais. Interpretar o artigo 2033.º do Código Civil para os casos dos concepturos advindos da técnica de Inseminação Artificial *post mortem* – filhos do *de cuius* – é criar um desrespeito pelo princípio da paridade de tratamento entre filhos, é ver no artigo uma diferenciação na forma de conceção que só criará violações ao princípio da igualdade.

Motivo pelo qual captamos, em nosso último juízo, que jamais se poderá aplicar analogicamente o normativo do artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do Código Civil para, perentoriamente, determinar que os concepturos advindos da técnica de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* apenas podem suceder a título voluntário. Pelo que é nosso entendimento de que poderão os mesmos suceder, quer por via de disposições testamentárias, quer por via legal.

2.2. Princípio da não discriminação entre filhos

Como anteriormente ficou comentado, o legislador português na alínea a), do n.º 2, do artigo 2033.º, do Código Civil veio ratear a sucessão dos concepturos ao âmbito da sucessão voluntária, desde que verificados certos requisitos. E se, como vimos, a maioria da doutrina se mostra concordante com tal opção, algumas minorias vêm refutá-la.

O princípio da não discriminação com base no nascimento resultante da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* não é temática virgem no que às técnicas de PMA diga respeito, querela já amplamente debatida relativamente à técnica de Transferência Embrionária póstuma.

Apesar de não ter sido possível alcançar, à data, uma posição consensual, facto é que alguns autores como JORGE DUARTE PINHEIRO acompanham já no entendimento de que uma negação de direitos sucessórios plenos aos filhos resultantes de uma implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão traduz-se numa interpretação restritiva ilegítima, “só porque nasceu decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai, diante do princípio da não-discriminação com base no nascimento resultante da realização de técnicas de PMA”¹⁸³.

Com efeito, independentemente da forma como o filho foi concebido e sendo-o reconhecido como tal ao abrigo do artigo 23.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, quer seja por ato sexual, quer o seja por técnica de PMA, o mesmo não deixa de sê-lo, pelo que urge conformar a sua situação sucessória.

No externado pensamento de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE a criança que advém depois do falecimento do seu progenitor masculino é uma “situação anómala” no plano do direito das

¹⁸³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2007, pp.217, 218.

sucessões, dado que nestas hipóteses a criança não será considerada herdeira do *de cuius*, uma vez que não estava concebida no momento da abertura da sucessão.

Já para a autora SANDRA MARQUES MAGALHÃES “a restrição dos direitos hereditários dessa pessoa à sucessão testamentária implementa uma intolerável categorização dos filhos, com atribuição de diferentes direitos sucessórios conforme o modo e o tempo em que tenham sido concebidos e tenham nascido, o que parece jamais ter sido a intenção das normas que protegem há tanto tempo os interesses sucessórios dos filhos ainda não nascidos no momento da abertura da sucessão de seu pai”¹⁸⁴.

Se há pouco concordamos que os direitos sucessórios dos concepturos (futuros filhos do falecido) não devem ficar subsumidos ao artigo 2033.º do Código Civil, agora coincidimos, também, na mesma ideia, advogando que as pessoas fruto de inseminação artificial *post mortem* devem suceder a título legal e voluntário, assumindo uma posição semelhante com os restantes herdeiros/irmãos. A justificação, para nós, está na base da essência do filho que nasceu, por simplesmente sê-lo e, por isso, ser merecedor de suceder aos seus direitos sucessórios na sua plenitude. Nas palavras de EVA SÓNIA MOREIRA “todos os filhos têm o mesmo estatuto, tenham nascido dentro ou fora do casamento”¹⁸⁵.

Para conformarmos a vocação sucessória do concepturo premissa soberana a ter em consideração é o próprio superior interesse da criança – conceito chave –, que deve servir de harmonização a todo o elenco sucessório a definir-se, alinhado com os princípios constitucionalmente consagrados.

No fundo, com a extensão do artigo 2033.º, n.º 2, alínea a), do Código Civil aos concepturos que sejam, eles próprios, filhos do autor da sucessão, o que se estabelece é um tratamento diferenciado relativamente ao modo como um dos seus filhos nasceu, o que se traduz num verdadeiro ferir do princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa. Ao estabelecer tal particularização, o legislador veio prejudicar a pessoa por não estar concebida no momento do óbito do autor da sucessão e não ter nascido dentro dos 300 dias subsequentes, ainda que seja, entretanto, reconhecida como filho do mesmo.

Como defende SANDRA MARQUES MAGALHÃES “determinada a filiação relativamente ao *de cuius*, a vocação da pessoa nascida mediante inseminação artificial *post mortem* (...), mesmo que não

¹⁸⁴ MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem*, Coimbra Editora, 2010, p.167.

¹⁸⁵ MOREIRA, Sónia, *Direito à identidade (genética) versus direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no direito português*, in Maria Elizabeth Rocha/Marli M. Moraes da Costa/ Ricardo Hermany (org.), *O alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos*, Santa Cruz do Sul, Edunisc (Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil), 2017, p.430.

derive do art. 2033.º, n.º 1, do Código Civil, decorre diretamente da Constituição da República, nos termos de seu art. 18.º, n.º 1. Trata-se da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados (...)”¹⁸⁶.

É corolário do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado e discriminatório entre filhos, pelo que é exigível um tratamento paritário, independentemente do momento e contexto familiar em que nasçam. Como refere FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ “filhos são filhos, não importa quando e em que contexto familiar tenham nascido”¹⁸⁷. Pelo que se impõe uma idêntica atribuição de direitos, inclusive, aos de natureza sucessória. Ainda nas palavras de FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASGÓ “el principio de igualdad del artículo 14 significa la prohibición constitucional de discriminación por razón, permítaseme, de la forma de fecundación. No puede ser, pues, de mejor trato el fecundado o concebido naturalmente – es decir, mediante relación coital – que el fecundado com ayuda o asistencia de técnicas científicas o clínicas”¹⁸⁸.

Não nos parece concebível esta dissonância que o legislador parece ter previsto ao reconhecer, por um lado, a filiação da criança que vier a nascer a favor do *de cuius*, e por outro, não lhe reconhecer direitos sucessórios plenos enquanto filho. Tratar-se-á, no mais, numa violação do princípio da indivisibilidade do estado de filho por que se rege o sistema sucessório português.

A tutela da filiação sem o respetivo reconhecimento de direitos sucessórios implica uma “evidente incoerência num sistema que rejeita a desigualdade em sede constitucional e proíbe expressamente a discriminação com base «no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA»”¹⁸⁹. Para nós, assumir tal posição é violar as garantias e preceitos constitucionais, não adaptando a normativa jurídica à realidade social. A Constituição da República Portuguesa determina de forma impositiva que está proibida a discriminação entre filhos, pelo que outorga, dessa forma, direitos sucessórios aos filhos nascidos mediante Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*.

Trata-se de um paradigma constitucionalmente muito profundo o de não permitir a sucessão legal dos concepturos porquanto vem trazer à discussão preceitos constitucionais invioláveis, como será o da dignidade da pessoa. Para VERA LÚCIA RAPOSO não permitir a sucessão a favor de concepturos implica uma violação da sua dignidade enquanto pessoa nascida, dignidade essa que

¹⁸⁶ Idem, p.169.

¹⁸⁷ HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “La fecundación artificial «post mortem»”, Revista jurídica de Catalunya, Vol. 86, Número 4, 1987, p.876

¹⁸⁸ GASGÓ, Francisco de Paula Blasco, La ley sobre técnicas de reproducción asistida constitucionalidad y aplicación, in Anuario de derecho civil, Vol. 44, n.º 2, 1991, p. 699.

¹⁸⁹ MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, “Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga *post mortem*”, Coimbra Editora, 2010, p.169.

mais do que princípio constitucional, é fundamento da república portuguesa. E, sendo fundamento, “tem prevalência sobre quaisquer princípios que venham a ser invocados, devendo a legislação amoldar-se a ele, e não o contrário”¹⁹⁰.

Ademais, decorre também da própria Convenção de Oviedo, no seu artigo 11.º, que “é proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu património genético”.

Vinga, entre nós, a posição de MARIA BERENICE DIAS ao entender que “é difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227 §6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 e 1.952), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido ‘post mortem’. É necessário dar ao dispositivo interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução assistida post mortem. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, é descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor”¹⁹¹.

Por tudo o que ficou exposto, somos do entendimento de que, afastar, *ab initio*, a vocação sucessória plena pelo simples facto de a pessoa não existir no momento da abertura da sucessão traduz-se num verdadeiro ato restritivo e discriminatório e, portanto, inconstitucional¹⁹², que cremos não ter sido a *intentio* do legislador aquando da sua redação. Pelo que encontrando-se estabelecida a filiação a favor do filho póstumo, ato concretizável no momento do seu nascimento, o mesmo deve suceder quer a nível legal, quer a nível voluntário.

Totalizando com as palavras de SANDRA MARQUES MAGALHÃES “a segurança do processo sucessório e a designação de sucessores não devem prevalecer sobre os direitos hereditários decorrentes da filiação que vier a ser atribuída”.

¹⁹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo, “Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, in Separata de Lex Medicinæ, Ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, Julho/Dezembro de 2010, p.92.

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual das Sucessões*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 132 e 133.

¹⁹² Vide artigos 36.º n.º 4, artigo 13.º e artigo 18.º, todos da CRP.

2.3. A partilha

2.3.1. Uma herança indivisa *ad eternum*?

Apodítico se torna que a vocação da pessoa nascida mediante Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* só se concretiza no momento do seu nascimento, o que significa dizer que se trata de sucessíveis que não podem, no imediato, suceder. Verifica-se uma verdadeira condição suspensiva, que cessa mediante o seu nascimento. Na esteira de CRISTINA DIAS "apesar de os concepturos não terem personalidade jurídica e de as possibilidades de serem chamados a suceder serem restritas, a sua vocação está dependente da condição do seu nascimento"¹⁹³.

Assim, a vocação sucessória do concepturo verificar-se-á quando este último nascer e for legalmente reconhecido como filho do falecido.

O problema da realização da partilha propriamente dita, no que aos concepturos diga respeito, prende-se, por um lado, com a incerteza quanto ao número de sucessíveis existentes no momento da abertura da sucessão, e por outro, com a falta de uma data previsível de nascimento para finalizar e se fixar o quadro sucessório de forma definitiva¹⁹⁴. Isto porquanto, a conceção pode acontecer anos após abertura da sucessão ou não chegar sequer a acontecer, ao revés do que acontece com os nascituros onde aí já existe uma realidade biológica que permite prever uma data para que se possa finalizar o quadro sucessório.

Assim, no que toca à partilha sucessória, constando um ou vários concepturos no mapa dos sucessíveis e sabendo-se que ninguém é obrigado a permanecer na indivisão, assistindo mesmo aos restantes herdeiros o direito de exigir a partilha, nos termos do artigo 2101.º do Código Civil, impõem-se as seguintes questões: Poderá haver partilha? Se sim, como deverá ser feita?

A resposta tende a ser positiva, pese embora de difícil construção.

De facto, coloca-se uma grande instabilidade no fenómeno sucessório que fica "suspenso", sem qualquer efetivação, porque o *de cuius* deixou o seu material genético crioperservado e a sua companheira pretende usá-lo, mesmo sendo tal comportamento *contra legem*.

Porém, e apesar de contrária à lei, o que é facto é que a realidade vem ditando que cada vez mais o turismo reprodutivo é ficção circundante na nossa *societatis*, e em consequência surgem seres que o ordenamento legal não previa que viessem a surgir, não tendo, por isso, os

¹⁹³ DIAS, Cristina Araújo, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p.110.

¹⁹⁴ No que à Inseminação Artificial Homóloga diz respeito, não parece possível estabelecer-se um prazo para a sua efetivação dado que a mesma é técnica proibida no nosso ordenamento jurídico.

seus direitos e obrigações devidamente regulados. O que motivou a que a doutrina tentasse dar resposta a estas situações imprevisíveis (ou não) e sem qualquer respaldo de licitude, atualmente.

Assim, a doutrina tem-se confrontado com várias propostas para efetuar a partilha, das quais, conforme veremos, não dispomos grande prestimosidade. Dividindo-se entre aqueles que tutelam a não realização da partilha, conservando-se a herança sob administração ou em comunhão temporária obrigatória, e aqueles que admitem a partilha, mediante a realização de uma partilha aproximativa ou de uma partilha sob condição resolutiva.

Em boa verdade, nenhuma solução se mostra perfeita, e pela ilicitude da técnica parece que a perfeição não é arquétipo que a doutrina queira, tão cedo, atingir pois, no mais, estar-se-á a conjeturar sobre uma solução que a lei, à data, não admite.

Porém, e porque perfilhamos da ideia de que a admissibilidade da técnica deve ser ponderada pelo nosso legislador, cumpre infirmar que algumas teorias estão já ultrapassadas e colidem com a celeridade que o processo de partilha deve assumir. Não faz sentido que a herança reste em estado de indefinição só porque o *de cuius* deixou uma amostra do seu sémen criopreservado para fins de PMA e, além disso, não nos podemos esquecer de que tal técnica é inclusive proibida no nosso ordenamento jurídico.

Podemos até mesmo entender que não há cabimento para que o legislador tome providências em virtude de algo que, teoricamente, não pode nem deve acontecer. Mas, a verdade é que o legislador o fez quanto aos efeitos de filiação, porque não se deixou alheio ao que a realidade tem ditado – verdadeiros comportamentos *contra legem*. Não obstante, não quis entrar na “zona cinzenta” dos efeitos sucessórios conferíveis aos concepturos, que nos cumpre descortinar.

2.3.1.1. Comunhão temporária obrigatória e Herança sob administração

Começamos, desde logo, pela teoria da comunhão temporária obrigatória, encabeçada pelo professor Italiano Giuseppe STOLFI¹⁹⁵. Para o autor, era preferível uma comunhão temporária obrigatória entre os herdeiros já existentes até que o concepturo surgisse ou existissem certezas de que o mesmo não iria surgir.

Ora, não é com grande surpresa que vemos que esta teoria foi totalmente rechaçada pela doutrina portuguesa uma vez que a comunhão forçada seria práxis totalmente contrária ao regime

¹⁹⁵ STOLFI, Giuseppe, “*Le successione dei non concepti*”, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno XVI, 1924, pp. 475-476.

sucessório português. A este propósito, preceitua o n.º 1 do art. 2101.º do Código Civil que “qualquer co-herdeiro ou o cônjuge meeiro tem direito de exigir partilha quando lhe aprouver”, para efeitos de fixação dos bens que, em concreto, preencherão a respetiva quota hereditária ou meação. O disposto neste artigo, facultando a qualquer dos co-herdeiros ou ao cônjuge meeiro a possibilidade de requerer a todo o momento (quando lhe aprouver) a partilha da herança, significa que o co-herdeiro não tem apenas o direito de exigir a todo o momento a sua saída da comunhão hereditária mas pode impor a partilha ou a divisão a todos os demais. Segundo ANTUNES VARELA “quer isto dizer que a herança só se manterá indivisa quando, findo o prazo máximo legalmente prescrito para a indivisão e convencionalmente estabelecido por todos os interessados, não surja uma única voz, entre todos os interessados, a requerer a partilha”¹⁹⁶.

Adotando as sábias palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO “a partilha não pode ficar indefinidamente por fazer, nem pode ficar sujeita a ser resolvida sempre que nasça uma pessoa”¹⁹⁷. Motivo pelo qual tal teoria deve ser, *ab initio*, afastada e é, para nós, depreciada.

Já numa teoria mais consolidada, assente na tentativa de colmatar este impasse e indefinição, autores como LUIS A. CARVALHO FERNANDES e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL¹⁹⁸ trazem à colação uma solução atada na herança ou legado sob condição suspensiva. Testando que a realização de qualquer partilha não seria possível, mantendo-se a herança sob administração, com base no artigo 2240.º do Código Civil¹⁹⁹.

Para os autores, a herança deve permanecer indivisa até que haja a certeza de que não surgirão mais sucessíveis, por forma a que as quotas da herança sejam todas determinadas num só momento. Perfilham, no mais, a solução adotada pelo ordenamento jurídico alemão, no parágrafo §2043 do BGB de cuja epígrafe “Aufschub der Auseinandersetzung”, que significa adiamento da discussão. Onde o seu n.º 1 determina que na medida em que as parcelas da herança ainda sejam indefinidas devido ao nascimento previsto de um co-herdeiro, a partilha ficará excluída até que a situação de indefinição seja resolvida – “soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, ist die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen”.

¹⁹⁶ SOUSA, Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 127.

¹⁹⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. IV, Lisboa, AAFDL, 2007, p. 19.

¹⁹⁸ CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, *Direito de Família e das Sucessões*, Vol. II, p.200.

¹⁹⁹ Que determina o seguinte: “Artigo 2240.º (Administração da herança ou legado a favor de nascituro):

1. O disposto nos artigos 2237.º a 2239.º é aplicável à herança deixada a nascituro não concebido, filho de pessoa viva; mas a esta pessoa ou, se ela for incapaz, ao seu representante legal pertence a representação do nascituro em tudo o que não seja inerente à administração da herança ou do legado. 2. Se o herdeiro ou legatário estiver concebido, a administração da herança ou do legado compete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido.”

Assim, na tese da herança sob administração, se as quotas da herança ainda não forem determinadas por faltar o nascimento de um co-herdeiro, a partilha deve ser adiada até que tal indeterminação seja removida. E, para dar resposta a eventuais vicissitudes com tal adiamento, a herança é posta sob administração até que ocorra o nascimento do concepturo ou se comprove a impossibilidade de que tal nascimento possa ter lugar. Na esteira de CASTRO MENDES o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a permanecer na indivisão pode ter, "como todas as regras, exceções legais"²⁰⁰, sendo esta uma delas.

Porém, não dispomos de grande prestimosidade sobre a solução encabeçada por estes autores.

Desde logo, porque todos eles se baseiam na aplicação analógica das normas do Código Civil relativas à administração da herança e suspensão do processo de inventário atinentes ao caso dos nascituros. O que, precocemente, mostra a falibilidade dos seus argumentos, não fossem os concepturos tratar-se de realidade biológico-jurídica distinta dos nascituros, conforme já advogamos.

Não nos parece viável que a herança reste num estado de indivisão apenas porque o *de cuius* deixou parte do seu material genético – i.e, sémen – crioperservado. O facto de existir esperma crioperservado não pode ser motivo suficientemente tirano para que o processo de inventário fique suspenso e num estado de indefinição sem fim à vista.

O sémen, por si só, não pode assumir força suficiente para obstaculizar a realização da partilha. E com isto não queremos dizer que o futuro filho não deve adquirir direitos sucessórios, muito pelo contrário, simplesmente não pode a mera existência de material genético ser motivo bastante para o estancar do processo de partilha. Tal solução seria, no mais, materialmente injusta para os restantes herdeiros que se viam na impossibilidade de fazer valer os seus direitos por uma potencialidade de vida, ainda muito remota.

Seria tomarmos a parte (que ainda não existe e nem sabemos se virá a existir) e comprometermos o todo (restantes herdeiros), que existe e veria, dessa forma, os seus direitos verdadeiramente coartados.

Entendemos não existir previsibilidade suficientemente forte de que um novo herdeiro irá nascer, para suster, sem mais, o processo de partilha da massa hereditária do *de cuius*. Além de que, devem os autores desta tese terem-se olvidado dos próprios prejuízos que tal indivisão poderá acarretar se for prolongada no tempo, quer por decorrência da deterioração natural das coisas,

²⁰⁰MENDES, João de Castro, "Acerca da situação da herança atribuída a nascidos e nascituros", in *Jornal do Foro* n.º 21, 1957, p. 143.

quer por efeitos das flutuações da atividade económica que se assistem. De resto, será dizer: ninguém é obrigado a permanecer num estado de indivisão.

Pelo que, corroborando com os argumentos da autora SANDRA MARQUES MAGALHÃES “a administração provisória prevista no art. 2240.º, n.º 2, do Código Civil, não se aplica ao caso de haver embrião ou sêmen crioperservados provenientes do autor da sucessão, tal como não se procede à suspensão de inventário de que trata o art. 1335.º, n.º 5, do Código de Processo Civil”²⁰¹.

2.3.1.2. Partilha judicial aproximativa

A advogar a tese de uma partilha judicial aproximativa surge LUIS DA CUNHA GONÇALVES²⁰² ao entender que seria exequível proceder à partilha dos bens, ainda que de forma aproximativa, com a realização de um cálculo estimado do número de filhos que pudessem vir a nascer.

Em teoria, a partilha dos bens deveria ser realizada tomando em consideração os herdeiros já existentes e os que provavelmente existirão, “fazendo um juízo de probabilidade e tomando em consideração todas as circunstâncias e elementos de probabilidade, nomeadamente a idade do progenitor, a fim de determinar aproximadamente o número eventual de herdeiros que possam vir a nascer”²⁰³. Concretizado o quinhão hereditário do concepturo, o mesmo era colocado sob administração, nos exatos termos do n.º 1 do artigo 2240.º do Código Civil.

Ou seja, a partilha era feita entre todos os herdeiros, os já existentes à data da abertura da sucessão e os presumíveis, isto é, os nascidos e os por nascer. Contudo, para que fossem colocados na equação os herdeiros não nascidos era necessário que o juiz se servisse de um juízo de probabilidades e prognose, capaz de levar em conta todos os elementos aptos a instruir uma estimativa aproximada da realidade.

Ora, apoiar a realização da partilha, muitas vezes, em juízos arbitrários incapazes de encontrar indícios que permitam equacionar um número verosímil de herdeiros, seria vetar a partilha ao insucesso. Aliás, para ALBERTO DOS REIS é a grande arbitrariedade presente nesta teoria de uma partilha judicial aproximada que faz com que a solução não possa ser adotada no nosso ordenamento jurídico²⁰⁴.

²⁰¹ MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 171.

²⁰² GONÇALVES, Luis da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. IX, Coimbra, Coimbra Editora, 1934, p.710.

²⁰³ SANTOS, Eduardo dos, *Direito das Sucessões*, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2002, p.143.

²⁰⁴ REIS, Alberto dos, *Processos Especiais*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, p. 364.

Parece-nos que toda a consistência da partilha fica à mercê do livre-arbítrio do juiz, o que “comporta um risco insustentável, visto que as possibilidades de variação são extremamente elevadas e imprevisíveis”²⁰⁵. Apoiar a partilha na previsibilidade de filhos que certo indivíduo terá durante a sua vida não parece ser o critério mais profícuo a adotarmos.

2.3.1.3. Partilha sob condição resolutiva

Por último, a teoria defendida por FRANCISCO PEREIRA COELHO, CAPELO DE SOUSA, EDUARDO DOS SANTOS e CRISTINA DIAS, sendo esta também a posição do Instituto dos Registos e Notariado (IRN)²⁰⁶.

A sua teoria baseia-se na partilha da herança sob condição resolutiva de ainda vir a nascer um ou mais herdeiros que poderão reivindicar a sua parte. Ou seja, procede-se à partilha no momento da morte do autor da sucessão, mas essa partilha fica sujeita à condição resolutiva ficando aqueles obrigados a "recomporem sucessivamente o respectivo quinhão aos herdeiros que de futuro forem nascendo"²⁰⁷.

Assim, os herdeiros receberão os respetivos bens, mas “em propriedade resolúvel”²⁰⁸, de modo que, a todo o tempo, os herdeiros que venham a nascer poderão reivindicar a sua parte, “desfazendo-se a partilha feita e procedendo-se a uma nova partilha”. Este é também o entendimento perfilhado por JORGE DUARTE PINHEIRO e CRISTINA DIAS, ao inclinarem-se para uma aplicação analógica do artigo 2029.º, n.º 2, do Código Civil, isto é, que “a quota do herdeiro superveniente será composta em dinheiro”²⁰⁹.

Dito por outras palavras, segundo esta teoria a partilha realiza-se, mas com a condição de serem retroativamente destruídos os seus efeitos se um ou mais herdeiros vierem a nascer.

Na esteira de JOÃO ANTÓNIO LOPES CARDOSO “os herdeiros que existem têm desde logo direito à quota e partilham provisoriamente a herança entre eles, ficando constituídos na obrigação de recomporem sucessivamente a respetiva parte aos herdeiros que forem nascendo”²¹⁰. Ao

²⁰⁵ SOUSA, Maria Beatriz Almeida Correia de, *A Sucessão a Favor do Concepturo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017, p.45.

²⁰⁶ Parecer proferido no proc.º C.N. 35/2012 SJC-CT, disponível em <https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2012/p-cn-35-2012-sic-ct/downloadFile/file/CN35-2012.pdf?nocache=1355309407.69>, p. 4, consultado a 20/05/2021.

²⁰⁷ SANTOS, EDUARDO DOS, *Direito das Sucessões – Lições*, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2002, p.143.

²⁰⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07/02/2012, em sede de processo n.º 358/06.8TBSRE.C2, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 10/09/2021, onde se determina que "o que caracteriza e diferencia o direito de propriedade resolúvel é a sua natureza revogável. Trata-se de um direito sujeito a condição resolutiva, na pendência da qual produz todos os seus efeitos. Caso se verifique a condição, tais efeitos desaparecem como se não se houvessem produzido, porque a mesma opera retroactivamente. Caso não se verifique, o direito consolida-se na sua plenitude".

²⁰⁹ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.110.

²¹⁰ CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, Vol. I, 4ª edição, Almedina, 2000, p.107.

propugnar por esta corrente doutrinária, o autor afirma que “quis o testador que todos os nascituros fossem contemplados à medida que nascessem; e não forçar os já nascidos à divisão enquanto não se verificasse o nascimento de todos os instituídos”²¹¹.

Contudo, FRANCISCO PEREIRA COELHO alerta para a necessidade de a condição resolutive, a que se sujeita a partilha, ser registada como um ónus real, de forma que os concepturos ficassem abrangidos por tutela real, podendo eles reivindicar os bens que lhes pertencem ainda que os bens já se encontrem nas mãos de terceiros, para quem tenham sido transferidos²¹².

Uma querela que foi amplamente debatida pelo IRN em sede da partilha sob condição resolutive, compaginava-se com a possibilidade de a partilha propriamente dita poder ser realizada por via extrajudicial ou se, ao invés, reclamava uma intervenção judicial, com o lançar mão de um processo de inventário, “atentos os interesses (complexos) e ou expectativas envolvidas e a qualidade dos instituídos ou titulares respetivos”²¹³.

Determina o artigo 2102.º, n.º 2, do Código Civil que “procede-se à partilha por inventário: a) Quando não houver acordo de todos os interessados na partilha; b) Quando o Ministério Público entenda que o interesse do incapaz a quem a herança é deferida implica aceitação beneficiária; c) Nos casos em que algum dos herdeiros não possa, por motivo de ausência em parte incerta ou de incapacidade de facto permanente, intervir em partilha realizada por acordo”. Não existindo qualquer menção ao caso especial dos concepturos, a dúvida surge em saber se a proteção dos seus interesses se manteria com a realização de uma partilha extrajudicial.

No entendimento do IRN “é justamente a possibilidade de o interesse do nascituro não concebido se volver em direito de suceder que, a nosso ver, compromete a realização da partilha por via extrajudicial, já que esta via depende do acordo de todos os interessados e, enquanto não houver a certeza acerca do nascimento de novos herdeiros, não se pode dizer que o quadro de interessados considerado no artigo 2102.º do CC está completo ou estabilizado, ou que o consenso aí preconizado se acha alcançado”²¹⁴. Mais tendo concluído pela *tesis* de que “a partilha da herança deixada a nascituros não concebidos antes de haver a certeza de que não nascem mais filhos implica uma ponderação do interesse dos filhos que eventualmente venham a nascer depois da partilha que está para além do regime de representação gizado no artigo 2240.º do CC e que impede o consenso a que se refere o artigo 2102.º do mesmo Código. Donde, não podendo

²¹¹ Idem, p.108

²¹² PEREIRA Coelho, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992, p.200.

²¹³ Parecer proferido pelo IRN, em sede de processo n.º C.N. 35/2012 SJC-CTIRN, homologado pelo Exmo. Senhor Presidente em 29.10.2012, p. 5, consultado a 21/08/2021.

²¹⁴ Ibidem, p. 6.

a partilha fazer-se por via extrajudicial, afastada fica a possibilidade de instauração do procedimento simplificado de partilha da herança a que possam ter direito nascituros não concebidos”²¹⁵.

Em nosso parecer, advogamos do mesmo juízo proferido pelo IRN. A proteção dos interesses do concepturo requerem uma intervenção de um terceiro, capaz de ao abrigo da sua imparcialidade e sentido de equidade, determinar e acautelar os seus direitos, e não relegar tal competência para quem, por norma, se mostra imbuído de uma relação com o concepturo, isento de sentidos neutrais e isonomicos. Ademais, não existe disposição legal que atribua ao futuro progenitor do concepturo uma “extensão de poderes de representação”, isto é, que lhe adjudique o cargo de administrar a herança, “negociando os termos e as condições em que a partilha há de ser feita de modo a salvaguardar a integridade do direito que ao instituído (nascituro não concebido) venha a pertencer”²¹⁶.

Tratam-se, no fundo, de interesses de difícil acautelamento e proteção, que reclamam do direito uma proteção acrescida, baseada nos poderes de cognição do Tribunal.

2.4. Da teoria à realidade: Um verdadeiro ataque à sucessão legítima e legitimária?

Independentemente de todas as teorias de partilha aqui elencadas, certo será afirmar que não faz sentido colocarmos a segurança do processo sucessório em causa enquanto a pessoa não nascer. Não podemos prejudicar o fenómeno sucessório por algo que pode nunca chegar a acontecer, até porque nos termos do artigo 2101.º do Código Civil ninguém é obrigado a permanecer na indivisão, assistindo a qualquer co-herdeiro o direito de exigir a partilha quando assim lhe aprouver.

Mediatamente, entendemos que a solução não pode passar pela administração provisória nem tão pouco pela suspensão do processo de inventário, parece-nos pouco justo que os direitos dos restantes herdeiros fiquem suspensos por uma realidade que ainda não existe, mas que pode vir a existir. Suspender o processo hereditário por realidades hipotéticas, e colocar os restantes sucessores no impasse da atribuição da titularidade dos bens do *de cuius*, a nosso ver, é um juízo muito pouco ponderado.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Ibidem, p. 7.

Assim, sustentamos a opinião de que apenas se e quando a criança nasça, e estabelecida a filiação da mesma a favor do falecido, podemos atribuir efeitos sucessórios e reconhecê-la como sucessível ao *de cuius*. Se a criança vier a nascer e for qualificada como filha do falecido, ela será, contra o disposto do artigo 2033.º do Código Civil, havida como herdeira legal e não apenas como testamentária e/ou contratual²¹⁷.

Caso esteja ainda a decorrer o processo de inventário, servimo-nos do instituto da habilitação de herdeiros para que possa participar na partilha, por meio do artigo 351.º do Código de Processo Civil. Se, ao revés, o processo de inventário estiver terminado e a partilha realizada, servir-nos-emos da petição da herança, prevista no artigo 2075.º do Código Civil, havendo uma satisfação do seu direito.

Esta parece-nos ser a solução mais viável para que a sucessão não se protele de forma indefinida e, ao mesmo tempo, sejam protegidos os direitos dos filhos do autor da sucessão, concebidos por técnicas de PMA.

Porém, cumpre questionar em que termos será satisfeito o direito do filho póstumo que assumirá o *status* de herdeiro legitimário e legítimo.

Conforme tivemos já oportunidade de polir em capítulo anterior, a sucessão legítima “repousa objetivamente, em primeira linha, na ideia de que o património hereditário deve ser herdado pela família do falecido. Numa segunda linha, para evitar hiatos na transmissão dos bens ou que estes caiam no abandono, pela função social da propriedade e pela contribuição da sociedade na formação dos bens de cada um dos seus membros”²¹⁸. A sucessão legítima é, portanto, uma sucessão supletiva, “dado que pode ser afastada quando o autor da sucessão, não tendo herdeiros legitimários, dispõe da totalidade dos seus bens ou, tendo tais herdeiros, dispõe da totalidade da quota disponível”²¹⁹. Trata-se de normas dispositivas, que dizem respeito à quota disponível do autor da sucessão.

Assim, a sucessão legítima é, como já dissemos, a sucessão supletiva, que só existe quando o autor da sucessão, na sua quota disponível, não manifestou a sua vontade, não fez testamento nem doações *mortis causa*. Para tal, o legislador criou um elenco de herdeiros, onde de acordo com o princípio da preferência de classes, tipificado no artigo 2134.º do Código Civil, os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatas.

²¹⁷ A única possibilidade de assim não o ser era se considerássemos apenas efeitos de paternidade e não efeitos patrimoniais – princípio da indivisibilidade do estado de filho.

²¹⁸ PEREIRA Coelho, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992, p. 300.

²¹⁹ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.191.

Nas palavras de CAPELO DE SOUSA “a preferência faz-se com total exclusão das classes seguintes”, o que significa dizer que, por exemplo, os ascendentes apenas serão chamados a suceder caso não existam descendentes, assim como os irmãos apenas serão chamados a suceder caso não existam ascendentes, descendentes ou cônjuge.

Já os herdeiros legitimários²²⁰, como vimos, são aqueles a quem a lei destinou, obrigatoriamente, uma parcela hereditária, da qual o *de cuius* não pode dispor. Entramos no âmbito da convencionada legítima ou quota indisponível, cujas regras são de carácter imperativo no sentido de que não podem ser afastadas por vontade do autor da sucessão.

Estabelecida a distinção, cumpre-nos agora indagar sobre as consequências práticas na partilha da herança deixada pelo autor da sucessão, com o aparecimento, *à posteriori*, de um descendente do *de cuius*, por via da Inseminação Artificial *post mortem*.

Sabemos que na sucessão legítima a medida da legítima varia em função da classe e do tipo e número de herdeiros legitimários²²¹. No caso de concurso do cônjuge com descendentes a legítima é de 2/3 da herança; não existindo cônjuge sobrevivente, a legítima dos descendentes do autor da sucessão será de 1/2 ou 2/3 caso exista um só filho ou existam dois ou mais; e ainda na eventualidade de subsistirem ascendentes e cônjuge, a legítima será de 2/3 da herança.

Já relativamente à sucessão legítima ou supletiva, dispõe o artigo 2139.º, n.º 1, do Código Civil que existindo concurso entre cônjuge e descendentes a partilha faz-se por cabeça, dividindo-se em partes iguais²²²; e caso o autor da sucessão faleça sem descendentes mas com ascendentes, em concurso com o cônjuge sobrevivente, a este último pertencerão 2/3 da herança e aos ascendentes o restante 1/3.

Destarte, lançar-nos-emos agora pelos cenários hipotéticos de difícil resolução, à qual a lei atual não tem, ainda, capacidade de resposta, pelo que se torna manifesto o esforço de empirismo exigível às eventualidades *infra* expostas.

Imagine-se que o autor da sucessão apesar de não ter deixado testamento ou realizado doações *mortis causa*, redigiu a escrito um documento onde prestava o seu consentimento livre e esclarecido para que a sua mulher, com quem era casado, utilizasse o seu esperma criopreservado para efeitos de inseminação, mesmo para depois da sua morte.

Sabemos já, de antemão, que tal documento não assume validade no nosso ordenamento jurídico. Mas, partiremos do pressuposto que, independentemente da sua validade, a cônjuge do

²²⁰ Dispõe o artigo 2157.º do Código Civil que são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

²²¹ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.202.

²²² Mas, a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.

de cuius conseguiu preservar o sémen criopreservado do seu falecido marido para, mais tarde, recorrer à técnica de Inseminação Artificial, dando disso conhecimento a todos os familiares.

Aquando da morte do autor da sucessão, o mesmo deixou sobreviventes o seu cônjuge e um filho, extraconjugal, já maior de idade, que veio exigir a partilha da massa hereditária.

Ora, rapidamente percebemos que o mapa dos sucessíveis se encontra preenchido pela primeira classe de sucessíveis, isto é, cônjuge e descendentes, conforme prevê o artigo 2133.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil. Assim, dúvidas não restam de que, realizando-se a partilha ainda antes de a mulher beneficiária dar início à inseminação, os únicos herdeiros legítimos e legitimários seriam o próprio cônjuge e o filho do autor da sucessão.

Desta feita, e seguindo as disposições legais reguladoras do fenómeno sucessório, a partilha foi realizada, determinando-se a quota indisponível dos herdeiros em 2/3, que se dividiu em partes iguais, e a quota disponível no restante 1/3, igualmente divisível por partes iguais, uma vez que o autor da sucessão não dispôs eficazmente do seu património.

Acontece que, nesse interim surge o nascimento do filho do *de cuius* resultante da técnica de inseminação levada a cabo pelo cônjuge mulher. Criança essa cuja filiação foi estabelecida a favor do *de cuius*, e que reclama, agora, os seus direitos sucessórios.

Neste caso, o filho póstumo concorre à herança com o cônjuge, sua mãe, e o irmão mais velho, pelo que, ao abrigo do artigo 2139.º do Código Civil, a herança terá que dividir-se em tantas partes quantos forem os herdeiros. Assim, os 2/3 respeitantes à quota indisponível devem ser divididos por 3 e não por 2, o que importa uma resolução da partilha anteriormente realizada, para que o sucessível que surgiu posteriormente ao momento da abertura da sucessão não seja prejudicado e discriminado.

É, então, necessário recompor o quinhão hereditário do filho póstumo, advogando alguns autores como JORGE DUARTE PINHEIRO²²³ e CRISTINA DIAS²²⁴ que, para “descomplicação” do processo, a quota do herdeiro superveniente deverá ser composta em dinheiro.

Assim, nestes casos, podemos concluir que apesar do grau de complexidade da partilha resolúvel, por se tratar da mesmíssima classe de sucessíveis os entraves à resolução são menores, exigindo-se apenas que os primeiros sucessíveis cedam agora parte da sua quota ao novo sucessível, de maneira que o mesmo não saia prejudicado apenas porque nasceu meses depois do momento da abertura da sucessão do seu falecido pai. No fundo, não se trata de excluir

²²³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, p.191.

²²⁴ DIAS, Cristina, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, p.202.

nenhum dos sucessíveis, mas sim na inclusão de um novo, em plano de paridade com os demais, que implica uma compressão proporcional do quinhão hereditário de cada um dos sucessíveis.

Porém, a *vexata quaestio* surge relativamente à classe de sucessíveis dos ascendentes. Neste contexto, devemos agora idealizar que no momento da abertura da sucessão o *de cuius* deixou apenas como sucessores o seu cônjuge e os seus ascendentes. Os ascendentes, apesar de conhecerem a vontade do cônjuge do falecido em inseminar o seu material genético, exigem que se realize a partilha dado que estavam a vivenciar momentos económicos muito difíceis. Motivo pelo qual a partilha acabou por ser realizada, distribuindo-se a quota indisponível de 2/3 da herança pelo cônjuge mulher e pelos ascendentes, e por via de dezas testamentárias 1/3 da herança foi atribuído ao irmão do autor da sucessão. Desta feita, os pais do falecido receberam 1/3 da quota indisponível e a sua mulher recebeu os restantes 2/3 da mesma.

Acontece que, anos após a realização da partilha, nasceu o filho do *de cuius* em virtude da Inseminação Artificial realizada pela sua mulher. Ora, sabemos que os efeitos da filiação estão associados a efeitos patrimoniais e por isso caberá ao filho póstumo direitos sucessórios decorrentes da massa hereditária deixada pelo seu falecido pai. Porém, a partilha havia já sido realizada a favor dos seus avós, ascendentes do *de cuius*, e da sua mãe, cônjuge do *de cuius*.

Neste caso, diferentemente do que aconteceu na hipótese anterior, com o nascimento de um filho póstumo surge uma alteração da classe de sucessíveis, que agora deixa de ser entre cônjuge e ascendentes e passa a integrar a primeira classe de sucessíveis, composta pelo cônjuge e descendentes. Ora, em virtude da teoria da partilha resolutive o que deveria acontecer à posição dos ascendentes? Devem ser removidos do mapa de sucessíveis e restituir à herança o quinhão que haviam já recebido? Tudo isto são questões complexas às quais o legislador não previu resposta ou solução adequada. É que, por via do princípio da preferência de classes, tipificado no artigo 2134.º do Código Civil, os ascendentes são agora afastados da herança do falecido.

Como podemos ver, a questão dos direitos sucessórios decorrentes de uma Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* está prenhe de dicotomias, indefinições e inseguranças no tráfego sucessório que, na atualidade, não sabemos como resolver.

Na situação *sub judice*, mesmo que não seja pretensão dos sucessíveis afastar os ascendentes da sucessão, a verdade é que tal seria assumir um comportamento totalmente contrário ao sistema sucessório português.

Os problemas mostram-se demasiado sérios para nos continuarmos a escudar na proibição da técnica uma vez que são cada vez mais conhecidos casos de inseminação bem conseguida, ainda que *contra legem*, que reclamam uma tutela do direito sucessório português.

3. O caminho para uma alteração legislativa congruente

3.1. As propostas de lei apresentadas na Assembleia da República

Consabido se torna que a regulação jurídica da procriação medicamente assistida tem conhecido uma significativa evolução nos últimos anos, sendo várias as diversas modificações a que a Lei n.º 32/2006, de 26 de junho, se comprometeu. De igual forma, no que à matéria da Inseminação Artificial *post mortem* diz respeito, foi a mesma alvo de diversas tentativas de alteração, porém todas elas, fosse na generalidade, fosse na especialidade, rejeitadas²²⁵.

Ainda assim, tal não inibiu que os grupos parlamentares Partido Socialista (PS)²²⁶, Bloco de Esquerda (BE)²²⁷, Pessoas-Animais-Natureza (PAN)²²⁸ e Partido Comunista Português (PCP)²²⁹ tomassem novamente a iniciativa de apresentar à Assembleia da República projetos de lei que propõem a sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, pugnando pelo alargamento das situações de realização de Inseminação Artificial *post mortem*.

Movidos (ou não) pela emotividade que a iniciativa legislativa²³⁰ da cidadã Ângela Ferreira despoletou nos meios de comunicação social, facto é que a 17 de fevereiro de 2020, apresentado na mesa da Assembleia da República o projeto de lei da cidadã, os partidos políticos nunca mais ficaram indiferentes ao tema da proibição da técnica de Inseminação Artificial *post mortem* na lei portuguesa, guerreando, até à data, com o ordenamento jurídico português a fim de lograrem vitoriosos os seus intentos de admissibilidade da técnica.

Todos eles unidos na possibilidade de alargamento do recurso *post mortem* a técnicas de procriação medicamente assistida, cada um apresentou o seu projeto de lei com a respetiva

²²⁵ Para tal, vide Projeto de Lei n.º 137/XII, Projeto de Lei n.º 752/XII e Projeto de Lei n.º 6/XIII.

²²⁶ O Projeto de Lei n.º 223/XIV/1.ª, intitulado “Sétima Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alargando as situações de realização de inseminação *post mortem*”, que deu entrada na mesa da Assembleia da República no passado dia 02 de março de 2020.

²²⁷ O Projeto de Lei n.º 237/XIV/1.ª, que “altera o Regime da Procriação Medicamente Assistida, permitindo a inseminação *post mortem* para realização de um projeto parental claramente estabelecido (sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, que deu entrada na mesa da Assembleia da República no passado dia 06 de março de 2020.

²²⁸ O Projeto de Lei n.º 247/XIV/1.ª, que “garante o acesso à gestação de substituição, procedendo à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)”, que deu entrada na mesa da Assembleia da República no passado dia 06 de março de 2020.

²²⁹ O Projeto de Lei n.º 572/XIV/2.ª, que “determina as circunstâncias em que é permitida a inseminação *post mortem* e altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho relativa à procriação medicamente assistida”, que deu entrada na mesa da Assembleia da República no passado dia 16 de outubro de 2020.

²³⁰ Projeto de Lei n.º 214/XIV na mesa da Assembleia da República a 17 de Fevereiro de 2020.

exposição de motivos, pelejando por um regime mais justo e conforme às finalidades da procriação medicamente assistida, no sentido de permitir o recurso às técnicas de PMA através de Inseminação Artificial póstuma.

O grupo parlamentar PCP reconhece que “[d]o universo cada vez mais alargado de pessoas e situações abrangidas, não se exclui eventuais intervenções legislativas que possibilitem a correção de insuficiências identificadas da lei, como é o caso da possibilidade de recurso *post mortem*, para o entendemos que faz sentido o seu alargamento. Propomos que a lei possa contemplar a possibilidade de inseminação *post mortem*. Pretende-se assim, criar uma solução para os casos em que tendo a mulher iniciado um processo de procriação medicamente assistida, durante a doença do seu marido ou companheiro, e este crio-preservado o seu sémen e com consentimento prévio assinado, não possa dar seguimento ao desejo do casal e a um projeto de vida em comum (...)”²³¹.

A corroborar, o grupo parlamentar Bloco de Esquerda propugna que “subsistem, no entanto, casos a necessitar de intervenção legislativa, como são os casos das mulheres que estão proibidas de inseminação *post mortem* com sémen do marido ou do homem com quem viviam em união de facto, ainda que essa mesma inseminação corresponda a um desejo claramente estabelecido antes do falecimento e que seja crucial para a realização de um projeto parental que resulta da vontade livre, informada e comprovada da mulher e do seu parceiro, entretanto falecido”²³².

Ainda no mesmo sentido, e parafraseando o Partido Socialista, o mesmo conclui na sua exposição de motivos que “manter em vigor a proibição constante da lei não faz atender a nenhum interesse identificável de ordem pública, acabando tão-somente por impedir a concretização de projetos parentais expressamente desejados, precisamente no contexto para o qual as técnicas de procriação medicamente assistida podem oferecer garantias adicionais aos cidadãos (...). As instituições da República devem mostrar-se atentas aos problemas reais, atuais e futuros, que o exercício da função legislativa pode superar (...) [ao] contribuir para estabelecer um regime mais justo e conforme às finalidades da procriação medicamente assistida (...)”²³³.

Todas as motivações subjacentes à apresentação das iniciativas legislativas são congêneres entre si, assumindo como polo aglutinador a ideia de um projeto parental claramente

²³¹ Para tal *vide* Projeto de Lei n.º 572/XIV/2.ª, que “determina as circunstâncias em que é permitida a inseminação *post mortem* e altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho relativa à procriação medicamente assistida”.

²³² Para tal *vide* Projeto de Lei n.º 237/XIV/1.ª, que “altera o Regime da Procriação Medicamente Assistida, permitindo a inseminação *post mortem* para realização de um projeto parental claramente estabelecido (sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”.

²³³ Para tal *vide* Projeto de Lei n.º 223/XIV/1.ª, intitulado “Sétima Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alargando as situações de realização de inseminação *post mortem*”.

estabelecido por escrito antes da morte do pai e um prazo tido como adequado à indispensável ponderação da referida decisão de inseminação, alterando, assim, os artigos 22.º e 23.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de junho.

Apesar de o propósito de admitir a Inseminação Artificial *post mortem* constar de iniciativa legislativa de 4 partidos políticos, o que *per si* é bastante revelador da crescente necessidade de alterar a lei sobre esta matéria, facto é que foram emitidos pareceres, no seguimento dos projetos legislativos, que lançaram o alerta para as reservas que tais projetos lei acarretavam na sua letra. E, pese embora tais pareceres não sejam vinculativos “não é menos verdade que a previsão legal da sua existência (e finalidade) e a autoridade dos seus signatários deveriam ser encarados como algo mais do que um mero pró-forma”²³⁴.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), em sede de parecer n.º 112/CNECV/2020, suscitado por um pedido da Comissão de Saúde da Assembleia da República, apreciou desfavoravelmente os Projetos de Lei n.º 223/XIV e n.º 237/XIV por entender que os argumentos aduzidos nos projetos “não eliminam as reservas de natureza ética mencionadas nos pareceres anteriores do Conselho relativamente à utilização dos gâmetas depois da morte o autor do projeto parental (...)”²³⁵.

Para o CNECV os Projetos de Lei caíram no erro de assemelhar gâmetas e embriões, ao defenderem pela incongruente diferença de regimes, quando existe uma inegável diferença ética e jurídica entre o embrião humano e uma outra qualquer célula humana. Além disso, entendeu o CNECV que os projetos estabeleceram, erradamente, uma equiparação entre o dador de gâmetas e o autor do projeto parental, uma vez que existe uma diferença substancial do ponto de vista ético, assim como do ponto de vista da fundamentação ético-jurídica, existe uma diferença inegável entre um projeto parental iniciado por uma mulher com recurso a dador de sémen e um projeto biparental. Por fim, conclui que a admitir-se a licitude da Inseminação Artificial *post mortem*, a justificação que estaria na base da sua admissibilidade seria a autonomia da mulher que quer ser mãe e em quem irão ser aplicadas as técnicas de PMA. Porém, ainda sob a alçada deste argumento, o mesmo é capaz de encontrar sérias reservas, sejam elas relacionadas com a afetação de tal autonomia pela morte do marido ou companheiro, seja pelo desequilíbrio que possa

²³⁴ Declarações de voto do deputado do grupo parlamentar do Partido Socialista, Filipe Neto Brandão, enviadas à mesa da Assembleia da República para publicação.

²³⁵ Parecer sobre os projetos de lei n.º 223/XIV/1ª “sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alargando as situações de realização de inseminação *post mortem*” e 237/XIV/1ª “altera o regime da procriação medicamente assistida, permitindo a inseminação *post mortem* para realização de projeto parental claramente estabelecido (sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, 17 de Setembro de 2020, Lisboa, disponível em www.cnecv.pt, consultado a 05/05/2020.

existir entre a ponderação da autonomia da mãe com o superior interesse da criança que vier a nascer.

Mas, se as reservas apresentadas pelo CNECV já estremeciam o espírito da letra dos Projetos Lei apresentados pelo Partido Socialista e Bloco de Esquerda, eis que a confiança sob os mesmos quedou mais ameaçada com a emissão de parecer do Centro Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) a 18 de outubro de 2020.

Solicitado pela Comissão Parlamentar de Saúde, o CNPMA emitiu o seu parecer relativamente aos três Projetos de Lei inicialmente apresentados à Assembleia da República (Projeto de Lei n.º 223/XIV, Projeto de Lei n.º 237/XIV e Projeto de Lei n.º 214/XIV) que alteram o regime da PMA, permitindo a Inseminação *post mortem* para realização de um projeto parental claramente estabelecido.

No seu parecer, em muito também apoiado nas premissas elencadas no parecer n.º 112 do CNECV, o CNPMA alerta, desde logo, para a necessidade de ser integralmente respeitada a dignidade de todos os intervenientes da técnica de Inseminação Artificial póstuma. O que faz incluir, impreterivelmente, a dignidade da criança que advier da técnica, interesse que deve ser “primacialmente tido em conta em que todas as decisões relativas a crianças tomadas por órgãos legislativos”²³⁶.

Mais, entendeu o Centro Nacional de Procriação Medicamente Assistida que em termos de técnica legislativa “se afigura conveniente a criação de duas disposições autónomas na Lei n.º 32/2006, uma relativa à transferência post mortem de embrião e outra à utilização post mortem de espermatozoides criopreservados para a realização de inseminação artificial”.

Atenta a seriedade das consequências da prática de Inseminação Artificial *post mortem*, a ser a mesma admissível no nosso ordenamento jurídico, o CNPMA entende que o consentimento do falecido deverá ser sério, livre e esclarecido, precedido de um período mínimo necessário de reflexão e feito através de documento autêntico ou autenticado. Assim como deve ser imposta uma válvula de segurança que estabeleça limites à utilização do material genético do falecido, considerando como prazo limite adequado três anos para concretização do projeto parental.

Por fim, o CNPMA considera que “em obediência ao princípio geral da não retroatividade da lei geral e abstrata” as alterações previstas nos Projetos de Lei apreciados apenas poderão produzir efeitos para o futuro, ou seja, *ex nunc*.

²³⁶ Parecer sobre os Projetos de Lei n.º 214/XIV/1.º (Cidadãos), n.º 223/XIV/1.º (PS) e n.º 237/XIV/1.º, que propõem a alteração da redação dos artigos 22.º (“Inseminação post mortem”) e 23.º (“Paternidade”) da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização das técnicas de PMA, 18 de Outubro de 2020, Lisboa, disponível em www.cnpma.org.pt, consultado a 05/05/2020.

Todavia, apesar de oferecer no seu parecer sugestões corretivas aos Projetos de Lei apresentados, o CNPMA manifestou a sua “séria preocupação e reservas perante os possíveis efeitos decorrentes de uma alteração legislativa no sentido proposto e salienta a importância de se proceder, com brevidade, a uma avaliação ético-jurídica global da legislação vigente em matéria de PMA”²³⁷.

Como vimos, o histórico desta matéria não é de hoje. A procriação medicamente assistida necessita de ser aprofundada na lei em vigor, promovendo a sua alteração por forma a que não mais subsistam situações materialmente injustas para os cidadãos e respetivos beneficiários das técnicas de PMA. Verdadeiramente, aquilo que temos é uma opção, infelizmente, arbitrária da lei, que determina que, pelo facto de o procedimento de inseminação não estar ainda numa determinada fase do seu desenvolvimento, não é possível o recurso a estas técnicas de PMA, e isto mesmo quando existe um projeto parental comum, mesmo quando existe um projeto claramente consentido por ambas as partes.

Todavia, o debate não se mostra de simples resolução, exigindo um acautelar de questões éticas e jurídicas melindráveis que, na esteira do Deputado do Partido Socialista PEDRO DELGADO ALVES, necessitam de excepcional labor em sede de especialidade, designadamente, a forma como o consentimento é prestado, o prazo para a tomada de decisão, prazo máximo para a realização da inseminação, o número de vezes possível para recorrer ao material genético e ainda a posição no plano sucessório do concepturo. O que, tomando por base o Decreto n.º 128/XIV, parece não ter acontecido, conforme *infra* pretendemos demonstrar.

²³⁷ Idem.

3.2.O Decreto da Assembleia da República n.º 128/XIV

Aprovado em votação final global a 25 de março de 2021²³⁸, o Decreto n.º 128/XIV surge com o culminar das iniciativas parlamentares encabeçada pelos Partidos políticos PS²³⁹, BE²⁴⁰, PCP²⁴¹, juntamente com uma iniciativa legislativa cidadã²⁴².

Apresentado à mesa da Assembleia da República a 31 de março de 2021, o objeto do presente Decreto primava pelo recurso, e consequentemente alargamento, à Procriação Medicamente Assistida (PMA) através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos.

Surgiu, como vimos, para combater uma situação de discriminação ou iniquidade, que nas palavras da Deputada do PAN, BEBIANA CUNHA, “é legítimo o sentimento de injustiça que a primeira petionária sente que, podendo recorrer à PMA para ter um filho, o pode fazer através de outro dador, mas que já não tem esse direito quando o dador é alguém com quem viveu e estabeleceu uma relação de afeto e que deixou essa vontade expressa”²⁴³.

3.2.1 – As alterações ao artigo 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Da proposta de alteração do artigo 22.º da Lei da PMA, é desde logo, possível extrair do projeto²⁴⁴ que se tornará lícita a inseminação artificial póstuma (com sémen do marido ou unido de facto entretanto falecido), desde que a prática de tal técnica surja no sentido de concretizar um prévio projeto parental, devidamente estabelecido e esclarecido, e decorrido que esteja o “prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão” de inseminar.

²³⁸ Com votos a favor de PS, BE, PCP, PAN, PEV e Iniciativa Liberal (IL) e das deputadas não inscritas Joacine Katar Moreira e Cristina Rodrigues, e votos contra de PSD, CDS-PP e Chega e a abstenção de cinco deputados socialistas, a conhecer Eurídice Pereira, Bruno Aragão, Filipe Neto Brandão, Porfírio Silva e Fernando Anastácio.

²³⁹ Projeto de Lei n.º 223/XIV/1.º.

²⁴⁰ Projeto de Lei n.º 237/XIV/1.º.

²⁴¹ Projeto de Lei n.º 572/XIV/2.º.

²⁴² Projeto de Lei n.º 214/XIV/1.º.

²⁴³ Em sede de discussão conjunta, na generalidade, dos Projetos de Lei n.º 214/XIV/1.º (Cidadãos) –Procriação medicamente assistida *post mortem*, 71/XIV/1.º (BE) –Alteração ao regime jurídico da gestação de substituição (Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), 223/XIV/1.º (PS) –Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alargando as situações de realização de inseminação *post mortem*, 231/XIV/1.º (CDS-PP) –Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, aumentando de três para cinco ciclos de tratamentos de segunda linha de procriação medicamente assistida participados pelo Serviço Nacional de Saúde, 237/XIV/1.º (BE) –Altera o Regime da Procriação Medicamente Assistida, permitindo a inseminação *post mortem* para realização de projeto parental claramente estabelecido (Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), 247/XIV/1.º (PAN) –Garante o acesso à gestação de substituição, procedendo à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida) e 572/XIV/2.º (PCP) –Determina as circunstâncias em que é permitida a inseminação *post mortem* e altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, relativa à procriação medicamente assistida.

²⁴⁴ “1 – De forma a concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão, é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto:

a) Proceder à transferência *post mortem* de embrião;
b) Realizar uma inseminação com sémen da pessoa falecida.”

Ora, logo antecipadamente se esquadrinha sobre a utilização de conceitos indeterminados como “projeto parental claramente estabelecido e consentido” ou “o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”. Nestes casos, em que o conteúdo não é de antemão determinado pelo legislador, deixa-se uma margem de imprecisão tal que, necessariamente, cumprirá ao intérprete concretizar, pelo que a própria segurança jurídica queda sob ameaça, e as soluções materialmente injustas que se pretendiam combater não são, assim, contornadas.

Porém, sempre se diga que, a respeito do projeto parental consentido, o mesmo foi alvo de melhor escrutínio com o previsto aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, pela introdução do artigo 22.º - A, de cuja epígrafe “Requisitos do consentimento para a inseminação *post mortem*”, que nos ocuparemos mais à frente.

Já relativamente ao prazo para a mulher decidir utilizar o material genético do seu companheiro, o projeto decretado, ainda que servindo-se de critérios indefinidos, acabou por conseguir balizar o lapso temporal decisório da mulher.

Isto porque, se atentarmos no n.º 4 do referido artigo 22.º o mesmo determina que o prazo referido no n.º 1, ou seja, para decidir realizar ou não o processo de inseminação, não deve ser inferior a 6 meses. E, por outro lado, na proposta de alteração do artigo 22.º, o próprio n.º 5 determina que o processo de inseminação deve iniciar-se no prazo máximo de 3 anos contados a partir da morte do companheiro. O que significa dizer que, sobre este conceito indeterminado tipificado na letra do artigo 22.º, sempre existe uma válvula de segurança que vem delimitar a tomada de decisão do cônjuge ou unida de facto em prazo nunca superior a 3 anos, e nunca inferior a 6 meses.

De seguida, e prosseguindo na análise do artigo 22.º do Decreto n.º 128/XIV, determina igualmente o seu n.º 5 que o número máximo de tentativas de inseminação deverá ser igual ao estabelecido para os centros públicos de procriação medicamente assistida, o que significa dizer que o número máximo de tentativas permitido para a Inseminação Artificial *post mortem* será 3 tentativas²⁴⁵.

É aqui que nos surgem mais dúvidas e inseguranças. Pois se a mulher pode tentar 3 ciclos de Inseminação Artificial, tal poderá significar um protelar no tempo bem superior aos 3 anos idilicamente previstos, e sem limite pré-determinado.

²⁴⁵ Informação recolhida pelo Centro Nacional de Procriação Medicamente Assistida, disponível em www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/faqs.aspx, consultada a 22/08/2021.

Vejamos que se a mesma começar o processo de Inseminação Artificial no limite da dilação temporal (passados quase 3 anos sobre a morte do seu companheiro), e daí não resultar a gravidez, a mesma poderá, ainda assim, por mais 2 vezes, tentar a inseminação, o que se traduz, quanto a nós, num postergar da situação, muito provavelmente, olvidado pelo legislador quando decidiu determinar o prazo máximo de 3 anos.

Têm os estudos medicinais atestado que após a aplicação de uma técnica de PMA, a paciente deve aguardar para a repetição da mesma, aproximadamente, dois ciclos naturais de ovulação, de modo que os ovários retornem ao padrão de nível hormonal e tamanho normal para iniciar um novo ciclo de estimulação ovariana²⁴⁶. Ora, se por cada inseminação “falhada” a cônjuge tenha de aguardar, pelo menos, 2 meses para iniciar novo ciclo de inseminação, tal significa que a mesma poderá tentar engravidar do seu companheiro, entretanto falecido, não em apenas 3 anos mas sim em, por defeito, pelo menos, 3 anos e 6 meses.

De modo que o travão estipulado pelo legislador, da forma como se encontra tipificado, não veio surtir os efeitos desejados. Quanto a nós, faria mais sentido colocar-se esse travão dos 3 anos já com as 3 tentativas de inseminação computadas nesse lapso temporal, pois só assim se logrará atingir uma situação não proteladora e prejudicial aos restantes familiares do falecido.

Por fim, determina ainda o artigo 22.º, no seu n.º 6, que a inseminação artificial só pode ocorrer para a concretização de uma única gravidez da qual resulte nascimento completo e com vida. Assim sendo, após o nascimento completo e com vida da criança, todo o material genético do falecido, entretanto criopreservado, deverá ser destruído ou doado, caso o mesmo nesta última hipótese tenha consentido.

Uma nova introdução ao artigo 22.º da Lei da PMA diz respeito ao “acompanhamento psicológico no quadro da tomada de decisão de realização de uma inseminação *post mortem*, bem como durante e após o respetivo procedimento”, previsto no seu n.º 7. Inovação, a nosso ver, acertadamente adotada, porém de pobre concretização. Ficou, ainda, por definir os moldes de tal acompanhamento, a forma como será assegurada, quais as entidades responsáveis.

²⁴⁶ Parecer emitido pela clínica Neo Vita, especializada em Reprodução Humana Assistida, disponível em www.neovita.med.br.

3.2.2 – Do Consentimento previsto no artigo 22.º - A da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

No Decreto n.º 128/XIV previu-se o aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho com o artigo 22.º-A, de cuja epígrafe “Requisitos do consentimento para a inseminação *post mortem*”. Na sua redação está grafado no seu n.º 1 que “o consentimento para a inseminação *post mortem* referido no n.º 1 do artigo 22.º deve ser reduzido a escrito, após prestação de informação ao dador quanto às suas consequências jurídicas”, assim como, no seu n.º 2 que “o consentimento referido no número anterior pode constar do documento em que é prestado o consentimento informado previsto na presente lei, desde que conste de cláusula autónoma”.

Daqui podemos retirar que o único requisito obrigatório para que o consentimento prestado para efeitos de Inseminação Artificial póstuma seja válido passa pela sua redução a escrito. Uma singularidade de critério, a nosso ver, desprezível, que de *per si* não assume força e relevância jurídica suficientemente fortes para fazer jus ao quadro jurídico que permitirá criar no nosso ordenamento.

Ademais, ao permitir que tal consentimento seja prestado em sede do consentimento informado prestado para utilização das técnicas de PMA, ainda que de cláusula autónoma conste, parece-nos um “vulgarizar” da técnica *post mortem* e dos seus efeitos decorrentes, que poderá rapidamente ser difundida no nosso ordenamento pelo “x” adicional no formulário previsto pelos Centros de PMA.

O consentimento, enquanto critério preponderante no sentido da admissibilidade das técnicas de PMA *post mortem*, deve mostrar-se atual, livre e esclarecido de forma que traduza uma manifestação de vontade inequívoca decorrente da declaração prestada pelos beneficiários. Ora, a segurança jurídica de tal consentimento apenas será possível alcançar com base em documentos investidos de força probatória plena, é o caso dos documentos autênticos, como a escritura pública, e os documentos autenticados que beneficiam de uma presunção de veracidade. Só assim cremos ser possível atingir fiabilidade bastante ao documento que legitima a utilização do material genético do falecido para efeitos de inseminação da sua companheira, atribuindo-se uma autenticidade à declaração escrita que formaliza o projeto parental.

A este respeito, importante será também dizer que o CNPMA perfilhou da mesmíssima opinião em sede do parecer por si emanado a 18 de outubro de 2020, ao alertar para a necessidade de “se consagrar quais os requisitos de forma a que obedecerá o consentimento do beneficiário cujos espermatozoides venham a ser utilizados após a sua morte, para fins de concretização do seu projeto parental previamente definido”. Concluindo depois que “essa

prestação de consentimento sério, livre e esclarecido, deverá ser precedida de um período mínimo necessário de reflexão do beneficiário e feita através de um documento autêntico ou autenticado”²⁴⁷.

Evidente fica que o legislador se olvidou das recomendações redigidas no parecer do CNPMA, dado que não só não implementou na sua proposta legislativa um prazo necessário para a tomada de decisão do companheiro ou marido beneficiário, assim como não veio a estipular qualquer requisito de forma para o consentimento para lá da sua redação a escrito.

Dada a seriedade das possíveis repercussões deste consentimento, somos do entendimento que o artigo 22.º – A, na redação apresentada, não soube acautelar devidamente os interesses dos beneficiários e, impreterivelmente, da criança que possa vir a nascer.

3.2.3– Da paternidade e efeitos sucessórios previstos no artigo 23.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Em consonância com o que já prevê o n.º 1 do artigo 23.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, prediz o decreto que “se, em virtude da inseminação realizada nos termos previstos nos artigos anteriores, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido”.

Porém, aquilo que nos causou grande perturbação, pelo antagonismo que implica, foi o que está previsto ser estabelecido no n.º 3 do referido artigo 23.º da Lei da PMA. Ora, do projeto é possível ler-se que a redação do n.º 3 será a mesma do anterior n.º 2, que determina que: “cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil”. Nestes termos, quis o legislador determinar que a filiação da criança que sobrevier deve ser estabelecida, não em relação ao seu pai biológico, mas sim em relação ao novo companheiro da sua mãe. Situação com a qual não podemos compagnar.

Parece paradoxal que, tendo havido um projeto parental claramente estabelecido com o pai da criança, para o qual este prestou o seu consentimento livre e esclarecido em ter um filho e

²⁴⁷ Parecer sobre os Projetos de Lei n.º 214/XIV/1.ª (Cidadãos), n.º 223/XIV/1.ª (PS) e n.º 237/XIV/1.ª, que propõem a alteração da redação dos artigos 22.º (“Inseminação post mortem”) e 23.º (“Paternidade”) da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização das técnicas de PMA, Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, 18 de Outubro de 2020, Lisboa, disponível em www.cnpma.org.pt, p. 3, consultado a 05/05/2020.

ser reconhecido como tal, ainda que em momento posterior à sua morte, não seja agora a criança reconhecida como seu filho só porque a mãe decidiu dar início a um novo projeto de vida.

Tal será, no limite, esvaziar todo o contexto e conteúdo pelo qual se pretende legalizar a Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*. Será desvalorar, por completo, o consentimento prestado pelo falecido. Até porquanto, se existe um novo casamento ou união de facto existirá, certamente, um novo projeto de vida da mulher, com o qual não se pode coadunar com o projeto parental anteriormente estabelecido com o seu último companheiro. Parecem-nos dois projetos incompatíveis entre si, pelo que independentemente de a mãe ter um novo companheiro, a criança sempre deverá ser havida como filha do falecido companheiro, pai biológico que consentiu na sua filiação.

Este foi também o entendimento do partido político CDS-PP que, em sede das suas declarações de voto enviadas à mesa da Assembleia da República para publicação, relativas ao texto final do Decreto, evidenciou que “permitir que nessa nova relação, mesmo que com o consentimento do atual marido ou companheiro, se venha a gerar um filho da mulher com o falecido marido levanta-nos as maiores reservas, nomeadamente no que ao superior interesse dessa criança diz respeito”²⁴⁸.

No fundo, estabelecer-se a filiação da criança que vier a nascer a favor do novo companheiro da mãe, parece-nos do ponto de vista ético altamente reprovável, em verdadeiro desrespeito pela vontade do falecido marido ou unido de facto da mulher que pretendeu ser inseminada. O interesse da criança que vai nascer deve ser valorizado acima de todos os interesses envolvidos, em consonância, aliás, com todo o ordenamento legal português que subordina quaisquer interesses ao princípio do superior interesse da criança.

É, concluindo, uma tentativa infeliz de conjugar interesses completamente difusos e contraditórios entre si, já que se parte do pressuposto da existência de um projeto parental claramente estabelecido entre o casal para permitir a prática de uma inseminação ainda que póstuma, para depois, deixar cair por terra o projeto parental concretizado, imbuído num espírito de amor e bem-querer eternizável, para filiar a criança a favor de um terceiro que, entretanto, surgiu na vida da mulher. Parece-nos que o legislador, aquando da redação deste artigo 23.º, se esqueceu por completo do motivo que subjaz à admissibilidade da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*, algo que se torna, como vimos, demasiado perigoso e ameaçador da nossa ordem jurídica.

²⁴⁸ Declarações de voto do deputado do grupo parlamentar do CDS-PP, enviadas à mesa da Assembleia da República para publicação.

Mas, eis que a fantasia legislativa não se quedou por aqui. Numa clara tentativa (malograda) de regular os efeitos sucessórios advindos da técnica de Inseminação Artificial Homóloga póstuma, foi inesperadamente aprovado em sede de votação final global que “a herança do progenitor falecido mantém-se indivisa durante o prazo de três anos após a sua morte, que é prorrogado: a) Caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do n.º 5 do artigo 22.º; e b) Até ao nascimento completo e com vida do nascituro.” Mais tendo ficado determinado, no n.º 6 da proposta de artigo 23.º que “a herança é posta em administração, nos termos da legislação aplicável”.

Ora, apesar de o projeto de decreto vir dar cumprimento à recomendação emanada pelo CNPMA²⁴⁹, que considerou o prazo de três anos a ser adotado no âmbito da concretização *post mortem* de um projeto parental, “essencial para que se pudesse concluir a sucessão”, aberta por morte do *de cuius*, não podemos apoiar na mesma decisão.

Em boa verdade, surgem-nos demasiadas reservas quanto à opção legislativa tomada de impedir a realização da partilha por parte dos restantes herdeiros em prazo nunca inferior a três anos.

Desde logo, a mesma surge em clara violação do artigo 2101.º do Código Civil, que dá a possibilidade aos herdeiros de, a qualquer momento, exigirem a partilha de modo que fiquem definidos os bens que integram a quota hereditária que lhes cabe. A comunhão forçada seria práxis totalmente contrária ao regime sucessório português.

Tal entendimento veio a ser corroborado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, Professor Doutor MARCELO REBELO DE SOUSA que, em sede do seu veto presidencial ao Decreto n.º 128/XIV, motivou que “a questão da inseminação *post mortem*, suscita, no entanto, questões no plano do direito sucessório que o Decreto não prevê, uma vez que não é acompanhada da revisão, nem assegurada a sua articulação, com as disposições aplicáveis em sede do Código Civil, o que pode gerar incerteza jurídica, indesejável em matéria tão sensível”²⁵⁰.

E tal, diga-se, é um direito que assiste a cada herdeiro, e não um simples desejo ou impulso tutelável. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA “(...) qualquer dos co-herdeiros ou o

²⁴⁹ Parecer sobre os Projetos de Lei n.º 214/XIV/1.ª (Cidadãos), n.º 223/XIV/1.ª (PS) e n.º 237/XIV/1.ª, que propõem a alteração da redação dos artigos 22.º (“Inseminação post mortem”) e 23.º (“Paternidade”) da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização das técnicas de PMA, Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, 18 de Outubro de 2020, Lisboa, disponível em www.cnpma.org.pt, p. 3, consultado a 05/05/2020.

²⁵⁰ Mensagem do Presidente da República sobre a devolução, sem promulgação, do Decreto, 22 de abril de 2021, disponível em www.parlamento.pt, consultado a 28/04/2021.

próprio cônjuge meeiro pode impor a partilha ou a divisão a todos os demais, mesmo que eles constituam maioria”²⁵¹.

Estamos a aplicar uma *compressio* sob os direitos dos herdeiros demasiado excessiva, que encontra o seu fundamento legal apenas na existência de material genético do autor da sucessão criopreservado e uma vontade por si decretada na sua utilização *post mortem*. Obstar a partilha da massa hereditária com base na eventualidade de vir, no melhor dos cenários, 1 ano e três meses depois, a nascer um filho do *de cuius*, parece-nos uma compressão ao direito de exigir a partilha não tolerável.

Não faz sentido colocarmos a segurança do processo sucessório em causa enquanto a criança não nascer, tal colide, aliás, com a celeridade que o processo de partilha deve assumir. Não podemos prejudicar o fenómeno sucessório por algo que pode nunca chegar a acontecer, e não sendo ninguém obrigado a permanecer na indivisão, assiste a qualquer co-herdeiro o direito de exigir a partilha quando assim lhe aprouver.

Mediatamente entendemos também que o prazo de três anos estabelecido pelo legislador foi uma tentativa de, como diz a expressão popular, “tapar o sol com a peneira”, relegando as responsabilidades sucessórias para um terceiro momento, inibindo-se, desta forma, de dar no presente uma solução sucessória mais eficaz, cabalmente defensora dos direitos hereditários.

Permitir a prorrogação dos três anos por, pelo menos, 6 meses (no caso de a mulher ou companheira beneficiária realizar as três tentativas de inseminação) acrescidos dos 9 meses de gestação, significa manter a herança indivisa não por 3 anos como pretende a letra da lei mas sim por 4 anos e 3 meses, isto no cenário mais idílico da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*, que, como sabemos, estará longe de acontecer dado o envolvimento de emoções do momento.

Concluindo, parece-nos pouco justo que os direitos dos restantes herdeiros fiquem suspensos por uma realidade que ainda não existe, mas que pode vir a existir. Suspender o processo hereditário por realidades hipotéticas, durante tanto tempo, e colocar os restantes sucessores no impasse da atribuição da titularidade dos bens do *de cuius*, a nosso ver, é um juízo muito pouco ponderado, que não pode encontrar consagração legal no nosso ordenamento jurídico.

Por todo o exposto, somos do entendimento de que a partilha pode ser realizada a pedido de qualquer interessado direto na mesma, operando a teoria da partilha sob a condição resolutiva, nos termos que melhor explanaremos em sede do subcapítulo 3.3.

²⁵¹ LIMA, Pires De, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado VI*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, nota 4, p.165.

3.2.4– O regime transitório previsto no Decreto da Assembleia da República n.º 128/XIV

A *aberratio* legislativa surge, quanto a nós, no artigo 4.º do referido Decreto n.º 128/XIV ao prever a possibilidade de inseminação *post mortem* com sêmen do marido ou do unido de facto “aos casos em que, antes da entrada em vigor da presente lei, se verificou a existência de um projeto parental claramente consentido e estabelecido”.

O alcance da retroatividade mais não é do que permitir que determinados textos legais venham a produzir efeitos sob certos atos que ocorreram em momento anterior à sua vigência. E, justamente por aportar uma possível alteração de acontecimentos ou efeitos pretéritos à sua implementação, a mesma é tida como verdadeira exceção no nosso sistema jurídico, vigorando o princípio da não retroatividade da lei – artigo 12.º do Código Civil. Isto é, a lei apenas estipula para o futuro, a menos que o legislador lhe atribua eficácia retroativa sendo que, mesmo nesta última situação, se presumem ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular²⁵².

O regime da irretroatividade da lei surge no decorrer do princípio da segurança jurídica, enquanto princípio norteador de todo o sistema jurídico, que garante a estabilidade de todas as relações que derivem de seus elementos e, por conseguinte, a manutenção do próprio sistema. Nas palavras de GOMES CANOTILHO, os princípios de segurança jurídica e da proteção de confiança apontam para a proibição de leis retroativas.

Desta feita, não se compreende o regime transitório previsto no projeto de decreto trazido à mesa da Assembleia da República, que surge como verdadeiro abale da segurança jurídica por que pugne o nosso ordenamento.

Permitir que todas as mulheres beneficiárias, protagonistas de um projeto parental claramente estabelecido e anterior à entrada em vigor da lei, possam agora servir-se da técnica de inseminação *post mortem* é um verdadeiro atentado às garantias constitucionalmente previstas. Relegando, uma vez mais, a importância do consentimento prestado pelo companheiro para segundo plano, dado que nestes casos, não será possível assegurar-se que o consentimento destes foi prestado de uma forma livre, esclarecida e informada.

E, maior teratismo ainda será aplicarem-se os efeitos sucessórios tipificados nestes casos, conforme articulou o Exmo. Sr. Presidente da República, Professor Doutor MARCELO REBELO DE

²⁵² Como refere MARCELO CAETANO, é um princípio geral de direito - válido, por conseguinte no direito público e privado - que a lei não tem efeito retroativo, salvo quando seja de natureza interpretativa.

SOUSA “o Decreto estabelece uma norma transitória, que determina que a possibilidade de inseminação post mortem com sêmen do marido ou do unido de facto é aplicável aos casos em que, antes da entrada em vigor da lei, se verificou a existência de um projeto parental claramente consentido e estabelecido, sem que, para garantia da segurança jurídica, se assegure que foi livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, sem violação das disposições legais atualmente em vigor, e que o apuramento da existência desse projeto parental claramente consentido e estabelecido inclui a vontade inequívoca de abranger os seus efeitos sucessórios”²⁵³.

Enfim, parece-nos que tal tipificação surgiu apenas com o intuito de dar resposta e acima de tudo esperança à iniciativa cidadã movida pela 1ª subscritora Ângela Ferreira, impelidos pela solidariedade e emotividade que a sua história reúne. Porém, encontrando-se o legislador perante iniciativa legislativa tão melindrosa quanto esta, não podia o mesmo pugnar pela retroatividade da lei apenas porque a comunidade, em geral, se mostrou sensibilizada e condescende com o caso concreto da subscritora. Tal seria uma verdadeira sinédoque, em que se tomaria a parte pelo todo.

Uma vez mais, a proposta legislativa desviou-se do parecer emitido pelo CNPMA que considerou “em obediência ao princípio geral da não retroatividade da lei geral e abstrata, as possíveis alterações introduzidas por esta sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, apenas produzam efeitos para o futuro, ou seja, em data posterior à entrada em vigor do diploma que as aprove”.

3.3. A admissibilidade da Inseminação Homóloga *post mortem* : Cenário jurídico internacional

Alguns ordenamentos jurídicos têm remado no sentido de virem a contribuir com uma solução legalmente justa face aos problemas impostos pela Inseminação Artificial póstuma. E, se para uns a solução justa se cruza com a proibição da técnica, para outros, que adotam um modelo mais liberal de regulação, a solução desagua na admissibilidade da mesma. Nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, a resolução dada às questões jurídicas suscitada pela PMA divide o cenário jurídico internacional em dois modelos: o modelo restritivo de regulação e o modelo liberal de regulação²⁵⁴.

²⁵³ Mensagem do Presidente da República sobre a devolução, sem promulgação, do Decreto, 22 de abril de 2021, disponível em www.parlamento.pt, consultado a 28/04/2021.

²⁵⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade – O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, p.318.

Ao pugnarmos, como até aqui pugnamos, pela admissibilidade da técnica no nosso ordenamento jurídico, cumpre-nos, agora, melhor escrutinar sobre os alguns dos regimes considerados liberais.

Encetando pelo exemplo do regime brasileiro, onde não existe legislação específica sobre a matéria de PMA, no ano de 2013 foi publicada a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.º 2.013/13²⁵⁵ que determinou ser possível a reprodução assistida *post-mortem* “desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”. “Sob o ponto de vista ético, portanto, a questão se delinea no sentido de reconhecer a autonomia da vontade do casal, no que pertine aos assuntos de planejamento familiar, contando com a reprodução assistida e, prevendo a utilização de tais técnicas mesmo após eventual morte de um dos membros do casal”²⁵⁶.

Porém, a legislação brasileira assiste, à data, a um verdadeiro vazio legal no que aos efeitos sucessórios do filho do falecido diz respeito, o que inculcou na doutrina brasileira uma dicotomia entre a atribuição de direitos sucessórios decorrentes do estabelecimento do vínculo de filiação (teoria à data prevalente) ou, ao revés, não a atribuição de efeitos sucessórios em nome da segurança jurídica. Tal posição, na esteira de VERA LÚCIA RAPOSO e EDUARDO DANTAS não deve prosperar, pois significaria “atropelar direitos garantidos constitucionalmente, em virtude da inépcia do legislador em adaptar as normas à realidade”²⁵⁷.

Outro regime liberal que permite a Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* é o regime britânico onde, de acordo com o estatuído no Human Fertilization and Embryology Act de 2008, Section 39, é lícito à mulher utilizar o sêmen criopreservado. Porém, os efeitos sucessórios decorrentes da filiação estabelecida só serão estabelecidos desde que o falecido tenha prestado o seu consentimento por escrito – “the man consented in writing (and did not withdraw the consent)”. A este respeito, importa referir que apenas em 2003, aquando da Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003, se determinou atribuir a paternidade ao homem falecido. Pelo que apesar de se tratar de um ordenamento bem mais permissivo do que outros, o mesmo não garante os efeitos sucessórios ao filho que advier da prática, a menos que, haja documento expresso nesse sentido.

²⁵⁵ Documento sem cariz legal, isto é, sem força de lei pelo que juridicamente não vinculativo.

²⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo, “Aspectos Jurídicos da Reprodução PostMortem, em perspectiva comparada Brasil Portugal”, in *Separata Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 14, Dezembro de 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p.91.

²⁵⁷ Idem, p.92.

Por fim, e não menos essencial porquanto se trata do ordenamento impulsionador da admissibilidade da técnica de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* na Europa, o ordenamento jurídico espanhol.

O mesmo determina, no artigo 9.º da Ley n.º 14/2006, de 26 de mayo que “(...) el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”. Ou seja, nos casos em que o homem falecido tenha prestado o seu consentimento para que a mulher utilize o seu material genético, e a mesma o faça dentro dos 12 meses seguintes ao seu falecimento, o mesmo será tido como pai da criança que advier da técnica, isto é, será estabelecida a filiação a favor da criança.

Embora a regra geral contida na lei espanhola sobre a reprodução assistida seja que a filiação não pode ser legalmente determinada entre a criança nascida pela aplicação das técnicas e o marido falecido quando o material reprodutivo deste último não está no útero da mulher, na data da morte do homem, a verdade é que a mesmíssima lei trouxe à exceção os casos de inseminação e/ou fecundação *post mortem*.

Já relativamente aos efeitos sucessórios decorrentes, apesar de a lei não ser clara, a mesma refere que a geração de uma criança nestes termos produzirá os efeitos legais que derivam da filiação matrimonial. Ora, sendo os direitos sucessórios decorrência da filiação, parece-nos que podemos, extensivamente, realizar uma interpretação no sentido da atribuição de direitos sucessórios plenos aos concepturos. Neste sentido advogaram também IRENE SANTOLARIA BAIG e FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ ao considerarem “que el descendiente nacido a través de fecundación post mortem tiene derechos hereditarios en la misma condición que los hijos nacidos por concepción natural, en tanto en cuanto se determine su filiación como descendiente, teniendo en cuenta lo indicado en la Ley 14/2006 que hemos analizado, y por aplicación de los principios constitucionales”²⁵⁸.

Pese embora a Espanha lidere a reprodução assistida a nível europeu, outro exemplo de ordenamento liberalista é a Bélgica. Nos termos do artigo 44.º da Loi relative à la procréation

²⁵⁸ BAIG, Irene Santolaria, FERNÁNDEZ, Francisca Ramón, “La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos” in Revista Iberoamericana de Bioética n.º 13, Janeiro de 2020, p. 9, consultado a 31/10/2021.

médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, a criopreservação de gametas para a realização de um projeto parental permite a inseminação pós-morte dos mesmos²⁵⁹. O ordenamento belga permite a criopreservação de gametas por um período de 10 anos, sendo que, dentro desse lapso temporal, mesmo que o dador tenha falecido, a sua companheira poderá utilizá-los para a concretização de um projeto parental existente.

Já no que respeita aos limites temporais de utilização do material genético, a mesma difere em larga medida do ordenamento jurídico espanhol. Ao passo que este último estabelece o prazo de 12 meses para a realização da tentativa de inseminação, o ordenamento belga determinou que a inseminação *post mortem* só pode ser realizada após um período de seis meses a partir do falecimento do dador e, no limite, nos dois anos seguintes ao falecimento deste²⁶⁰.

Com esta perspetiva comparada podemos concluir que a realidade da Inseminação Artificial póstuma está longe de se encontrar legislativamente finalizada e, acima de tudo, harmonizada. A discrepância de regulamentação tem redundado, em nosso parecer, numa situação de verdadeiro turismo reprodutivo, em que as mulheres migram para estes países mais liberais onde a inseminação *post mortem* é admissível para levarem a cabo um desejo parental coartado pelo seu país de origem. Desta forma, seria interessante assistirmos a uma abordagem comunitária desta matéria, com o objetivo último de elaborar um ato jurídico comunitário capaz de criar uma convergência europeia relativamente à Procriação Medicamente Assistida, em particular, à Inseminação Artificial póstuma.

²⁵⁹ “Dans l'hypothèse ou le cas où la personne qui a sollicité la cryoconservation avait conservé des gamètes surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'elle l'ait expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 42, l'insémination post mortem de gamètes surnuméraires est licite”.

²⁶⁰ Art. 45. Il ne pourra être procédé à l'insémination post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de la personne qui a sollicité la cryoconservation et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès de cette personne. Toute disposition conventionnelle contraire à l'alinéa 1er de cet article sera nulle de plein droit.

3.4. Proposta legislativa

Aceitar incondicionalmente a Inseminação Artificial *post mortem* seria trazer à superfície vicissitudes e incompatibilidades demasiado evidentes, impossíveis de serem coadunadas com o nosso sistema jurídico. Se até há bem pouco tempo os argumentos para sua inadmissibilidade encontravam firmeza suficiente nas inúmeras críticas encabeçadas por vários autores, fosse o desrespeito pela dignidade do homem falecido, o eventual interesse puramente económico da viúva, ou sequer a violação dos direitos e interesses da criança que adviesse, o que é facto é que hoje, e por oposição aos argumentos que sustentam a proibição da técnica póstuma, assiste-se a uma tentativa, junto da Assembleia da República, de legalizar a prática.

Em boa verdade, apesar de considerarmos que a admissibilidade da técnica no nosso ordenamento jurídico deve ser triunfante, certo também será afirmar que, ainda assim, não descaramos a panóplia de argumentos utilizados contra a Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*. Daí que, para nós, tal admissão importa um ato de empirismo hiperbólico por parte do nosso legislador, que seja capaz de acautelar as situações em que, excepcionalmente, tal prática deva ser admitida. O que significa dizer que, em nosso juízo, a Inseminação Artificial Homóloga póstuma deve ser vista como uma *exceptio*, e não como uma possibilidade em cima da mesa para toda e qualquer mulher viúva. Até porque tal vinha contrariar o espírito subsidiário das técnicas de PMA.

Ora, a restrição terá, necessariamente, que passar pelos casos concretos em que não restam dúvidas de que a Inseminação póstuma corresponde *tal quo* à vontade atual, livre e esclarecida dos beneficiários da técnica, em clara concretização de um projeto parental desejado por ambos. Pelo que os requisitos impostos ao consentimento dos beneficiários assume, desde logo, primordial relevância na admissibilidade da prática.

Primitivamente, colocamos à consideração o consentimento expresso de todos os herdeiros enquanto critério para aferir a viabilidade da prática da técnica de inseminação pelo cônjuge beneficiária. Nesta conjetura, existindo consentimento dos herdeiros para a inseminação artificial da mulher do falecido, a herança permaneceria indivisa até que a criança nascesse ou fosse possível inteligir que a inseminação havia sido votada ao insucesso. No fundo, tratar-se-ia de um duplo consentimento: consentimento para efeitos de inseminação e consentimento para não realização da partilha até à criança nascer.

O que significa dizer, por outras palavras, que a inseminação só seria possível caso os herdeiros que enquadrassem o mapa dos sucessíveis em tal consentissem, mantendo-se a herança indivisa.

Porém, repisando a ideia, concluímos que tal aportaria um critério desmensurado e desproporcional, cuja animosidade familiar poderia colocar em risco a vontade séria dos beneficiários. Bastou pensarmos nos casos em que não existe grande relação afetiva entre os restantes herdeiros e a cônjuge ou companheira sobreviva, para que concluíssemos que tal consentimento haveria de votar ao insucesso o projeto parental estabelecido pelo casal. Deixar nas mãos de terceiros o poder de aniquilar, impiedosamente, o desejo do casal levado a cabo pela cônjuge sobreviva, desqualificando por completo a autonomia da mesma, seria uma opção legislativa demasiado cruel, eticamente reprovável. Ademais, a vertente afetiva e emocional dos herdeiros poderia ser facilmente subvertida pelos motivos económicos aliciados com a herança do autor da sucessão.

Assim sendo, outros teriam que ser os critérios a adotar para a admissibilidade desta técnica de PMA póstuma.

Conforme tivemos já oportunidade de deslindar, aceitar a Inseminação Artificial Homóloga mas privar a criança de todos os direitos sucessórios não se mostra opção viável. Por outro lado, permitir que a herança do *de cuius* reste no estado de indivisão de forma prolongada no tempo apenas porque existe o seu material genético crioperservado e uma vontade de o utilizar por parte da sua companheira, tampouco nos parece justo e proporcional.

Chegamos, assim, à conclusão de que qualquer que seja a solução a adotar, a mesma sempre será controversa e necessariamente diferente consoante as opiniões. Não obstante, é indiscutível que, perante o vazio legal, há que legislar com rigor e critério, impondo-se limites à Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*. Limites estes justificados em fundamentos jurídicos atendíveis, seja na proteção dos direitos dos demais herdeiros, seja na proteção do valor superior da ordem jurídica – o superior interesse da criança – e não em meras considerações morais sobre a técnica em si.

Nesta senda, relativamente ao consentimento entendemos que o mesmo deverá ser prestado por escrito, em documento autêntico ou autenticado por forma a atribuir-lhe maior força probatória e segurança jurídica. E posteriormente, para efeitos da sua atualidade, o mesmo deveria ser repetidamente solicitado nas diversas fases da técnica, através de modelo a ser apresentado ao CNPMA, pois só assim será possível atender-se a um consentimento verdadeiramente atual.

Depois, quanto ao prazo estipulado para a realização da técnica, entendemos que o prazo de 1 ano após a morte do marido ou companheiro é suficiente para que a mulher tome uma decisão consciente e ponderada. O que quer isto dizer que, acompanhando o pensamento legislativo do nosso país vizinho²⁶¹, parece-nos de cabal solução permitir a realização de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* no prazo de 12 meses contados a partir da data do falecimento do marido beneficiário.

Finalmente, no que toca aos efeitos sucessórios, entendemos que a partilha se poderá realizar, caso algum dos herdeiros assim o requeira. Perfilhamos, assim, do entendimento de que deve operar a teoria da partilha sob a condição resolutiva de posteriormente nascerem mais filhos. Em que os herdeiros que constam do mapa de sucessíveis reconhecem que ficam obrigados a recompor o respectivo quinhão dos herdeiros que de futuro forem nascendo.

Cumpre-nos, agora, deslindar como deverá ser, a nosso ver, realizada a partilha corretiva, aquando do nascimento do filho póstumo.

No fundo, a partilha corretiva mais não será do que colocar os atuais sucessíveis no plano sucessório que a lei determinou para cada um, isto é, preencher o quinhão hereditário que lhes pertence.

Assim que, no caso concreto em que, inicialmente (diga-se, antes do nascimento do filho póstumo do *de cujus*) concorreram à herança o cônjuge sobrevivente e o filho do autor da sucessão, o que irá suceder neste cenário é que proporcionalmente a cônjuge e o filho mais velho terão de abdicar de parte do seu quinhão hereditário inicial, para agora compor o quinhão hereditário do filho que, entretanto, nasceu. E, nestes casos, uma vez que não existe uma alteração na classe dos sucessíveis, cumprirá apenas, proporcionalmente, afetar o quinhão hereditário dos herdeiros já existentes. Deste modo, cada um receberá aquilo a que, legalmente, terá direito após o aparecimento de um novo descendente do autor da sucessão no mapa. Não se trata, por isso, de prejudicar nenhum dos sucessíveis dado que os mesmos conheciam, no momento em que realizaram a partilha primitiva, da possibilidade de vir a nascer um novo herdeiro a quem assistia o direito de, mais tarde, reclamar o seu quinhão hereditário. Pelo que se trata, tão somente, de realizar a partilha nos termos legalmente previstos no plano do direito sucessório português.

Mas, conforme já prenunciado em sede do ponto 2.4 do presente capítulo, situação diferente será o caso de, primitivamente, no mapa dos sucessíveis aparecerem juntamente com a cônjuge sobrevivente os ascendentes do *de cuius*. Ora, com o nascimento do filho do autor da

²⁶¹ Para tal vide artigo 9.º, 1.ª parte, da Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

sucessão dita a lei que os ascendentes são automaticamente retirados da equação sucessória, ao abrigo do princípio da preferência de classes. Pelo que a solução ficará resolvida com a restituição do quinhão recebido pelos ascendentes à massa hereditária, que posteriormente, haverá de ser apenas partilhada entre a cónyuge e o seu filho. Sacrificando-se, assim, em prol do novo descendente, o seu original direito sucessório.

Porém, apesar de tal corresponder à consagração legalmente prevista no nosso ordenamento jurídico, não podemos deixar de reconhecer que este afastamento total dos ascendentes à massa hereditária nos causou algum desconforto. Pese embora sob a condição de vir a ser resolvido com o nascimento da criança, entendemos que foram criadas legítimas expectativas, durante anos, sobre um quinhão hereditário. Porém, verdade de *la palisse* também o é que jamais poderão sair prejudicados os quinhões hereditários do cónyuge e do agora filho do *de cuius*. E, em última instância, dita o conhecido provérbio “quem paga adiantado não tem bom resultado”.

Entramos, portanto, num plano de fundo muito difícil, cuja escuridão o legislador português ainda não decidiu perfurar, mas que urge efetivar.

Por todo o exposto, eis a nossa versão da sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, permitindo a inseminação *post mortem* para realização de projeto parental claramente estabelecido:

Artigo 22.º

Inseminação Artificial *post mortem*

1 – De forma a concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto, realizar inseminação com sémen da pessoa falecida.

2 – O estabelecido no número anterior é aplicável aos casos em que o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3 – O sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, sem que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post*

mortem, é destruído se a pessoa vier a falecer durante o período estabelecido para a respetiva conservação.

4 – O prazo referido no n.º 1 não deve ser inferior a seis meses.

5 – Os procedimentos devem iniciar-se no prazo máximo de 1 ano contado da morte do marido ou unido de facto, podendo realizar-se um número máximo de tentativas idêntico ao que está fixado para os centros públicos.

6 – A inseminação com sémen do marido ou do unido de facto, só pode ocorrer para a concretização de uma única gravidez da qual resulte nascimento completo e com vida.

7 – É assegurado, a quem o requerer, acompanhamento psicológico no quadro da tomada de decisão de realização de uma inseminação *post mortem*, bem como durante e após o respetivo procedimento.

Artigo 22.º-A

Requisitos do consentimento para a inseminação *post mortem*

1 – O consentimento para a inseminação *post mortem* referido no n.º 1 do artigo 22.º deve ser reduzido a escrito, após prestação de informação ao dador quanto às suas consequências jurídicas, em documento autêntico ou autenticado.

2 – O documento de prestação de consentimento *post mortem* referido no número anterior é comunicado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, para efeitos do seu registo centralizado.

3 – Sempre que possível, em cada fase da técnica de Inseminação o consentimento dos beneficiários deve ser atualizado, em modelo próprio a disponibilizar pelo CNPMA.

Artigo 23.º

Paternidade

1 – Se, em virtude da inseminação realizada nos termos previstos nos artigos anteriores, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

2 – Se a inseminação *post mortem* ocorrer em violação do disposto nos artigos anteriores, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 – A realização de procedimentos de inseminação *post mortem* sem consentimento do dador e que prejudiquem interesses patrimoniais de terceiros, designadamente direitos sucessórios, faz incorrer os seus autores no dever de indemnizar, sem prejuízo da efetivação da responsabilidade criminal prevista na presente lei.

Artigo 23.º-A

Efeitos Sucessórios

1 – Ainda que exista consentimento para a inseminação *post mortem*, a partilha da herança do progenitor falecido pode ser exigida por qualquer herdeiro, nos termos do previsto no artigo 2101.º do Código Civil.

2- Realizada a partilha pelos herdeiros já existentes no momento da abertura da sucessão, a partilha fica sujeita à condição resolutiva de posteriormente nascerem mais filhos, ficando aqueles obrigados a recomporem sucessivamente, e em dinheiro, o respectivo quinhão aos herdeiros que de futuro forem nascendo.

3- A todo o tempo, os herdeiros que venham a nascer poderão reivindicar a sua parte, sem prejuízo do previsto no artigo 2059.º do Código Civil.

4- No caso de com a superveniência de um descendente a classe de sucessíveis ser alterada, cumprirá ao anterior sucessível que é excluído do mapa de sucessíveis recompor o quinhão hereditário do novo sucessível na parte que lhe couber.

Conclusão

Como vimos, a discussão em torno da admissibilidade da técnica de Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* continua a ser palco de tenazes e efervescentes discussões no nosso ordenamento jurídico. A possibilidade de utilizar sémen criopreservado de beneficiário entretanto falecido, o reconhecimento de efeitos de filiação à criança gerada, e os direitos sucessórios daí decorrentes têm dividido opiniões e permitido a formulação de juízos ético-jurídicos heterogêneos entre si.

Se, por um lado, haverá quem continue a sustentar afincadamente a ideia de que a criança que advier da técnica sairá prejudicada por se encontrar inserida num seio de uma família monoparental, quando o protótipo ideal familiar passa por uma estrutura biparental, estando dessa forma privada de ter um Pai. Outros, defenderão que felizmente a mentalidade do ser humano e do nosso estrato social tem evoluído a passos largos, que permitem agora conhecer novas estruturas familiares cuja evidencia vem ditando o predomínio da estirpe monoparental. Monoparentalidade essa que em nada afetará o livre e saudável desenvolvimento da criança que vier a nascer da prática de uma Inseminação Artificial *post mortem*.

Ao revés, haverá ainda quem considere a técnica póstuma atentatória da dignidade do falecido, ou também que a superveniência de um filho seria uma forma de luto encoberto e, no limite, vista como fonte adicional de subsistência, derivada do património hereditário deixado pelo defunto. Mas, todos estes argumentos nos parecem materialmente injustos, tendencialmente utilizados de forma indiscriminada, sem atender ao significado social da pretensão: o que motivou a que o casal recorresse às técnicas de procriação assistida foi, *ab initio*, o desejo de constituir família, em perpetuar os laços afetivos do casal. Além do mais, olvidam por completo o espectro da autonomia e liberdade decisória da Mãe.

Argumentação à parte, facto é que a técnica hoje ainda é proibida ao abrigo do artigo 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, quanto mais não fosse pelo raciocínio lógico de que o designo originário da PMA é beneficente, isto é, a mesma surge para permitir a procriação humana de forma assistida, enquanto método subsidiário de auxílio à reprodução e não alternativo.

Porém, com esta proibição dita-nos a realidade que a lei reconhece uma hostilidade discriminativa relativamente ao vínculo matrimonial e ou afetivo, preferindo coartar um projeto parental devidamente consentido entre o casal, onde transcorre amor e bem-querer, e permitir a inseminação de uma beneficiária singular para cumprir o seu desejo (inequívoco ou não) de ser mãe biológica.

E tal problemática não é matéria inusitada aos olhos do nosso legislador, pelo contrário, tem sido alvo de grandes ensaios pelos grupos partidários ao longo de vários anos, que se esforçam para que sejam supridas as insuficiências da lei em vigor, geradores de potencial injustiça ou contradição com as suas próprias finalidades.

Todavia, alicerçada à admissibilidade da técnica, que pugnamos, não de surgir, necessariamente, efeitos sucessórios cuja regulação tem caído em desuso. Se, por um lado, é axiomática a vontade em resolver o vazio legislativo relativamente à Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* e os efeitos sucessórios daí decorrentes, já por outro, verificamos que as tentativas oferecidas ficam deverás aquém das exigências ético-sociais que este tema reclama.

Sabemos que a pessoa que vier a nascer ao abrigo desta técnica, mesmo sendo uma prática vedada pela lei, será considerada filha do *de cuius* por força do artigo 23, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Mas, se ficou clara na lei da PMA a relação de parentesco definida, já tão claro não ficaram os efeitos sucessórios onde, perante o vazio legislativo, parte da doutrina portuguesa vem perfilhar pela sucessão do filho póstumo do autor da sucessão apenas a título voluntário, sucedendo apenas por dezas testamentárias ou doações *mortis causa*, por via do disposto no artigo 2033.º do Código Civil.

Conforme perquirimos, a aplicabilidade de tal preceito civilístico ao caso dos filhos advindos das técnicas de PMA póstumas afigura-se num verdadeiro terreno pantanoso, tendo em vista os preceitos constitucionais subjacentes à natureza dos descendentes do *de cuius*. Tal será criar um desrespeito pelo princípio da paridade de tratamento entre filhos, e inculcar uma diferenciação na forma de conceção que só criará violações ao princípio da igualdade.

Pelo que encontrando-se estabelecida a filiação a favor do filho póstumo, ato concretizável no momento do seu nascimento, o mesmo deve suceder quer a nível legal, quer a nível voluntário.

Ademais, pugnamos de igual forma que o reconhecimento de tais direitos sucessórios plenos não poderá traduzir-se, necessariamente, na colocação da herança em situação de indivisão *ad eternum*. Por forma a evitar que o fenómeno sucessório fique “suspenso”, sem qualquer efetivação, por algo que pode nunca chegar a acontecer, afirmamos pela realização de uma partilha resolutive, com a posterior recomposição do quinhão hereditário do filho póstumo.

Por fim, concluímos pela fantasia legislativa particularizada pelo Decreto da Assembleia da República n.º 128/XIV, com uma tentativa malograda de regular os efeitos sucessórios advindos da técnica de Inseminação Artificial Homóloga póstuma.

A admissão da Inseminação Artificial Homóloga *post mortem* no nosso ordenamento jurídico importa um ato de empirismo hiperbólico por parte do legislador, que seja capaz de acautelar as situações em que, excepcionalmente, tal prática deva ser admitida. Legislando com critério e rigor, impondo limites justificados e assumindo como premissa preponderante o superior interesse da criança que vier a nascer.

Por tudo o exposto, culminamos, conforme no Intróito anunciado, com um brinde legislativo que, a nosso ver, se mostra capaz de acautelar os interesses quer dos beneficiários da técnica, quer dos sucessíveis, adequado à nova realidade e costumes e, acima de tudo, zelando pela segurança jurídica e social – não fosse o Direito, também, um ato de esperança, do concepturo, do nascituro, que eu já fui.

Referências Bibliográficas

- ARCHER, Luís, (et al), *Novos Desafios à bioética*, Porto, Porto Editora, 2001.
- ARCHER, LUÍS, “*Procriação Medicamente Assistida: evolução do pensamento ético de 1986 a 1989*”, in *Genética e Reprodução Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2000.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica, I, Sujeitos e objecto*, edição publicada por FERRER CORREIA e RUI DE ALARCÃO, 1960 (reimp. 1992).
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “*A Lei n.º 32/2006, Sobre a Procriação Medicamente Assistida*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, dezembro de 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Sucessões*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Teoria Geral – Introdução - As Pessoas - Os Bens*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- ASCENSÃO, José De Oliveira, “*Direito e Bioética*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 450, disponível em www.portal.oa.pt.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “*O Início da Vida*”, in José de Oliveira Ascensão (coord.) *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “*Procriação Assistida e Direito*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Vária, Coimbra, Almedina, 2000.
- BAIG, Irene Santolaria, FERNÁNDEZ, Francisca Ramón, “*La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos*” in *Revista Iberoamericana de Bioética* n.º 13, Janeiro de 2020.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Património genético*, Coimbra, Edições Almedina S.A, 2006.
- BRANDÃO, Teresa Alexandra da Silva, *Da Procriação Medicamente Assistida (aspetos gerais) aos Efeitos Sucessórios – Inseminação Homologa Post Mortem*, Dissertação de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015.
- CAMPOS, Diogo Leite de, “*A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a Crise do Positivismo Legalista)*”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 44, Nov.-Dez., 2006.
- CAMPOS, Diogo Leite de, “*A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 66, Vol. III, 2006, ponto 8.
- CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direito da Família e Sucessões*, Almedina, 2012.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de, “*O Estatuto Jurídico do Nascituro*”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1997.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CANOTILHO, JOSÉ GOMES, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 1998.

CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, Vol. I, 4ª edição, Almedina, 2000.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra Editora, 2016.

COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Sucessões*, Coimbra, F.M.P.C., 1992.

COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-74*, II Parte, Coimbra, 1974.

COELHO, Francisco Pereira, [et al], “*Procriação assistida com gâmetas do casal*”, in *Procriação assistida: colóquio interdisciplinar*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 1993.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, Sucessões, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “*Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A)*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, PEREIRA, João Silva, *Direito da Família: tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2011.

COSTA, Marta, LIMA, Catarina Saraiva, *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Universidade Lusitana, Lisboa, n.º 10, 2012.

DIAS, Cristina, “*A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família*”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense* n.º 15, 2012.

DIAS, Cristina, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.º Ed., Coimbra, Almedina, 2018.

DIAS, Maria Berenice, *Manual das Sucessões*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003.

FERNANDES, Luis A. Carvalho, “*Lições de Direito das Sucessões*”, 2.ª Ed., Reimp., Quid Juris Editora, 2004.

FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

GARCIA, Maria Olinda, “*A criopreservação privada de células estaminais. Um contrato de depósito?*”, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 9, 2008.

GASCÓ, Francisco de Paula Blasco, La ley sobre técnicas de reproducción asistida constitucionalidad y aplicación, in *Anuario de derecho civil*, Vol. 44, n.º 2, 1991.

GOMES, Orlando, *Sucessões*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

GONÇALVES, Diogo Costa, “*Personalidade Vs. Capacidade Jurídica – Um Regresso Ao Monismo Conceptual?*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 75, No. 1, 2015.

GONÇALVES, Luis da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. IX, Coimbra Editora, 1934.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “*La fecundacion artificial «post motem»*”, in *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 86, Nº 4, 1987.

HOCHSCHILD, Fernando Zegers [et all], *The International Glossary on Infertility and Fertility Care*, 2017, disponível em [www.fertstert.org/article/S0015-0282\(17\)30429-6/fulltext#articleInformation](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(17)30429-6/fulltext#articleInformation).

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves, “*O direito à identidade genética do ser humano*”, in *PortugalBrasil ano 2000 tema direito, Studia Iuridica 40, Colloquia 2*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MELO, Helena Pereira de, *Manual de Biodireito*, Coimbra, Almedina, 2008.

MELLO, Alberto De Sá, “*O Direito das Sucessões em Portugal*”, in *Jurismat: Revista jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, Portimão, n.º especial, 2014.

MENDES, João de Castro, “*Acerca da situação da herança atribuída a nascidos e nascituros*”, in *Jornal do Foro* n.º 21, 1957.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – tomo IV: Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988.

MOREIRA, Sónia, *Direito à identidade (genética) versus direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no direito português*, in Maria Elizabeth Rocha/Marli M. Moraes da Costa/ Ricardo

Hermany (org.), *O alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos*, Santa Cruz do Sul, Edunisc (Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil), 2017.

NETO, Luísa, “*O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições*”, in *Publicação Correspondente A Actas Do Seminário Internacional “Debatendo A Procriação Medicamente Assistida”*, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, disponível em www.sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=248186.

NOVAIS, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana, II (Dignidade e Inconstitucionalidade)*, Coimbra, 2016.

OLIVEIRA, Fabrício Manoel, PIMENTEL, Bárbara Maria Moreira, *Reflexões Sobre a Personalidade Jurídica e o Concepturo*, Trabalho apresentado à Universidade Federal de Minas Gerais e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, 2020.

OLIVEIRA, Guilherme de, “*Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, Dezembro de 1989.

OLIVEIRA, Guilherme, *Critério Jurídico da paternidade*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família Vol. I, Introdução direito matrimonial*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação mudança recente e perspectivas*, Separata do vol. LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1985.

OLIVEIRA, Guilherme de, “*O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética*”, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006.

PEDRO, Rute Teixeira, “*Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida*”, in *Publicação Correspondente A Actas Do Seminário Internacional “Debatendo A Procriação Medicamente Assistida”*, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, disponível em www.sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=248186.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2019.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3.ª Edição, 2.ª Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2012.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

QUEIROZ, Juliane Fernandes, *Auto-regulamentação familiar e reprodução assistida post mortem: a (re)construção da igualdade entre filhos*, Tese de doutorado, policopiada, Rio de Janeiro, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

RAMOS, André Luiz Arnt, ALTHEIM, Roberto, “*Colação Hereditária e Legislação Irresponsável: Descaminhos da Segurança Jurídica no Âmbito Sucessório*” in *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, V. 6, N. 1, 2018.

RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo, “*Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal*”, in *Separata de Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, 2010, Coimbra, Coimbra Editora.

RAPOSO, Vera Lúcia, “*Até que a morte nos separe: Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral*”, in *Lex Medicinæ*, ano 15, n.º 29, 2018.

RAPOSO, Vera Lúcia, “*Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida*”, in *Lex Medicinæ*, n.º 6, ano 3.º, 2006.

Raposo, Vera Lúcia, “*Dá-me licença que tenha filhos?: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida*”, in *Revista Direito GV*, V. 15, N. 2, São Paulo, 2019.

RAPOSO, Vera Lúcia, *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 364, disponível em www.hdl.handle.net/10316/21126 .

RAPOSO, Vera Lúcia, “*Direitos Reprodutivos*”, in *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 3, Coimbra Editora, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia, “*Em nome do pai (... da mãe, dos pais e das duas mães)*”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 7, 2007.

RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade – O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra, Almedina, 2014.

REIS, Alberto dos, *Processos Especiais*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1956.

RIBEIRO, Ana Raquel, *Aspetos jurídicos da procriação medicamente assistida post mortem, estudos doutoramento & mestrado*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

SANCHÉZ, Yolanda Gómez, “*El derecho a la reproducción humana*”, Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994.

SANTOS, Eduardo dos, *Direito das Sucessões*, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2002.

SANTOS, Teresa Almeida, RAMOS, Mariana Moura, *Esterilidade E Procriação Medicamente Assistida*, Imprensa Da Universidade De Coimbra, Estado De Arte, 2010.

SILVA, Miguel Oliveira, “*Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida, Procriação Medicamente Assistida e Gestaçã o de Substituiçã o*”, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Março de 2012.

SILVA, Paula Martinho da, COSTA, Marta, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

STOLFI, Giuseppe, “*Le successione dei non concepti*”, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno XVI, 1924.

SOUSA, Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

SOUSA, Maria Beatriz Almeida Correia de, *A Sucessão a Favor do Concepturo*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017.

TAVARES, José, *Os princípios fundamentais do Direito Civil, Volume II, Pessoas, Causas, Factos jurídicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1928.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Sucessões, Noções Fundamentais*, 6ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

VARELA, Antunes, “*A Inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*”, in *Revista da Legislação e Jurisprudência*, nº3844, 1994.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, VASCONCELOS, Pedro Leite Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

VARELA, Antunes, LIMA, Pires de, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, Volume V, 1995.

XAVIER, Rita Lobo [et al], “112/CNECV/2020, Parecer sobre os projetos de lei n.º 223/xiv/1ª “sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alargando as situações de realização de inseminação post mortem” e 237/xiv/1ª “altera o regime da procriação medicamente assistida, permitindo a inseminação post mortem para realização de projeto parental claramente

estabelecido (sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Setembro de 2020.

Jurisprudência Consultada

Acórdão Do Tribunal Constitucional N.º 25/84, Processo N.º 38/84, Relator Conselheiro Costa Aroso, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal Constitucional N.º 85/85, Processo N.º 95/84, Relator Vital Moreira, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal Constitucional, N.º 75 Processos N.º 733/07 e 1186/07, Relator Rui Ramos, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão Do Tribunal Constitucional N.º 101/2009, Processo n.º 963/06, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, em sede de Processo n.º 95/17, Relator Conselheiro Pedro Machete, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão Do Tribunal Constitucional N.º 288/88, Processo N.º 340/98, Relator Luís Nunes De Almeida, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo N.º 358/06.8TBSRE.C2, Relator Carlos Querido, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo N.º 7412/16.6T8CBR.C1, Relator Moreira Do Carmo, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal Da Relação De Lisboa, Processo N.º 0005856, Relator Cruz Broco, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo N.º 5895/2008-1, Relator Rosário Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal Da Relação Do Porto, Processo N.º 0013686, Relator Oliveira Domingues, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão Do Tribunal de Estrasburgo, Processo N.º 9697/82, de 18/12/1986, relativo ao caso mediático JOHNSTON AND OTHERS v. IRELAND, disponível em disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57508%22%5D%7D>.

Parecer do IRN, proferido no proc.º C.N. 35/2012 SJC-CT, disponível em <https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2012/p-cn-35-2012-sjcct/downloadFile/file/CN35-2012.pdf?nocache=1355309407.69>.