

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS

Efeitos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida *Post-mortem*

Juliana Maria Silva Santos

M

2022





Efeitos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida *Post-mortem*

Juliana Maria Silva Santos

Dissertação elaborada sob orientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro conducente à obtenção do grau de Mestre em Direito na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Porto, Julho de 2022

RESUMO

Na presente dissertação de mestrado pretende-se fazer uma reflexão sobre várias problemáticas decorrentes da utilização das técnicas de Procriação Medicamente Assistida *post mortem*, com especial atenção relativamente aos efeitos sucessórios, o que pressuporá que se considerem os efeitos paterno-filiais que decorrem do uso destas técnicas. Com a elaboração da presente dissertação pretendemos debruçar-nos sobre as soluções legislativas vigentes integrando-as na linha evolutiva que a elas conduziu e considerando os contributos que nos são dados pela doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

Inicialmente faremos uma reflexão sobre a Procriação Medicamente Assistida, em geral, passando nomeadamente pelas técnicas existentes, a admissibilidade das mesmas e os seus beneficiários, refletindo criticamente sobre o regime atualmente em vigor, e, nomeadamente, sobre as mais recentes alterações à Lei da Procriação Medicamente Assistida, especialmente no que concerne à procriação *post mortem*. No decurso deste estudo faremos, ainda, uma análise a outras questões conexas, como o caso do direito a dispor do material genético, a natureza deste material, o estatuto do embrião e ainda o problema do destino dos embriões excedentários. Por fim analisaremos as soluções de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Palavras-chave: procriação medicamente assistida; *post mortem*; efeitos sucessórios.

ABSTRACT

This dissertation intends to reflect on several issues regarding the use of *post-mortem* Medically Assisted Reproduction techniques, with special attention to the succession effects, which will require the consideration of the paternal-filial effects that result from the use of these techniques. With the elaboration of this dissertation, we intend to analyse the current legislative solutions, integrating them in the evolutionary line that led to them and considering the contributions given by doctrine and jurisprudence on the matter.

Initially, we will reflect on Medically Assisted Reproduction in general, including the existing techniques, the admissibility of the techniques and their beneficiaries, reflecting critically on the regime currently in force and, particularly, on the most recent changes to the Law of Medically Assisted Reproduction, especially regarding *post-mortem* reproduction. In the course of this study, we will also analyse other related issues, namely the case of the right to dispose of genetic material, the nature of this material, the status of the embryo and also the problem of the destination of exceeding embryos. Finally, we will analyse the solutions provided by some foreign legal systems.

Keywords: medically assisted reproduction; *post-mortem*; succession effects.

SUMÁRIO

Lista de Abreviaturas	5
Introdução	6
Capítulo I - Aspectos gerais da procriação medicamente assistida	9
1. A procriação medicamente assistida e o direito à reprodução	10
2. A evolução histórica recente no ordenamento jurídico português	15
3. As técnicas de procriação medicamente assistida <i>post mortem</i>	17
4. A procriação homóloga e heteróloga	18
5. Os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida	19
Capítulo II - A procriação medicamente assistida <i>post mortem</i> homóloga	23
1. Apresentação da problemática	23
2. Admissibilidade das técnicas de PMA <i>post mortem</i>	24
3. A inseminação artificial <i>post mortem</i>	28
3.1.A classificação do material genético	29
3.2.A admissibilidade da inseminação <i>post mortem</i>	30
4. A transferência do embrião criopreservado <i>post mortem</i>	35
4.1.Estatuto jurídico do embrião	35
4.2.Os embriões excedentários	39
4.3.A admissibilidade da transferência de embrião <i>post mortem</i>	41
5. O consentimento da pessoa falecida	43
Capítulo III - Os direitos sucessórios na PMA <i>post mortem</i> homóloga	46
1. Observações gerais do direito das sucessões no nosso ordenamento jurídico ..	46
2. A vocação sucessória e os seus pressupostos, em especial a titularidade de uma designação sucessória prevalente e a existência do chamado	48
2.1 A designação sucessória prevalente	49
2.1.1 A filiação derivada da PMA <i>post mortem</i>	50
2.2 A existência sucessória do chamado	57
2.2.1 A situação sucessória particular dos nascituros e concepturos	60
3. Direitos sucessórios do nascido mediante técnicas de PMA <i>post mortem</i>	64
4. A petição da herança	69
Capítulo IV - Reflexões sobre as soluções previstas em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros	72
Considerações finais	79
Referências bibliográficas	83

Aos meus pais e irmã, por todo o carinho, apoio e por me terem sempre permitido escolher o meu caminho.

Ao Francisco, para sempre o meu Xico, por nunca ter saído do meu lado e me ter amparado nos momentos mais difíceis e desafiantes.

Aos meus avós, padrinhos, tios, primos, afilhado e amigos que fazem parte da grande bolha de amor que me ampara e me dá toda a força para continuar.

Por último, mas não menos importante, à minha orientadora, Doutora Rute Teixeira Pedro, por toda a orientação e paciência.

Sem vocês não seria possível.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CC – Código Civil Português

CDM – Código Deontológico dos Médicos

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

DLG – Direitos, Liberdades e Garantias

DESC – Direitos Económicos, Sociais e Culturais

FIV – Fertilização *in vitro*

ICSI – Injeção intracitoplasmática de espermatozóides

LBS – Lei de Bases da Saúde

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida

N.º – Número

OMS – Organização Mundial da Saúde

p./pp. – página/páginas

PMA – Procriação Medicamente Assistida

ss. – seguintes

TC – Tribunal Constitucional

INTRODUÇÃO

Para introduzir o tema que nos propomos tratar importa trazer à colação uma situação com que nos deparamos e que ilustra a atualidade e a relevância do mesmo. Assim vejamos: há não muito tempo, surgiu uma reportagem na comunicação social portuguesa, que captou a nossa atenção para um problema com o qual a doutrina já há muito se debatia¹. Resumidamente, Ângela Ferreira e o marido, Hugo, iniciaram junto do Hospital de São João, no Porto, um procedimento de procriação medicamente assistida. Quando Ângela e Hugo se conheceram, já este último tinha criopreservado esperma, antes de se sujeitar a sessões de radioterapia na zona pélvica, que à partida o poderiam deixar estéril ou infértil, com o intuito de tais tratamentos não lhe retirarem o sonho que tinha de ter, um dia, um filho biológico.

Hugo e Ângela seguiram com as suas vidas, até que, inesperadamente, a doença oncológica de Hugo reincide, deixando este com poucos meses de vida. Hugo queria muito ser pai e principalmente queria que Ângela fosse a mãe dos seus filhos, sendo que, após receber a notícia de que não lhe restaria muito tempo de vida, decidiu, juntamente com Ângela, iniciar um procedimento de PMA, na tentativa de conseguirem ter o filho que tanto desejavam. Hugo falece entretanto, deixando Ângela com vontade de realizar o sonho que Hugo tantas vezes verbalizou.

Após a morte de Hugo, Ângela deslocou-se ao Hospital de São João e perguntou aos médicos que a acompanhavam quando poderiam retomar os tratamentos de PMA, tendo como resposta que tal não lhe era possível porque a lei não o permitia, e mais, que o material genético de Hugo seria destruído. Ora, à data, vigorava em Portugal a LPMA com a versão que lhe tinha sido dada pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho que, no seu art. 22.º, previa: “1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação. 2 - 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.”.

¹ Reportagem disponível em <https://tviplayer.iol.pt/programa/alexandra-borges/5c4b427d0cf2adafd003503a/video/5e3851d20cf2c472ec723e53>

Não conformada com tal situação, Ângela estava decidida a mudar o destino que lhe parecia à altura certo. Mais de dois anos volvidos, Ângela pode hoje engravidar de Hugo, usando o material genético deste, e mais, como adiante veremos, Hugo, apesar de já ter falecido, será considerado pai da criança que vier a nascer fruto das técnicas de PMA *post mortem*.

Assim, partindo desta situação ilustrativa, pretendemos fazer um breve percurso pela mais recente evolução da LPMA, no que concerne com a PMA *post mortem*, refletindo sobre as principais questões que, a nosso ver, se levantam, centrando-nos sobretudo nas soluções previstas no nosso ordenamento jurídico a nível do estabelecimento da filiação e dos direitos sucessórios.

Nestes termos, começaremos por enunciar os aspetos mais gerais da procriação medicamente assistida, analisando se existe ou não, entre nós, um direito à reprodução, isto é, um direito a uma procriação assente em vínculos biológicos e em que termos este direito existirá, nomeadamente se é ou não um direito fundamental e se está constitucionalmente consagrado. Após estas reflexões iniciais, enunciaremos brevemente as diferentes técnicas de reprodução medicamente assistida, com principal incidência naquelas que vêm previstas como técnicas de PMA *post mortem*, a inseminação artificial e a transferência de embriões *post mortem*. Faremos ainda, posteriormente, uma reflexão sobre se apenas estas técnicas, *strictu sensu*, podem ser utilizadas na procriação *post mortem*.

Como o próprio título do trabalho indica, cingir-nos-emos à PMA homóloga, ainda que brevemente enunciando a PMA heteróloga, na medida em que, no caso em estudo, nos interessará apenas discutir as situações em que são utilizados os gâmetas do próprio casal beneficiário. O nosso trabalho cinge-se, portanto, às situações em que o membro masculino do casal falece, deixando criopreservado o seu material genético ou já mesmo um embrião, que terá sido formado com recurso ao seu material genético, deixando também de fora as situações em que é o membro feminino do casal que falece.

Analisaremos ainda brevemente os beneficiários destas técnicas, focando-nos no facto de ser hoje, entre nós, permitido uma mulher sozinha engravidar com recurso a material genético de um dador, analisando em que medida isso se pode estender à PMA *post mortem*, já que, também aqui a mulher recorrerá às técnicas de PMA sozinha, ainda que não seja com recurso a material genético do dador, mas sim, do próprio marido ou

companheiro, entretanto falecido. No seguimento desta discussão, analisaremos ainda a questão da existência ou não de um direito, da criança que vier a nascer, à biparentalidade.

Seguidamente e após analisar as duas técnicas de PMA *post mortem* já enunciadas e em que termos as mesmas são admissíveis, faremos um percurso por diversas questões que podem surgir em cada uma delas, nomeadamente a classificação jurídica do material genético, o estatuto jurídico do embrião e o destino dos embriões excedentários.

Após a análise de todas estas questões de enorme relevância, estaremos em condições para debater os direitos sucessórios advenientes do uso das técnicas de PMA *post mortem*, o cerne do nosso trabalho. Percorreremos brevemente o direito sucessório português, expondo sinteticamente alguns aspetos do regime previsto no nosso CC. Consideraremos, nomeadamente, os pressupostos da vocação sucessória, cuja verificação aqui levantará muitas questões, com particular destaque para a afirmação da titularidade da designação sucessória prevalente e da existência do chamado, passando obrigatoriamente pela discussão dos efeitos paterno-filiais. Seguidamente faremos uma exposição sobre as soluções que vêm previstas na LPMA na sua versão mais recente e sobre as questões que estas soluções levantam, nomeadamente se a criança que vier a nascer fruto destas técnicas é considerada filha do *de cuius* e se lhe são atribuídos direitos sucessórios.

Por último, faremos uma breve exposição sobre as soluções previstas nalguns ordenamentos jurídicos estrangeiros sobre as questões a que dedicámos a nossa atenção.

No fim deste percurso apresentaremos algumas conclusões sobre as interrogações que deixámos enunciadas, ainda que muitas outras fiquem, inevitavelmente, em aberto. Ainda assim, o principal objetivo desta dissertação será o de identificar as questões mais relevantes em torno da problemática objeto do nosso trabalho, refletindo sobre essas questões e procurando, naturalmente, expor o entendimento que nos parece mais adequado.

CAPÍTULO I

ASPETOS GERAIS DA PROcriação Medicamente Assistida

Durante milhares de anos, a reprodução humana foi atribuída em exclusivo à relação sexual entre o homem e a mulher, sendo que, durante muitos desses anos, nunca se pensou verdadeiramente sobre o assunto, considerando-se a reprodução humana um fenómeno totalmente natural, extensível a todos os seres vivos e que assumia, obviamente, um importante papel na vida dos seres humanos, garantindo a sua continuidade biológica².

Mais recentemente na vida da humanidade, e fruto de diversos fatores que hoje em dia contribuem para a infertilidade do casal, como doenças ou mesmo a idade cada vez mais avançada que os casais começam a tentar ter filhos³, começaram a surgir questões relacionadas com a dificuldade na reprodução, tendo-se tomado a percepção de que afinal de contas não é preciso apenas a relação sexual entre um homem e uma mulher para que a reprodução se dê, sem mais. Aliás, como hoje já sabemos, são necessários um conjunto de fatores que se interligam e que, não estando todos reunidos, obstarão à procriação. Um destes fatores é precisamente a fertilidade de ambos os membros do casal reprodutor – o homem e a mulher – isto porque, mesmo que homem e mulher mantenham regularmente relações sexuais, se um deles ou ambos sofrer de problemas de fertilidade, pode acontecer que dificilmente consigam gerar um filho⁴.

Ora, para a OMS a infertilidade define-se como uma *“doença do sistema reprodutivo que se traduz na incapacidade de um casal conceber ou levar a bom termo uma gravidez, depois de pelo menos um ano de relações sexuais regulares sem qualquer proteção”*⁵. Nestes termos, a humanidade começou a preocupar-se com esta condição da infertilidade, procurando, como para todas as doenças⁶, uma possível cura, ou pelo menos

² ALBERTO BARROS, “Procriação Medicamente Assistida” in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. IV, *Genética e Procriação Medicamente Assistida*, Almedina, 2016, p. 107.

³ MARIO CAVAGNO, “Infertilidade conjugal e tratamento com técnicas de reprodução assistida” in *Direito e Medicina*, Coord. Ana Cláudia Silva Scalquette e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, Editora Atlas, 2015, Brasil, p.164.

⁴ ALBERTO BARROS diz-nos que *“a infertilidade é, porventura, uma situação única, na qual cada membro do casal integra uma “unidade infértil”, e é esta unidade que deve ser estudada e tratada”*. (ob. cit., p. 107).

⁵ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility> (consultado a 27/06/2022, pelas 17 horas e 12 minutos). Ver ainda ALBERTO BARROS, “Procriação Medicamente Assistida” ob. cit., p. 107.

⁶ A OMS considera a infertilidade uma doença. Ver ainda ALBERTO BARROS, “Procriação Medicamente Assistida”, ob. cit., p. 127.

algumas alternativas ou soluções. A este respeito, a tecnologia e a ciência que entraram em vários domínios das nossas vidas, entraram também na reprodução, tendo potenciado diversas alternativas e caminhos aos casais que se vêm impossibilitados de se reproduzir naturalmente. Ora, se antes a reprodução era um fenómeno completamente natural e biológico, hoje-em-dia passou a estar na disponibilidade dos progenitores que decidem quando, com quem, e em que condições querem ter um filho⁷. Aliás a evolução destas técnicas para além de representar para muitas pessoas a esperança de alcançar o filho biológico que até então tanto desejavam⁸, abriu caminho a novas formas de reprodução, mesmo nos casos em que o problema que se verifica não é necessariamente a infertilidade⁹.

A este respeito, interessar-nos-á demonstrar a existência de um direito reprodutivo, um direito a procriar, um direito a ter um filho biológico e a transmitir o ADN à descendência¹⁰. É este instituto que nos interessará demonstrar porque, de outro modo, o direito a constituir família, que já vem previsto na nossa CRP, nesta vertente de direito a ter filhos, seria satisfeito com o instituto da adoção e com a constituição do vínculo afetivo.

1. A procriação medicamente assistida e o direito à reprodução

O direito à reprodução não se confunde com o direito a ter filhos ou a estabelecer vínculos paterno-filiais, mas antes com o direito a procriar-se biologicamente, abarcando a reprodução pela via sexual e a reprodução através de técnicas de PMA¹¹. De referir que, o direito à reprodução ou o direito a procriar não implica ou não se confunde com um direito a ter um filho ou o direito a ter um filho biológico, garantindo apenas que sejam fornecidas aos potenciais progenitores todas as condições que lhes permitam ter um filho, neste caso, biológico, sendo um direito de meios e não um direito de resultado. Vejamos ainda que, este direito à reprodução biológica não poderá ser garantido a quem esteja absolutamente impossibilitado de usar estas técnicas com sucesso. Isto é, pensemos no caso de um homem estéril, que nos termos da LPMA poderá recorrer juntamente com a

⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, Almedina, 2014, p. 55.

⁸ ALBERTO BARROS, “Procriação Medicamente Assistida: Novos Direitos, Novos Desafios” in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, FDUP, Porto, p. 7.

⁹ Nomeadamente, permitindo-se hoje-em-dia o acesso às técnicas de PMA a mulheres solteiras ou casais de mulheres.

¹⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., p. 47.

¹¹ “A PMA agrupa o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção sexual” in JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 7.ª Edição, 2020, p. 195.

sua companheira ou esposa às técnicas de PMA heteróloga, nomeadamente utilizando espermatozoides de dador, sendo que poderá tornar-se pai da criança que venha a nascer do uso dessa técnica. Nesta situação, a mulher fará uso do seu direito reprodutivo, no entanto, este homem apenas exercerá o seu direito a constituir família, uma vez que não se está a “reproduzir”¹² biologicamente. Ainda assim, não serão estes os casos que estudaremos, uma vez que falaremos apenas de PMA homóloga, em que apenas é utilizado material genético do casal e portanto, nos casos em estudo, falamos efetivamente num direito à reprodução.

A este respeito devemos perceber se estes direitos reprodutivos serão classificados como DLG, isto é, manifestados como um poder de autodeterminação da pessoa, implicando um dever de abstenção do Estado e dos restantes cidadãos, ou como DESC, no sentido de que existe um direito de exigir do Estado assistência para alcançar esse objetivo, o que implicaria nomeadamente que fosse o Estado a suportar os tratamentos de PMA.

Nestes termos, a CRP, no seu art. 67.º n.º 1 determina que “*a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros*”. Depois, no seu n.º 2, são enumeradas as incumbências do Estado para proteção da família¹³, sendo que, na sua al. e) vem fazer recair sobre o Estado o dever de “*regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”¹⁴.

Ora, não temos dúvidas que o direito reprodutivo é um direito fundamental e formalmente consagrado na nossa Constituição, mas é preciso concretizar em que normas o é, uma vez que não o está de forma explícita. Assim, muito brevemente, vamos percorrer os normativos que poderiam ser invocados para legitimar o reconhecimento constitucional de um direito à reprodução, e por conseguinte, um direito à procriação medicamente assistida, nomeadamente os artigos 24.º, 25.º, 26.º e 36.º¹⁵.

¹² VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., pp. 47-48.

¹³ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Almedina, 5.ª Edição, 2017, p. 77.

¹⁴ Esta alínea foi aditada na revisão constitucional de 1997, mas só em 2006 surge a LPMA.

¹⁵ MARIA LUÍSA ALVES DA SILVA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio corpo*, Universidade do Porto, Faculdade de Direito, Maio 2001, p. 444.

Desde logo, vejamos o direito à vida, consagrado no art.º 24.º da CRP que poderia ser encarado como direito a “dar vida”, um direito à vida de futuros seres ou ainda um direito à preservação e continuidade da espécie humana. Este preceito é muito invocado no sentido de proteger os embriões que são gerados por utilização das técnicas de PMA, atribuindo-lhes esse tal direito à vida.

Depois, há ainda quem chame à colação o direito à integridade física, consagrado no art.º 25.º da CRP, no entanto, este apenas nos confere “*o direito a manter a integridade corporal e a preservá-la de ingerências externas*”¹⁶, não conferindo uma liberdade ou poder de disposição sobre o corpo, no sentido de nos conferir um direito à reprodução.

Vejamos agora o direito ao desenvolvimento da personalidade previsto no art.º 26.º n.º 1 da CRP que trata da “*liberdade do indivíduo escolher o caminho que quer tomar como pessoa e a conformar-se a si próprio, de acordo com as opções que fizer*”¹⁷, englobando “*a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida*”¹⁸. Ora, a reprodução não poderá deixar de fazer parte desta esfera, uma vez que ter filhos é uma das formas de realização pessoal, ainda assim não nos parece que possamos considerar que esta norma funda um direito à PMA.

Há ainda quem invoque o direito à intimidade privada e familiar previsto no art.º 26 n.º 2 da CRP, no sentido de esta reserva da intimidade da vida familiar poder ser entendida como direito a utilizar as técnicas de PMA sem que o Estado intervenha, isto é, por ser uma questão do foro privado. Nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO, este direito “*envolve diretamente a componente familiar, assegura uma esfera de privacidade ao indivíduo, no contexto das suas relações familiares*”¹⁹. Ora, apesar de proteger o direito ao foro privado dos indivíduos, não lhe atribui qualquer direito à reprodução.

Por fim, surge-nos o muito importante direito a constituir família previsto no art.º 36.º n.º 1 da CRP, que consubstanciará o direito a formar uma família e a deixar descendência, reconhecendo a todos o direito de constituir família em plena igualdade²⁰.

¹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., pp. 239-240.

¹⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., pp. 244.

¹⁸ Ac. TC n.º 288/98 de 17 de Abril de 1998.

¹⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Almedina, 5.ª Edição, 2017, p. 72.

²⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., 2017, p. 70.

Este direito compreenderá as diversas relações familiares, autonomizando desde logo o direito a contrair casamento. Nestes termos, o direito à reprodução será uma das vertentes do direito a constituir família. Nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO este direito a constituir família deve ser entendido “*como o direito a estabelecer relações de vários tipos, particularmente relações de filiação*”. É certo que a norma refere que “*todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*”, no entanto é certo que o direito a constituir família também ultrapassa o direito ao casamento, uma vez que nem toda a família é constituída com base num casamento. Apesar de ambos os direitos se fundirem numa só norma, temos dois direitos distintos: o direito ao matrimónio e o direito a constituir família, sendo que o casamento não será requisito necessário para a constituição da família²¹. Vejamos por exemplo, o caso das famílias monoparentais (as quais nos vão interessar no presente estudo) ou das famílias constituídas a partir de uma união de facto, que não assentam no casamento e que são cada vez mais uma realidade – sendo na mesma uma forma de família.

Nestes termos, o direito a constituir família abrangerá todas as possibilidades de constituição de relações familiares podendo elas ser estabelecidas por casamento, parentesco, afinidade, adoção, filiação por PMA heteróloga e apadrinhamento civil²². Parte da doutrina entende ainda que este direito a constituir família abrangerá a união de facto²³. Assim, o direito a constituir família vai abarcar, além de outros, o direito a contrair casamento, o direito a adotar e, no que ao nosso estudo interessa, o direito a ter filhos biológicos²⁴.

Aqui chegados, podemos concluir que o direito à reprodução encontra acolhimento nesta norma constitucional ou, pelo menos, que esta é a norma que melhor

²¹ VERA LÚCIA RAPOSO *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., p. 297.

²² JORGE DUARTE PINHEIRO, ob. cit., p. 70.

²³ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 561; CRISTINA ARAÚJO, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2012, p. 453; DAVID DUARTE, “Perspectivas constitucionais da família” in *Traços da Família portuguesa*, Direção Geral da Família, 1994, pp. 94-95; JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, *Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 814-817.

²⁴ A este respeito vejamos o que nos diz VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., p. 46: “*a PMA desempenha um papel paradoxal: se por um lado permite uma ficção de reprodução biológica a pessoas impedidas de o fazerem, e nesta medida afasta o biologismo, em nome do carácter afetivo da parentalidade, por outro lado, leva o biologismo até ao seu extremo, (...) utilizando todo um rol de técnicas para permitir a reprodução biológica a pessoas que, de outra forma, teriam que se satisfazer com a constituição de “família não genética”*”. JORGE DURTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II., ob. cit., pp. 16 e ss.

legítima a consagração deste direito como um direito fundamental. Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA este art.º 36.º n.º 1 “*consagra o direito fundamental de «constituir família». Trata-se, sem dúvida, do direito fundamental de procriar e de ver a prole juridicamente reconhecida: o preceito invoca-se no sentido de eliminar todos os obstáculos ao estabelecimento jurídico das relações de filiação*”²⁵.

Concluimos assim que o direito fundamental à reprodução é um dos direitos juridicamente reconhecidos, nomeadamente pelo artigo 36.º n.º 1 da CRP. Nestes termos, o direito a procriar será reconhecido a todos os indivíduos, sendo que, com frequência, fará parte do projeto de vida de muitas pessoas. Ora, a sua não concretização provoca um grande desgaste, tendo impacto não apenas no plano biológico, como também no plano afetivo e social²⁶. A este propósito, diz-nos DIOGO LEITE CAMPOS que o desejo de procriar mais não é que “*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*”²⁷²⁸. Assim, parece-se justificar a configuração deste direito a procriar como um direito reprodutivo fundamental²⁹ decorrente do direito a constituir família disposto no artigo 36.º n.º 1 da CRP³⁰. É certo que, à data em que esta norma foi redigida ainda não se falava em técnicas de procriação medicamente assistida, ainda assim, deverá fazer-se, a nosso entender, uma interpretação atualista da norma³¹, de forma a que o direito a constituir família previsto neste preceito constitucional abranja a PMA³².

A este propósito, surge também a questão de saber em que medida deve o Estado intervir nestas temáticas, isto é, se deverá abster-se de legislar³³ ou se deverá legislar sobre

²⁵ GUILHERME OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida” in *Temas de Direito de Medicina*, ob. cit., p. 6.

²⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais, e das duas mães)”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 7, 2007.

²⁷ DIOGO LEITE CAMPOS, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Vol. III, 2006.

²⁸ No mesmo sentido cfr. PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 35.

²⁹ GUILHERME OLIVEIRA, “Legislar sobre procriação medicamente assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, p. 6. No mesmo sentido, Vera Lúcia Raposo.

³⁰ “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

³¹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais e das duas mães)” in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 7, 2007, p. 265.

³² GUILHERME OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação medicamente assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp. 6-8.

³³ FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 17.

o uso destas técnicas³⁴. Ora, é certo que, o Estado não deveria intervir na decisão de os seus cidadãos terem ou não filhos, no entanto, deve o Estado intervir no sentido de estabelecer condições de acesso e de exercício a estas técnicas de PMA³⁵, de modo a assegurar a aplicação uniforme do direito e criar alguma certeza e segurança jurídicas.

Porém, quanto a este aspeto não podemos dizer que há um consenso na doutrina³⁶. Se, por um lado, autores defendem³⁷ que a utilização PMA deve ser deixada nas mãos dos particulares e dos profissionais de saúde, por outro lado, temos quem defenda que deixar estas técnicas ao livre-arbítrio seria bastante perigoso. Ainda assim, apesar desta falta de consenso, parece pelo menos pacífico que se deve assegurar uma proteção mínima³⁸. A este respeito, entende LUÍSA NETO, com a qual concordamos, que “*de facto, parece que a CRP, tendo em conta uma linha de interpretação objetivista, mesmo que sem extremos atualistas, no quadro do estado da arte médica atual, deve garantir o recurso à procriação medicamente assistida aos sujeitos que necessitem destes meios para cumprir os desideratos constitucionais de livre desenvolvimento da personalidade e de constituição de família (...). Daí que a procriação medicamente assistida deva ser primacialmente garantida aos sujeitos para quem é a única forma de reprodução possível*”³⁹. Entendemos assim que deverá ser qualificado como DESC, no sentido, pelo menos, de o Estado conferir condições aos seus cidadãos para acederem a estas técnicas.

2. A evolução histórica recente no ordenamento jurídico português

Ora, se já em 1978, nascia Louise Brown, a primeira criança concebida e nascida através da técnica de fertilização *in vitro*⁴⁰, o que se tornou um marco histórico na utilização das técnicas de procriação medicamente assistida⁴¹, só em 2006 Portugal regulamentou o uso destas técnicas.

³⁴ TIAGO DUARTE, *In vitro veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 66.

³⁵ GUILHERME OLIVEIRA, “Beneficiários da procriação assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, 1999, Coimbra Editora, p. 37.

³⁶ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010, p. 20-25.

³⁷ FERNANDO ARAÚJO, *A procriação medicamente assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 17.

³⁸ GUILHERME OLIVEIRA, “Legislador sobre Procriação Assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 76-79.

³⁹ MARIA LUÍSA ALVES DA SILVA NETO, *O Direito Fundamental...*, ob. cit., p. 444.

⁴⁰ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga”, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3.º, n.º 6, 2006, p. 10.

⁴¹ Em Portugal, 8 anos depois viria a nascer o primeiro bebé proveta, pelas mãos do Doutor Pereira Coelho.

Nestes termos, deu-se o primeiro passo na regulamentação da PMA em Portugal, com o Despacho n.º 37/86 de 14 de Abril, que criou a Comissão para Enquadramento legislativo das Novas Tecnologias⁴². Desta comissão resultou o primeiro diploma que tratava da PMA, o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro, que já previa algumas normas relativas à PMA heteróloga e aos bancos de esperma, o que se revelava manifestamente insuficiente⁴³. Alguns projectos foram surgindo posteriormente, mas sem nunca seguirem em frente dadas as divergências de entendimento que se verificavam⁴⁴.

Ora, em 1997, deu-se a revisão constitucional, passando a Constituição a prever na alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º, que é incumbência do Estado a proteção da família e a regulamentação da procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade humana⁴⁵. Ainda assim, só em 1999 surge o Decreto n.º 415/VII, que chegou mesmo a ser aprovado pela Assembleia da República, no entanto vetado pelo Presidente da República⁴⁶.

O certo é que, perante este vazio legislativo de vários anos, só em 2006 é que foi aprovada e homologada a LPMA, a Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho. Entretanto, essa lei foi alterada já várias vezes, nomeadamente pelos seguintes diplomas: a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, a Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, a Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, a Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, a Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, a Lei n.º 72/2021, de 12 de Novembro e a Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro.

Mais recentemente, em 2021, surgiram vários projetos de lei⁴⁷ que pretendiam que se interviesse precisamente nos aspetos que vamos analisar no presente estudo – as técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem*, nomeadamente, no sentido de permitir o recurso às técnicas de PMA na vertente de inseminação artificial *post mortem* que, à data, era proibida. Entendiam os proponentes que a LPMA na redação que vigorava

⁴² PAULA MARTINHO SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, 2011, p. 11.

⁴³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei n.º 32/2006 sobre a Procriação Medicamente Assistida” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 67, n.º 3, 2007, p. 977.

⁴⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa da Procriação Medicamente Assistida” in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3, n.º 6, 3006, p. 89.

⁴⁵ BENEDITA MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida” in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE, FDUP, Porto, 2017, p. 55-56. Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporânea*, ob. cit., pp. 171 e ss.

⁴⁶ PAULA MARTINHO SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, 2011, p. 12.

⁴⁷ Nomeadamente o Projeto de Lei n.º 214/XIV/1.ª (Cidadãos), o Projeto de lei n.º 223/XIV/1.ª (PS), o Projeto de lei n.º 237/XIV/1.ª (BE) e o Projeto de lei n.º 572/XIV/1.ª (PCP).

era desajustada e discriminatória por permitir desde logo que uma mulher pudesse ser inseminada com sêmen de dador anónimo, que podia estar vivo ou não à data do procedimento, no entanto proibia expressamente o recurso à inseminação no âmbito de um projeto parental no caso de se tratar de dador conhecido, que neste caso era o marido ou companheiro da mulher. Argumentavam os proponentes que tal proibição configurava uma “*extrema crueldade e discriminação*”, pretendendo ainda que, com a alteração à LPMA, se abolisse a obrigatoriedade de destruição de sêmen de dador que viesse a falecer.

Ora, tal alteração veio mesmo a verificar-se, com a Lei n.º 72/2021 de 12 de Novembro, a sétima alteração à LPMA⁴⁸. Nas próximas páginas vamos considerar alguns aspetos do regime vigente em Portugal, tendo sempre presente que o objeto do nosso estudo é a utilização *post mortem* das técnicas de PMA e os efeitos sucessórios daí decorrentes.

3. As técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem*

Nestes termos, a PMA agrupará “*o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual*”⁴⁹. As técnicas de PMA⁵⁰, no âmbito da LPMA⁵¹, vêm previstas no seu artigo 2.º, sendo estas, designadamente, a inseminação artificial; a fertilização *in vitro*; a injeção intracitoplasmática de espermatozóides; a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; o diagnóstico genético pré-implantação⁵²; e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Considerando o objeto do nosso trabalho, focaremos o nosso estudo, em linhas muito gerais, na inseminação artificial e na fertilização *in vitro*⁵³, na medida em que apenas estas duas técnicas vêm reguladas na PMA *post mortem*. A inseminação artificial

⁴⁸ De referir que, posteriormente, surgiu ainda a oitava alteração à LPMA, a Lei n.º 90/2021, a qual incidiu sobre a gestação da substituição, que não vamos estudar no presente trabalho.

⁴⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Almedina, 5.ª Edição, Reimpressão, 2017, p. 167.

⁵⁰ A este respeito ver JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 7.ª Edição, 2020, pp. 196 e ss.

⁵¹ Quando nada for referido em sentido contrário, sempre que utilizarmos a expressão “LPMA” estamos a referir-nos à LPMA na sua mais recente versão, isto é, a que lhe foi atribuída pela Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro.

⁵² Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., pp. 168 e ss.

⁵³ Mais à frente, quando for oportuno, faremos apenas um breve apontamento sobre a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides.

consiste na introdução de esperma no aparelho reprodutor feminino. A fertilização *in vitro*, por sua vez constitui a união dos gâmetas feminino e masculino em laboratório para posterior transferência de embrião para o útero⁵⁴. Na primeira técnica, determina-se o momento da ovulação da mulher, seja ele natural ou induzido, para posterior inseminação com o esperma, podendo a mulher ser ou não submetida a tratamentos hormonais para induzir a produção de ovócitos. A par disto, os espermatozóides são recolhidos e também eles sujeitos a tratamento laboratorial para posterior transferência para o organismo feminino. Na segunda técnica procede-se também à recolha e tratamento de espermatozóides, mas neste caso o processo de fertilização não ocorre dentro do aparelho reprodutor feminino, mas em laboratório, sendo, para o efeito, a mulher submetida a tratamentos hormonais, sendo-lhe retirados posteriormente alguns ovócitos. Só após esta fertilização exterior, e estando formados embriões, é que estes serão transferidos para o útero⁵⁵.

4. A procriação homóloga e heteróloga

A propósito das duas técnicas de PMA a que nos referimos *supra*, convém distinguir entre a PMA homóloga e heteróloga, uma vez que as duas técnicas referidas poderão pertencer a um ou outro grupo. Como o próprio nome indica, a PMA homóloga é aquela em que são utilizados gâmetas do próprio casal beneficiário, enquanto, que, a PMA heteróloga pressupõe que pelo menos um dos gâmetas provenha de terceiro⁵⁶, isto é, de um dador.

Centrando-se, o presente estudo, na reflexão sobre os efeitos sucessórios da procriação medicamente assistida *post mortem*, interessa-nos, em particular, a procriação homóloga, uma vez que esta possibilidade pressupõe a utilização do material genético daquele que forneceu o material genético e assumiu o projeto parental, e que *in casu* veio a falecer, não se colocando em discussão neste estudo os casos de PMA heteróloga. No caso em estudo, vai acontecer que a criança que vier a nascer fruto das técnicas de PMA

⁵⁴ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, Abril de 2010, p. 18. VERA LÚCIA RAPOSO, “Direitos Reprodutivos” in *Lex Medicinæ*, ano 2.º, n.º 3, 2005, p. 117.

⁵⁵ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, Abril de 2010, p. 18. VERA LÚCIA RAPOSO, “Direitos Reprodutivos” in *Lex Medicinæ*, ano 2.º, n.º 3, 2005, p. 117.

⁵⁶ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.* p. 19.

post mortem será biologicamente filha do falecido e, portanto, importará perceber se o será também considerada juridicamente e quais os efeitos sucessórios que daí advirão.

Assim, interessar-nos-ão os casos de inseminação artificial *post mortem*, isto é, a introdução de espermatozóides criopreservados, no órgão reprodutor feminino, do membro masculino casal que, entretanto, já faleceu⁵⁷ e os casos de transferência de embriões *post mortem*, ou seja, quando após a fertilização *in vitro*, mas antes da transferência do embrião para o útero, o elemento masculino do casal falece⁵⁸.

5. Os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida⁵⁹

O artigo 6.º da LPMA, tal como hoje está vigente (nomeadamente com alteração efetuada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho) define quem poderão ser os beneficiários destas técnicas de PMA: “*os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual*”. Fazendo um breve percurso pela evolução da nossa lei, esta não é a versão original da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho. A versão originária dizia serem beneficiários “*só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA*”.

Ora, é de extrema importância, inclusive para o nosso estudo, o facto de desde 2016 todas as mulheres, sozinhas ou em casal, poderem aceder a estas técnicas, independentemente de qualquer diagnóstico, sendo precisamente do acesso às técnicas de PMA a mulheres sozinhas, neste caso viúvas, que falaremos ao longo do nosso trabalho.

Para além de outras alterações, se em 2006 se previa que poderiam aceder a estas técnicas os casais que vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos, hoje, com a alteração de 2016, essa restrição desapareceu, exigindo-se apenas

⁵⁷ ANA RAQUEL RIBEIRO, “Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*” in *Estudos Doutoramento & Mestrado*, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, p. 10.

⁵⁸ O caso de ser o membro feminino do casal a falecer não estará aqui aprofundando, uma vez que para tal seria necessária a gestação de substituição que não é o foco deste estudo. ANA RAQUEL RIBEIRO, “Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*” in *Estudos Doutoramento & Mestrado*, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, p. 13.

⁵⁹ Para uma análise mais abrangente dos beneficiários das técnicas de PMA ver, por exemplo, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 7.ª Edição, 2020, pp. 206 e ss.

que os casais vivam em condições análogas às dos cônjuges. Portanto, parece não se exigir uma duração mínima tanto aos casais casados, como para os que vivem em condições análogas à dos cônjuges, pelo que, também não parece que haverá distinção entre casais casados ou em condições análogas à dos cônjuges na questão da PMA *post mortem*.

O certo é que, com a alteração introduzida pela Lei 17/2016, de 20 de junho, permitiu-se o acesso a estas técnicas a casais de mulheres e a todas as mulheres, independentemente do estado civil e orientação sexual, pondo-se em causa o carácter subsidiário das técnicas de PMA, consagrado no artigo 4.º n.º 1 da LPMA⁶⁰. Aliás, dentro do artigo 4.º, vem o seu n.º 3 prever que “*as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”⁶¹. Assim, podemos concluir que, hoje, a lei prevê a PMA não como método subsidiário, mas como método alternativo⁶², não sendo mais exclusivamente uma terapêutica para combater a infertilidade, podendo, nomeadamente ser usada, para contornar uma impossibilidade, como será o caso da morte.

Ainda quanto aos beneficiários, é-nos dito pelo artigo 6.º n.º 2 da LPMA que os beneficiários devem ter pelo menos 18 anos de idade, não podendo existir uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas. Prevê-se assim uma idade mínima para aceder a estas técnicas de PMA, não se prevendo, no entanto, qualquer idade máxima⁶³. Primeiro, podemos logo perguntar-nos se esta idade mínima é razoável. Comparando desde logo com o instituto adoção⁶⁴, que estabelece um requisito mínimo de 25 anos, este parece um requisito muito mais permissivo. Terão as pessoas com 18 anos

⁶⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ob. cit.*, pp. 149-167.

⁶¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Filhos de Pai anónimo no século XXI”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE, FDUP, 2017, Porto, pp. 52-53.

⁶² LUÍSA NETO, “O novo regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições” in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE e FDUP, Porto, p. 85; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ob. cit.*, p. 159; A este respeito, veja-se a declaração interpretativa do CNPMA de 2 de Setembro de 2016: “*a) a interpretação ética e socialmente mais acertada do estatuído no artigo 4.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, é a de que os três números desse comando legislativo valem como se neles tivesse escrito que as técnicas de PMA são um método subsidiário e não alternativo de procriação que podem ser usadas por casais inférteis que preenchem os requisitos previstos nos dois números do artigo 6.º e por todas as mulheres independentemente de um diagnóstico de infertilidade, do seu estado civil e da sua orientação sexual, podendo também sê-lo, em todas essas circunstâncias e sendo caso disso, como contributo para o tratamento de doença grave ou para a minimização do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*”.

⁶³ AMÉLIA AUGUSTO, “A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: agentes, contextos e processos” in *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: contributos para uma reflexão*, U. Porto Editorial, 1.ª Edição, Porto, Maio de 2009.

⁶⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ob. cit.*, pp. 156 e ss.

maturidade para se submeter a estas técnicas, nomeadamente na vertente *post mortem*? Depois, o facto de não existir um limite de idade máximo levanta muitas questões⁶⁵. Pode uma mulher com 50, 55, 60 anos, ainda em idade fértil recorrer a estas técnicas? Poderá uma pessoa já não em idade fértil recorrer a estas técnicas? O certo é que a lei não distingue.

Muita são também as críticas em torno da biparentalidade e do chamado direito do filho a esta biparentalidade⁶⁶, uma vez que com esta alteração legislativa regressa o que já se tentou combater de forma muito incisiva outrora – os filhos de pai incógnito⁶⁷. Estar-se-á efetivamente a ter em conta o interesse da criança ao admitirmos um acesso tão permissivo a estas técnicas?⁶⁸ Talvez ainda permaneça, entre nós, a ideia de que a família natural, tradicional, será aquela que é constituída por pai e mãe, uma família heterossexual e, com toda a certeza era essa a ideia base do direito da filiação antes das alterações à LPMA em 2016, garantindo nomeadamente que a criança beneficiasse de dois progenitores, pai e mãe, promovendo-se até processos de averiguação da filiação officiosos⁶⁹. No entanto, como já referimos no capítulo anterior, entendemos existir um direito fundamental a procriar⁷⁰, estabelecendo o artigo 36.º n.º 1 da CRP que “*todos têm o direito de constituir família*”, ou seja, qualquer pessoa terá a liberdade e direito de constituir família⁷¹. É certo que, mesmo apesar do alargamento de 2016, ainda estão de fora algumas pessoas, nomeadamente homens e casais de homens. A verdade é que a lei já foi muito mais restritiva, no entanto, ainda assim, poderemos questionar se estará a violar este preceito do artigo 36.º n.º 1⁷².

⁶⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, “Querido, Congelei os Ovócitos”. in Loureiro, João; Pereira, André; Barbosa, Carla (org.). *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 4. Coimbra: Almedina, 2016, p. 211 e ss.

⁶⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, “Procriação Medicamente Assistida” in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, 2005, 753-786.

⁶⁷ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Filhos de Pai anónimo no século XXI”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE, FDUP, 2017, Porto, pp. 53

⁶⁸ GUILHERME OLIVEIRA, “Aspetos jurídicos da procriação assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 10.

⁶⁹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Filhos de Pai anónimo no século XXI”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE, FDUP, 2017, Porto, p. 49.

⁷⁰ GUILHERME OLIVEIRA, “Beneficiários da procriação assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 34;

⁷¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A procriação medicamente assistida e o sigilo do dador – ou a onipotência do sujeito” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, 2006, ponto 8.

⁷² MARTA COSTA, PAULA MARTILHO DA SILVA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Março de 2011, p. 35.

Hoje em dia, família é muito mais do que um instituto tradicional, independente do casamento, da relação heterossexual, dos filhos nascidos após o matrimónio. Hoje conseguimos perceber que não há uma forma de família perfeita e mais harmoniosa, e cada família tem a sua estrutura, seja ela formada por casal heterossexual, homossexual, casados entre si ou não, seja ela formada por apenas um progenitor⁷³. Nesse seguimento, podemos desde já adiantar, conforme analisaremos no capítulo seguinte, que não entendemos que seja conferido à criança este direito “à biparentalidade”⁷⁴, o direito a nascer e crescer no seio e uma família biparental, com um elemento masculino e feminino. A criança terá sim um direito a nascer com dignidade, numa família estável e que lhe dê as melhores condições de desenvolvimento possíveis. A estrutura da família não vai, a nosso ver, garantir o melhor ou pior o desenvolvimento da criança⁷⁵, não sendo também esse um obstáculo à permissão de PMA *post mortem*.

⁷³ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (PMA)” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Direito Privado e Vária, Almedina, 2002;

⁷⁴ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga” in *Lex Medicinæ*, n.º 6, ano 3, 2006, pp. 33. Esta questão da biparentalidade será discutida no Capítulo seguinte, na medida em que interessa, e muito, ao nosso estudo.

⁷⁵ Francisco Manuel Pereira Coelho diz-nos que devem ser pesados dois polos: o direito ao filhos e os direitos do filho!

CAPÍTULO II

A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM* HOMÓLOGA

1. Apresentação da problemática

Após um breve enquadramento do tema da procriação medicamente assistida, vamos focar-nos nos aspetos da PMA *post mortem* homóloga, isto é, nas técnicas de PMA em que são apenas utilizados gâmetas do próprio casal beneficiário, e em que, durante o procedimento, o membro masculino do casal falece⁷⁶. Nestas circunstâncias, o membro sobrevivente do casal, que neste caso será necessariamente feminino, vê-se numa difícil situação, olhando para esta possibilidade como uma espécie de tábua de salvação, quer no sentido de dar continuidade à vida de um ente querido num outro ser, de evitar a solidão⁷⁷ ou mesmo de realizar a vontade do falecido em ter um filho⁷⁸. Independentemente das razões que levem a pessoa a procurar a PMA *post mortem*, o certo é que, atualmente, a morte não é mais um obstáculo à procriação, havendo esta possibilidade de criopreservar gâmetas e embriões para serem usados após a morte do seu genitor⁷⁹. Desta possibilidade vão advir diversos problemas, alguns deles, bastante complexos, estando precisamente os efeitos sucessórios e paterno-filiais no cerne desta problemática.

Ora, conforme já analisamos supra, a PMA *post mortem* vai abranger os casos de inseminação artificial *post mortem* e os casos de FIV e posterior transferência de embrião criopreservado *post mortem*⁸⁰. Nestes termos, e antes de prosseguirmos para os efeitos sucessórios e paterno-filiais que poderão advir da utilização destas técnicas, vamos discutir a admissibilidade de utilização destas técnicas, nomeadamente da utilização de sêmen de homem já morto para fertilizar um óvulo, dentro do aparelho reprodutor

⁷⁶ E aqui referimos membro masculino do casal, porque, como sabemos, se o membro feminino do casal falecer, a procriação não poderá seguir em frente, a não ser que se recorra à gestação de substituição. E, aliás, como também sabemos, os homens, sozinhos, não são sequer beneficiários das técnicas de PMA.

⁷⁷ PAULA MARINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011, p. 118.

⁷⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, “Procriação Medicamente Assistida” in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Almedina, 2005, pp. 753-785;

⁷⁹ ANA RAQUEL RIBEIRO, “Aspetos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*”, in *Estudos, Doutoramento & Mestrado*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Maio de 2020, p. 9

⁸⁰ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga post mortem.*, Coimbra Editora, 2010, p. 51.

feminino e ainda o caso de o embrião já formado e criopreservado ser transferido para o útero materno, após a morte do homem que forneceu o respetivo gâmeta masculino.

2. A admissibilidade das técnicas de PMA *post mortem*

Começaremos, desde já, por refletir sobre a admissibilidade das técnicas de PMA *post mortem*, de uma forma mais genérica e, posteriormente, refletiremos sobre os aspetos mais particulares de cada uma das técnicas em análise.

Convém, desde logo, deixar claro que aqui falaremos da possibilidade de uma mulher, após a morte do seu marido ou companheiro, engravidar do mesmo, por via das técnicas da PMA, distanciando-nos daquelas situações em que a criança nasce após o falecimento do pai ou até mesmo os casos em que a gravidez apenas é detetada após a morte do mesmo, apesar de se ter iniciado antes da morte do mesmo. Estes são casos totalmente diferentes daqueles que estamos aqui a discutir uma vez que, a morte do pai se dá num momento em que a gravidez já se iniciou. Nos casos em análise, falamos de situações em que a criança nascerá, por uma escolha voluntária sem pai⁸¹, uma vez que, este é pré-falecido à sua conceção ou implantação no útero materno⁸².

Assim, muitas são as questões que irão ser levantadas em torno da admissibilidade ou não destas técnicas, até porque vários são os interesses a ponderar: desde logo, o interesse da própria criança que vier a nascer, o interesse do homem que faleceu e ainda o interesse dos sobreviventes – quer o da própria viúva e futura mãe, quer dos restantes familiares, nomeadamente aqueles a quem são conferidos direitos sucessórios.

Efetivamente, a admissibilidade das técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem* ameaçam a “biparentalidade” que referimos anteriormente, potenciando uma família unilinear, que neste caso se consubstanciará apenas numa mãe e que será, no caso, viúva⁸³. Nestes termos, muitos são os autores que rejeitam esta ideia de admissibilidade da PMA *post mortem*⁸⁴, invocando, desde logo, o direito à biparentalidade da criança⁸⁵,

⁸¹ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 52. Nas palavras da autora “*estar-se-á autorizando a necessária formação de uma família monoparental voluntária*”.

⁸² Situação que é, no máximo, comparável às situações em que a mulher solteira recorre às técnicas de PMA.

⁸³ LUISA NETO, *O Direito fundamental...*, *ob. cit.*, p. 445.

⁸⁴ Vejamos por exemplo, LUÍS ARCHER, “Procriação Medicamente Assistida. Evolução do Pensamento Ético de 1986 a 1999”, *ob. cit.*, pp. 41-42; PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, pp. 72 e ss.

⁸⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, “Procriação Medicamente Assistida” in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, 2005, pp. 753-786; JOSÉ ÁLVARO DIAS, “Procriação Medicamente Assistida, Dignidade e Vida”, in *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora* (AA.VV),

uma vez que, se está a criar um ser que, à partida, sabemos que nunca conhecerá o seu pai e que será, voluntariamente, órfã de pai⁸⁶. Alguns destes autores entendem que se deve conferir à criança um direito a nascer num agregado familiar biparental, composto por pai e mãe. Alguns autores dizem ainda, a este respeito, que se estará aqui a permitir a formação de uma família monoparental voluntária, em detrimento de soluções como por exemplo, a adoção, que permitiria resgatar crianças que, na prática, já não têm pai nem mãe.

Acresce ainda, como defendem MARTA COSTA e PAULA MARINHO DA SILVA, que este livre exercício dos futuros progenitores de conceberem uma criança “*é indissociável das responsabilidades parentais*”, as quais não poderão ser exercidas por parte desta pessoa já falecida⁸⁷.

Muitos são os normativos invocados⁸⁸ mas, ainda assim, entendemos que nenhum deles confere à criança este possível “direito à biparentalidade”⁸⁹, acolhendo neste sentido o entendimento de VERA LÚCIA RAPOSO, uma vez que “*ainda não nos foi demonstrado que a paternidade ou a maternidade singulares ou homossexuais acarretam prejuízos para a criança assim nascida*”⁹⁰.

Outro obstáculo que é apresentado é o facto de que a criança nascerá já decorrido um largo lapso de tempo da morte do pai, pelo menos mais de 9 meses, podendo mesmo arrastar-se durante vários anos, o que vai afetar toda a estrutura familiar e sucessória do

Coimbra Editora, 1998, pp. 204-206; JOÃO CARLOS LOUREIRO, “O Direito à Identidade...”, *ob. cit.*, pp. 322 ss.; PEREIRA COELHO, “Procriação Assistida...”, *ob. cit.*, pp. 17-18; PAULO OTERO, *Personalidade...*, *ob. cit.* pp. 71 e ss.

⁸⁶ A propósito ver JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito Contemporâneo da Família*, *ob. cit.*, p. 195, “*a programação consciente da vinda de um filho que nascerá já órfão de pai representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores – interesse, indevidamente privilegiado, que tanto poderá ser o do defunto (desejo da imortalidade ou vontade de resolver problemas sucessórios) como o do membro sobrevivente do casal (tentativa de obter consolo ou evitar a solidão)*”.

⁸⁷ A lei expressamente refere que os que procriam têm uma obrigação direta de responsabilidade para com os filhos, no entanto, essa responsabilidade não é aferida conjuntamente, podendo tanto o pai, como a mãe, realizá-la individualmente (art. 36.º n.º 5 da CRP).

⁸⁸ Nomeadamente os artigos 4.º e 7 da CDC, a Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento; o artigo 36.º n.º 3 e o artigo 69.º n.º 2 da CRP.

⁸⁹ CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 215/216, fazendo uma comparação com o instituto da adoção refere que “*a atual redação do art. 1979.º n.º 2 CC, dada pelo Dec. Lei n.º 496/77, de 25-11, veio permitir a adoção plena por pessoa solteira ou viúva com mais de 35 anos. De todo o modo o direito da criança a uma família biparental não é absoluto, sob pena de se negar à própria criança o direito à existência em casos específicos de intenso desejo de gerar por parte de ambos os progenitores, mas em que a procriação natural surja dificultada por causas alheias à vontade destes*”.

⁹⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Almedina, 2014, p. 675.

falecido⁹¹. Quanto a este aspeto, a LPMA, na sua última versão, conforme analisaremos, vem prever um prazo máximo de três anos para utilização destas técnicas, mas, ainda assim, podemos concordar que estamos perante uma estagnação ao nível da filiação e dos efeitos sucessórios.

Ainda a respeito da admissibilidade destas técnicas, outros autores fazem aqui um paralelismo com a adoção, uma vez que, esta é permitida a pessoas solteiras⁹², o que poderia revelar aqui alguma incongruência do nosso sistema jurídico caso não se admitisse o acesso da PMA a pessoas que, como nos casos em análise, ficam viúvas ou sem companheiro e querem prosseguir com a procriação⁹³. Ainda assim, este entendimento é bastante criticável e tendemos a não concordar, partilhando o entendimento daqueles que vêem a adoção como um instituto preocupado com o resgate de crianças já nascidas e posteriormente “abandonadas”, ao contrário da PMA *post mortem* em que, previamente, se decide e escolhe que a criança terá apenas um progenitor, neste caso, a mãe.

Acresce, ainda, a todos estes argumentos, um que refuta a admissibilidade destas técnicas e que se baseia na motivação da mulher ou companheira sobreviva, para querer ir em frente com a utilização das técnicas de PMA após a morte do companheiro. No entendimento de alguns autores, teme-se que a mulher tenha como principal força motriz para seguir com as estas técnicas o dinheiro, isto é, uma motivação monetária, vendo no futuro filho uma possível fonte de rendimento⁹⁴. Não acolhemos este entendimento.

Por outro lado, também temos quem defenda a admissibilidade do uso destas técnicas. Nomeadamente, há quem diga que a utilização do esperma do defunto não é

⁹¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 830.

⁹² SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 54. A este propósito FRANCISCO PEREIRA COELHO ressalva que, no caso da mulher solteira recorrer às técnicas de PMA, o pai seria “*um simples número de código*”, enquanto que, no caso da inseminação *post mortem*, o pai morreu, é certo, “*mas tem um rosto; a memória e a imagem dele ficariam na casa, na família e no imaginário do filho*” (“Procriação Assistida com gâmetas do casal”, Colóquio Interdisciplinar, 12-13 de Dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Universidade de Coimbra, 1993, p. 25).

⁹³ CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 215-216.

⁹⁴ VERA LÚCIA RAPOSO; EDUARDO DANTAS, “Aspetos Jurídicos da Reprodução *Post Mortem* em perspetiva comparada Brasil – Portugal”, in *Separata de Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 7, n.º 14, Julho/Dezembro 2010, p. 84: “*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*”.

diferente da utilização dos seus órgãos, ou que estas situações nada diferem daquelas em que as gravidezes prosseguem após a morte do pai ou do divórcio⁹⁵.

A par deste argumento, surge um outro, que nos parece ter mais força, que é o do respeito pelos desejos da pessoa falecida⁹⁶. Aliás, como melhor analisaremos, a admissibilidade destas técnicas no nosso ordenamento legislativo pressupõe a existência de um consentimento prévio e esclarecido no sentido da utilização destas técnicas em caso de morte, devendo o mesmo ser reduzido a escrito ou registado em videograma⁹⁷. Ora, prestado este consentimento, temos mais que manifesta e certa a vontade do homem de ser pai⁹⁸, mesmo que isso implique que o seja após a sua morte, razão pela qual, a morte não deve interromper o processo de reprodução medicamente assistida. Nestes termos, o direito a procriar dos pais da criança nascida através destas técnicas pertence, num dos seus lados, a uma pessoa já falecida, o que não será propriamente fácil de tutelar uma vez que, no nosso ordenamento jurídico a personalidade jurídica cessa com a morte⁹⁹. A este respeito, discutiremos ainda neste capítulo até que ponto o homem pode dispor dos seus gâmetas e também a questão de quem decide o destino dos embriões já formados após a morte do genitor masculino.

Surge ainda um outro argumento a favor da admissibilidade destas técnicas, mas que, a nosso ver, apresenta muito menos força - o direito reprodutivo da mulher sobreviva. Entendemos que, este argumento não colherá uma vez que, o direito reprodutivo da mulher não impõe que se permita a reprodução *post mortem*, já que esta poderá exercer o seu direito reprodutivo com o contributo de outro homem, quer companheiro, quer dador. Este direito reprodutivo da mulher, por si só, não pode justificar a admissibilidade destas técnicas a menos que, seja aqui aliado com o argumento que a nosso ver é mais forte – a vontade reprodutiva do falecido que foi manifestada em vida¹⁰⁰.

O certo é que o nosso ordenamento jurídico, como veremos, admite estas técnicas e, a nosso ver, bem, tendo inclusive, alargado a permissão à inseminação *post mortem*. Ora, e se a permissão da transferência de embriões *post mortem* já vem desde a versão

⁹⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p. 775.

⁹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 830.

⁹⁷ Com a recente alteração à LPMA, passou a exigir-se um consentimento para a utilização das técnicas de PMA *post mortem* e não só um consentimento para utilização das técnicas de PMA em geral.

⁹⁸ É certo que nem todas as vontades são protegidas pelo direito.

⁹⁹ PAULA MARINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011, p. 118

¹⁰⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 832.

originária da LPMA, fundada essencialmente na proteção do embrião, a permissão da inseminação já tem por detrás outros motivos, que analisaremos no ponto seguinte. A este respeito vejamos um excerto do Projeto de Lei 223/XIV/1.^a (PS): “Ademais, a subsistência em vigor do artigo 22.º com a redação atual torna-se mesmo incongruente perante a evolução que a lei conheceu nos últimos anos: podendo hoje uma mulher não casada e que não integre uma união de facto recorrer a técnicas de PMA com recurso a um dador anónimo e não existindo garantias de que este ainda esteja vivo no momento em que o início do procedimento tenha lugar, acaba por vedar-se a possibilidade de recurso à PMA quando esta era consciente, expressamente consentida e correspondente a uma vontade comum de ambos os futuros progenitores, admitindo-se, contudo, que nas mesmas circunstâncias, a intervenção possa ter lugar através de recurso a banco de doação.”

3. A inseminação artificial *post mortem*

A inseminação artificial *post mortem* consiste na utilização de sémen criopreservado de um homem já falecido para fertilização de um ovócito, isto é, quando uma mulher é inseminada com sémen de um homem já falecido¹⁰¹, sendo que esse homem, como já referimos, por força do art. 22.º n.º 1 da LPMA, terá obrigatoriamente de ter sido seu cônjuge ou vivido com a referida mulher em condições análogas à dos cônjuges. Ora, esta técnica é passível de utilização *post mortem* uma vez que, o sémen é congelado e poderá ser conservado por vários anos¹⁰². Esta técnica da congelação de sémen, para futura inseminação, permitirá que se previnam questões de infertilidade futura, nomeadamente provocada por doenças¹⁰³. Nestes termos, não será assim tão raro que, nestas circunstâncias, um casal inicie tratamentos de PMA, procedendo à extracção de sémen previamente, por exemplo, a uma intervenção cirúrgica ou a algum tipo de tratamento que provoque infertilidade, e que, na sequência destes tratamentos ou cirurgia, o homem que forneceu este material genérico, venha, entretanto, por diversas razões, a falecer.

¹⁰¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 815; ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 10.

¹⁰² De referir que, hoje em dia, as evidências científicas vão no sentido de que a utilização de sémen congelado é mais recomendável do que a de sémen fresco, mantendo ótimas características mesmo após vários anos de congelação e proporcionando um risco muito baixo de malformação fetal.

¹⁰³ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010, p. 60.

Muitas são as questões levantadas em torno da admissibilidade desta técnica em específico, sendo esta a técnica que mais resistência revela entre a doutrina, uma vez que estamos perante sémen criopreservado, o que por si só levanta questões muito particulares no que concerne com a sua classificação jurídica.

3.1 A classificação jurídica do material genético

Uma das questões que nos vai surgir, desde logo, a propósito da utilização desta técnica é então a questão da classificação jurídica do material genético criopreservado, isto é, do sémen criopreservado do falecido. A par desta questão surge uma outra de grande relevância que consiste em perceber e definir o direito à disposição do próprio corpo. Ora, como em muitas outras questões no que concerne com a PMA *post mortem*, também nestas, a doutrina diverge. A este respeito entendemos que nos é lícito¹⁰⁴ dispor do nosso corpo humano e das partes que o constituam, e no que toca à extracção de sémen, sendo esta voluntária e consentida¹⁰⁵, não nos parece que esta comportará uma violação à integridade física do homem.

Questão diferente será então perceber qual a classificação jurídica que melhor assenta ao sémen criopreservado. Assim, por um lado, autores há que defendem que o material genético é uma “coisa”¹⁰⁶, uma vez que está separado do corpo humano¹⁰⁷ e, por outro lado, outros defendem uma natureza mais pessoal deste material genético uma vez que, o mesmo tem a potencialidade de “formar pessoas”¹⁰⁸. Depois há ainda aqueles que

¹⁰⁴ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 60.

¹⁰⁵ A este respeito ver MARIA LUÍSA ALVES DA SILVA NETO, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, *ob. cit.*, p. 438 (“a liberdade corporal da pessoa exclui toda a intervenção não consentida de um terceiro na sua vida física”).

¹⁰⁶ Nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido congelei os óvulos”, *ob. cit.*, p. 222: “Não são obviamente pessoas, nem sequer entidades intermédias, mas sim coisas. O próprio legislador parece reconhecer esse facto ao usar (...) doação de gâmetas para se referir aos contratos que sobre eles versam, sendo que só as coisas podem ser objeto dos contratos doação”. Tendemos a não concordar com esta afirmação até porque o legislador também usa o termo “doação” para os embriões e não podemos apenas desse elemento literal retirar que os embriões sejam coisas (conforme veremos no ponto 4.1 do presente capítulo). Ainda a este respeito a autora, na mesma obra, diz-nos que “a doutrina tem apontado como características das coisas a apropriabilidade, a impessoalidade, a existência autónoma e a utilidade humana, deixando de parte a permutabilidade e a disponibilidade” (cfr. nota de rodapé 53, VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido congelei (...)”, *ob. cit.*, p. 222).

¹⁰⁷ Tendo presente que a serem coisas, nunca seriam iguais às restantes na medida em que estão excluídas do comércio.

¹⁰⁸ ANA RAQUEL RIBEIRO, “Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*”, in *ESTUDOS, Mestrado & Doutoramento*, 2011, p. 10; SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010, p. 61.

defendem tratar-se de um *tertius genus*, entre a coisa e a pessoa¹⁰⁹. Nestes termos, tendemos a concordar com OLIVEIRA ASCENÇÃO, que defende que as partes do corpo não são coisas, detêm dignidade e, no caso do sémen, esta dignidade ainda será acrescida uma vez que “*essas partes se mostram aptas a desempenhar uma função*”, que se traduz na “*potência de vida que contêm*”¹¹⁰.

No seguimento da classificação jurídica do material genético, surge então uma outra questão muito relevante: terá o falecido poder para dispor do seu sémen após a sua morte? Como bem sabemos, a personalidade e capacidade jurídicas terminam com a morte, nos termos do artigo 68.º n.º 1 do CC¹¹¹. Mas, como também sabemos, existe uma “*permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte*”, nos termos do artigo 71.º n.º 1 do CC¹¹². Ora, se por um lado, entendermos que o material genético é uma coisa sobre a qual podemos exercer o nosso direito de propriedade, entenderemos que cada um tem direito a dispor o seu material genético como bem atender, sendo este propriedade de cada um. Mas, por outro lado, se entendermos que não é uma coisa, mas sim algo mais perto da “*pessoa*”, este direito não existirá nos mesmos termos. Ainda assim, como bem sabemos, hoje em dia, em Portugal e em muitos outros países, é possível a doação de matéria genético e o seu uso nas técnicas de PMA. Portanto, a partir do momento que pode dispor do seu material genético em vida, doando, submetendo-o a técnicas de PMA, porque não poderá dispor deste após a sua morte?

Ora, olhando para o panorama atual da nossa LPMA, podemos dizer que sim, que o homem terá direito a dispor do seu material genético após a sua morte, mediante o consentimento informado, e mediante certos requisitos, que seguidamente analisaremos com mais profundidade.

3.2 A admissibilidade da inseminação *post mortem*

Como já foi referido, das duas técnicas em análise esta é, sem dúvida, a técnica que levanta mais problemas, sendo também aquela que revela a maior resistência por parte da doutrina¹¹³, uma vez que aqui ainda não existe embrião formado e, justamente, a

¹⁰⁹ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 11; VERA LÚCIA RAPOSO, “Contratos de donación de gametos: regalo de vida o venta de material genético?”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, 37, 2012, pp. 95-96.

¹¹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Direito e Bioética” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º, 1991, pp. 448-449.

¹¹¹ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 11.

¹¹² CAPELO SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 2011.

¹¹³ ANA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 56.

formação deste ocorrerá depois do seu progenitor falecer. Tal era a resistência em relação à utilização desta técnica *post mortem*, que a mesma era proibida pela própria LPMA até há bem pouco tempo¹¹⁴. O certo é que, nos últimos anos, muito por força dos meios de comunicação social e de casos reais que foram muito mediatizados, este assunto voltou à ribalta, abrindo de novo esta discussão e, tendo agora, aparentemente, muito mais apoiantes à sua permissão.

Em consequência desta nova discussão, surgiu então a Lei n.º 72/2021 de 12 de Novembro, lei esta, cujas alterações incidiram sobretudo neste campo. Ora, se até esta data, a inseminação artificial *post mortem* era expressamente proibida, a partir da entrada em vigor deste novo diploma, a utilização desta técnica passou a ser admissível dentro de determinados parâmetros e requisitos, tendo a lei que vem permitir o uso desta técnica, inclusive, efeitos retroactivos, nos termos do seu artigo 5.º.

Sendo esta alteração muito recente, faz sentido, para o presente estudo, fazer uma breve reflexão sobre o que a nossa lei previa até então, comparando posteriormente com as recentes alterações. Ora, na anterior redação da LPMA, a inseminação artificial *post mortem* era totalmente proibida, nos termos do artigo 22.º e 23.º da antiga LPMA¹¹⁵, num período em que, digamos, a LPMA tinha como requisitos à sua acessibilidade a biparentalidade e heterossexualidade¹¹⁶. Aliás, além de a inseminação artificial *post mortem* ser totalmente proibida, a LPMA previa, inclusive, na sua versão inicial, que esta técnica não poderia ser utilizada, ainda que existisse o consentimento expresso do falecido. A lei ditava mesmo, até à mais recente alteração, a destruição do sémen criopreservado do homem que viesse a falecer, o que à partida seria a consequência lógica associada à proibição que estava então estabelecida¹¹⁷. Assim, antes desta alteração de 2021, parecia entender-se que o homem não tinha poder para dispor do seu próprio material genético após a sua morte, isto porque, mesmo deixando um consentimento expresso e por escrito, tal não lhe era possível. Suscitavam-se questões, nomeadamente, quanto à atualidade do consentimento que era prestado, quanto ao facto de se estar a

¹¹⁴ Desde a publicação da Lei n.º 32/2006, em 26 de Julho de 2006, até 2021 que esta técnica era expressamente proibida por lei.

¹¹⁵ Isto é, na redação que lhe foi conferida inicialmente pela Lei 32/2006, e que vigorou até à Lei 72/2021 de 12 de Novembro. PAULA MARTINHO SILVA; MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011, p. 115.

¹¹⁶ O que só deixou de se verificar com a alteração de 2016 que veio permitir às mulheres solteiras o acesso às técnicas de PMA.

¹¹⁷ PAULA MARTINHO SILVA; MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011, p. 119.

atribuir este “direito a procriar” a uma pessoa já falecida, o que parecia dificilmente tutelável¹¹⁸, e depois claro, a questão que já referimos supra, da monoparentalidade voluntária a que se sujeitaria a criança.

Esta versão da lei tinha muitos defeitos, desde logo não prevendo qualquer sanção para esta proibição, uma vez que, a mesma não era acompanhada de qualquer proteção penal ou contraordenacional¹¹⁹. Acrescia ainda que, a lei, apesar de proibir esta técnica, previa que, na eventualidade da inseminação vir a acontecer e da mesma resultar numa gravidez, resultando desta um nascimento completo e com vida, a criança que viesse a nascer fosse tida como filha do falecido¹²⁰, apesar de nascer de uma prática *contra legem*¹²¹. Além do mais, a lei apesar de prever estes efeitos paterno-filiais, nada dizia quando aos efeitos sucessórios, como também analisaremos mais à frente.

Agora, tal panorama mudou por completo com a admissibilidade desta técnica, nos termos do artigo 22.º n.º 1, al. a) da LPMA (com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 72/2021 de 12 de Novembro). Nestes termos, é agora admissível esta técnica, sempre que se verifique “*um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*”¹²², concluindo-se que o homem tem efetivamente poder para dispor do seu material genético após a morte, desde que dentro dos requisitos previstos¹²³. Acrescenta ainda este artigo, no seu n.º 2, que tal 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*”.

Portanto, como requisitos para esta admissibilidade temos o facto de ser necessário o projeto parental claramente estabelecido e consentido, o facto de tal consentimento apenas poder ser dado para a inseminação da mulher com quem este era casado ou vivia em união de facto (não podendo dar o consentimento para a inseminação de uma qualquer outra mulher), e ainda que esta técnica seja realizada dentro de um prazo considerado ajustado. Em relação a este prazo ajustado, o n.º 4 vem esclarecer que não

¹¹⁸ Sobretudo num sistema como o nosso que nos diz que a personalidade jurídica cessa com a morte.

¹¹⁹ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 15.

¹²⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 833.

¹²¹ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 15.

¹²² Nova redação do artigo 22.º n.º 1 conferida pela Lei n. 72/2021 de 12 Novembro.

¹²³ Parece que nos aproximamos mais da classificação do material genético como coisa, tendo o falecido legitimidade para dispor do mesmo após a sua morte.

deve ser inferior a 6 meses, “*salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico a que acompanha o procedimento*”, e o n.º 5 vem ditar que o mesmo não deve também ser superior a 3 anos a contar da morte do marido ou unido de facto. Assim, parece existir aqui um intervalo de tempo dentro do qual a técnica deve ser realizada, isto é, entre os seis meses e os três anos. Os seis meses, diríamos que estão previstos para garantir uma decisão devidamente ponderada, uma vez que se trata de uma situação de luto e psicologicamente difícil de ultrapassar¹²⁴, e depois os três anos, no sentido de não se estender muito no tempo, o que causaria incerteza e insegurança jurídicas, no que concerne, nomeadamente, com os efeitos sucessórios.

Esclarece ainda o n.º 6 da nova redação do artigo 22.º da LPMA que a inseminação só pode ocorrer para a concretização de uma única gravidez da qual resulte o nascimento completo e com vida, concluindo-se assim que esta técnica não poderá ser realizada para mais que uma gravidez, da qual resulte o nascimento de uma criança.

Recentemente, após se começar a pôr em prática esta técnica *post mortem*, surgiu a questão de saber se afinal a lei permite a inseminação *post mortem*, com sémen do falecido – apenas – permitindo depois a transferência de embriões *post mortem* nos casos em que já há embrião formado aquando da morte do progenitor (isto é, quando já existiu uma FIV anterior à morte do genitor masculino), ou se também permite que se realize a fertilização *in vitro*, isto é, a junção dos gametas masculinos e femininos fora do útero materno, e posterior transferência do embrião ou mesmo a denominada ICSI. Esta última técnica é uma forma de evolução da FIV, em que, ao invés de óvulo e espermatozóide serem colocados numa placa de Petri, o espermatozóide é directamente injectado dentro do óvulo, ainda dentro do próprio sistema reprodutor feminino, o que garante uma maior taxa de sucesso.

Ora esta dúvida surgiu, na medida em que a lei não é muito clara, quando se iniciaram os processos de PMA *post mortem*, após a aprovação da alteração à LPMA, em muitas mulheres portuguesas que já tinham perdido o marido ou companheiro antes da entrada em vigor da nova redação (uma vez que a lei tem aplicação retroactiva). O certo é que, permitindo-se a inseminação *post mortem*, ficamos sem perceber se esta permissão vem apenas incluir a inseminação *per si*, isto é, a introdução de uma amostra de sémen

¹²⁴ Vejamos até que o n.º 7 deste artigo 22.º vem prever que é “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”.

do falecido no útero da mulher, ou se também será possível usar o esperma criopreservado para outras técnicas, para além claro, da transferência de embriões que já era permitida.

Como analisaremos, a diferença mais notória entre a técnica que já era antes permitida e esta que agora veio a ser é o facto de na primeira já existir um embrião e nesta apenas existir esperma criopreservado. Assim sendo, a lei vem permitir que usemos este material genético criopreservado como? Apenas para o uso da inseminação artificial, na medida em que a lei fala apenas em “inseminação *post mortem*”? Os hospitais tiveram esse mesmo problema aquando do início do uso destas técnicas, tendo começado, desde logo, com a mera inseminação artificial usando o esperma do falecido. Ora, essa técnica, apesar de já ter sido um grande avanço da ciência, não é de todo aquela que mais eficácia demonstra. Desde logo, a FIV e a ICSI demonstram uma maior probabilidade de sucesso.

Nestes termos, questionou-se: será possível o uso deste material genético do falecido criopreservado para formar um embrião com recurso a FIV e posterior transferência para o útero materno ou mesmo o uso da ICSI? Ora, tendo sido feita esta questão ao CNPMA, este veio fazer uma interpretação muito literal da LPMA, e a nosso ver redutora, dizendo que efetivamente só poderia ser usada como técnica a inseminação artificial, o que diminuía em muito as chances de a mulher conseguir engravidar do falecido¹²⁵, nomeadamente quando a própria tivesse problemas de fertilidade. Vejamos até que, nestes casos, as mulheres têm acesso a um conjunto bastante limitado de material genético do falecido pelo que, usando todo o material existente sem sucesso, nomeadamente com técnicas que não lhe atribuem o potencial máximo, poderá frustrar-se o desejo de engravidarem do falecido.

Ora, com esta questão, e após algumas manifestações de discórdia, deu-se aqui um impasse e a CNPMA veio pedir um esclarecimento à Assembleia da República em relação a este aspeto, tendo a Comissão da Saúde respondido que, efetivamente, o objetivo da alteração da LPMA foi permitir a conceção de um filho *post mortem*, sem restringir as técnicas que poderão ser utilizadas. Assim sendo, podemos afirmar que é hoje possível estas mulheres recorrerem à inseminação artificial *post mortem*, mas também à FIV e à ICSI¹²⁶. Diríamos até que se mostraria mais fácil e simples que a lei,

¹²⁵ Vejamos que a taxa de sucesso desta técnica é de apenas 20%.

¹²⁶ A propósito ver os artigos disponíveis em <https://expresso.pt/sociedade/2022-06-23-Inseminacao-post-mortem-mulheres-ja-podem-engravidar-atraves-de-todas-as-tecnicas-disponiveis-fc863223> e <https://cnnportugal.iol.pt/angela-ferreira/angela-ferreira/inseminacao-pos-morte-acabou-o-impasse-mulheres-ja-podem-recorrer-a-todas-as-tecnicas-para-engravidar/20220622/62b3382d0cf2ea367d4271d6>.

na medida em que veio permitir quer a transferência do embrião *post mortem*, quer o uso do espermatozóide para todas as técnicas de PMA *post mortem*, referisse apenas “técnicas de PMA *post mortem*” sem referir, como refere, inseminação ou transferência. No entanto, é esta a redação que mantemos, ainda que possamos interpretar “inseminação” num sentido amplo.

De referir que a recente alteração também vem incidir sobre os efeitos paterno-filiais e sucessórios da criança que vier a nascer da utilização desta técnica mas, tal analisaremos em capítulo posterior¹²⁷.

4. A transferência de embrião criopreservado *post mortem*

Passando agora para a transferência de embrião *post mortem*, esta distingue-se da técnica anterior uma vez que, será utilizada quando o falecimento ocorre após a inseminação artificial, em laboratório, isto é, após o encontro de gâmetas feminino e masculino fora do corpo da mulher¹²⁸, mas antes da transferência do embrião já formado para o útero. Portanto, quando se dá o falecimento já existem embriões formados e criopreservados. Ora, aqui, já estamos um passo à frente da situação anterior, isto porque já existiu fecundação e a mesma foi consentida e, portanto, existe um embrião criado¹²⁹, mesmo que *in vitro* e não uterino.

Ora, aqui vai surgir a mesma questão que levantamos para o material genético: qual a natureza jurídica do embrião que já está formado fora do útero materno, mas que ainda não foi transferido? Também aqui várias são as correntes doutrinárias, que se dividem entre considerar os embriões coisas, grupos de células ou mesmo pessoas¹³⁰. O entendimento que tivermos em relação a este aspeto, vai guiar o nosso entendimento em muitas outras questões que irão surgir, nomeadamente, o destino dos embriões excedentários e se os fornecedores do material genético que deu origem ao referido embrião, têm poder para dispor do mesmo. Neste sentido, importa reflectir sobre o estatuto jurídico do embrião e a protecção jurídica que lhe deve ser conferida.

4.1 Estatuto jurídico do embrião

¹²⁷ Ver Capítulo III.

¹²⁸ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida*, ob. cit., p. 71.

¹²⁹ ANA RAQUEL RIBEIRO, ob. cit., p. 13.

¹³⁰ ANA RAQUEL RIBEIRO, ob. cit., p. 13; SANDRA MARQUES MAGALHÃES, ob. cit., pp. 81-82.

Podemos definir o estatuto do embrião como “o conjunto de afirmações que se deduzem do seu ser biológico e ontológico, assim como o conjunto de valores, direitos e obrigações a que dá lugar a sua relação com o meio que o rodeia”¹³¹. É certo que a ciência já nos permite perceber quando começa a vida humana, mas, quando começa a “pessoa humana” é uma questão diferente ao qual a ciência já não consegue responder tão facilmente. Nestes termos, a natureza jurídica do embrião foi e é muito discutida, nomeadamente quanto ao seu enquadramento como pessoa¹³² ou coisa. Como já referimos, a ciência e a biologia permitem-nos dizer que a partir da fertilização temos uma vida humana e que, por sua vez, o embrião é um ser humano. Mas pessoa e ser humano são conceitos diferentes¹³³. Muitas são as posições divergentes neste campo, nomeadamente, os que entendem que o embrião já é pessoa desde a fecundação, outros após a nidação, após o 30.º dia, após a 8.ª semana e ainda aqueles que entendem só ser pessoa após o nascimento.

É preciso assim discutir em que termos é ou não o embrião sujeito de direitos e é ou não digno de proteção legal¹³⁴. As várias posições convergem, essencialmente, em duas: os que entendem que o embrião já tem natureza pessoal, merecendo respeito absoluto e aqueles que entendem que é apenas um ser vivo biológico e que só progressivamente adquire qualidades humanas, merecendo um respeito relativo que só se tornará absoluto com o nascimento.

Nos termos do Código Civil Português, a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento completo e com vida (artigo 66.º n.º 1 do CC), adotando o nosso legislador

¹³¹ MARGARIDA SILVESTRE, “Embriões criopreservados – que destino?” in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Professor Guilherme de Oliveira (coordenado)* Vol. IV: *Genética e Procriação Medicamente Assistida*, p. 146.

¹³² Entre aqueles que entendem que o embrião é pessoa, vejamos por exemplo, DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Lições de Direitos de Personalidade”, 2.ª Edição, in *Separata do Vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992, pp. 42-43; DIOGO LEITE DE CAMPOS, “O Estatuto Jurídico do Nascituro”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, III, 1996, p. 881 e ss.; JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996 *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996, p. 207-211; HELENA PEREIRA DE MELO, “O Embrião e o Direito” in *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Coord. Rui Nunes e Helena Melo, Serviço de Bioética e Ética da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, 2001, p. 178.

¹³³ VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido congelei os óvulos” in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira (coord. João Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa)*, VOL. IV: *Genética e Procriação Medicamente Assistida*, Almedina, 2016, pp. 221.

¹³⁴ MARIA LUÍSA ALVES DA SILVA NETO, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo – a relevância da vontade na configuração do seu regime*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 437.

uma opção do tipo *natalista*¹³⁵, isto é, “*só o nado vivo é pessoa jurídica*”¹³⁶, relegando o começo da personalidade jurídica para o momento do nascimento¹³⁷. O Código Civil, nesse mesmo artigo, no n.º 2 vem dizer que “*os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.*”, pelo que, aparentemente, esta norma reconhece direitos aos nascituros, fazendo com que estes dependam do seu nascimento.¹³⁸ E concluindo nós que a lei efetivamente reconhece “direitos”, que direitos serão estes? Ora, nas palavras de ANTUNES VARELA estes são maioritariamente direitos sucessórios, nomeadamente através do art. 2033.º que confere capacidade sucessória aos nascituros¹³⁹, mas não só, os nascituros podem também adquirir por doação, nos termos do 952.º n.º 1 do CC, sendo também possível a sua perfilhação, nos termos do art.º 1855¹⁴⁰. Além disto, ao nascituro é também conferida uma tutela penal¹⁴¹.

Mesmo concluindo que o nascituro carece de personalidade jurídica, é-lhe estabelecido um sistema de proteção da vida embrionária, que vem confirmar que o ordenamento jurídico português confere ao embrião alguma tutela jurídica, em determinadas circunstâncias.¹⁴² Esta tutela jurídica é conferida, na medida em que se prevê uma certa expectativa de vida do embrião e que o mesmo gozará de personalidade jurídica a partir do seu nascimento, isto porque, independentemente do que considerarmos ser o embrião, deve ser-lhe conferida dignidade, na medida em que este se pode vir a tornar num ser humano e está a fim de o ser¹⁴³. Entendemos que, mesmo que não lhe seja reconhecida personalidade jurídica, tal não implica que não lhe seja reconhecida e garantida uma tutela eficaz dos seus interesses¹⁴⁴. VERA LÚCIA RAPOSO, a este propósito, faz ainda uma distinção entre o embrião uterino e o embrião *in vitro*. Segundo a autora, com a qual concordamos, este último, isto é, o embrião *in viro*, do qual falamos

¹³⁵ Opção que é geralmente aceite, até por uma necessidade de certeza jurídica.

¹³⁶ MÁRIO EMÍLIO F. BIGOTTE CHORÃO, “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, p. 636.

¹³⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões – Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, p. 32.

¹³⁸ ANTUNES VARELA, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil” in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, p. 621.

¹³⁹ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 621.

¹⁴⁰ MÁRIO EMÍLIO F. BIGOTTE CHORÃO, *ob. cit.*, pp. 636-637.

¹⁴¹ A este respeito vejamos a questão do aborto.

¹⁴² ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 13. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões – Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, p. 33.

¹⁴³ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 84.

¹⁴⁴ MÁRIO EMÍLIO F. BIGOTTE CHORÃO, *ob. cit.*, p. 637: “*corresponde à tradição protetória romanística relativamente aos concepti (infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis ejus agitur)*”.

no presente estudo, tem ainda uma menor possibilidade de vir a nascer, estando mais desprotegido¹⁴⁵ que o uterino.

O certo é que, ainda não temos um estatuto jurídico do embrião em Portugal, o que a nosso ver deveria ser resolvido. A LPMA na sua versão inicial, em que apenas permitia a transferência de embriões *post mortem* em detrimento da inseminação artificial *post mortem*, fazia parecer concluir que se evidenciava o estatuto do embrião concedido pelo legislador português, conferindo-lhe mais direitos do que ao sémen por si só, nomeadamente o direito à vida. E os argumentos para a admissibilidade daquela técnica em detrimento da inseminação *post mortem* iam precisamente nesse sentido: pelo facto de o embrião já ser um centro de direitos, tendo, nomeadamente, o direito a ser implantado e à gestação¹⁴⁶. Defendia a Associação Portuguesa de Bioética que o princípio da dignidade humana associado ao embrião justificava a implantação do embrião, mesmo após a morte do progenitor, já que “*ainda que não se considere a situação ideal para uma criança nascer, parece-nos que mais vale nascer sem pai do que não nascer*”. Como nos diz JORGE DUARTE PINHEIRO, “*na dúvida, pro embrião*”¹⁴⁷.

Concordando com VERA LÚCIA RAPOSO entendemos que “*o embrião não é uma pessoa atual, mas meramente uma pessoa potencial; mas (...), tão-pouco é uma coisa. (...) atribuindo-se-lhe o qualificativo de tertium genus, que, embora não lhe conceda a mesma proteção legalmente garantida à pessoa humana, providencia-lhe indubitavelmente uma proteção jurídica substancialmente superior daquela outra prevista para as coisas*”¹⁴⁸.

Podemos, ainda assim, concluir que o legislador português confere um certo “estatuto” ao embrião, mesmo que não o reconheça como pessoa uma vez que, lhe são conferidos direitos¹⁴⁹, não só pelo Código Civil Português, como pela própria LPMA. Nestes termos, embora a lei não equipare o embrião a uma pessoa humana, atribuiu-lhe uma proteção jurídica reforçada, estabelecendo critérios rigorosos, nomeadamente, quanto à experimentação científica, potenciando ao máximo a sua “*expectativa de vida*”,

¹⁴⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit. p. 420.

¹⁴⁶ PAULA MARTINHO SILVA, MARTA COSTA, ob. cit., p. 119.

¹⁴⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 196.

¹⁴⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido congelei os óvulos...”, ob. cit., p. 222.

¹⁴⁹ PAULA MARTINHO SILVA, MARTA COSTA, ob. cit., p. 119.

permitindo nomeadamente a sua adoção por outros casais e a sua implantação *post mortem*¹⁵⁰.

Além desta questão, vai surgir uma outra que já foi referida: quem tem legitimidade para dispor destes embriões e decidir o seu destino? À partida diríamos que são os beneficiários das técnicas, discutindo-se obviamente se se tratará de um direito de propriedade¹⁵¹ ou de um outro tipo de direito, para o qual o nosso ordenamento jurídico ainda não tem resposta¹⁵². Ainda assim, qualquer que seja este direito, a decisão do destino destes embriões parece-nos ser dada em primeiro lugar aos seus beneficiários¹⁵³, e claro, na falta destes, ao tribunal, a uma entidade pública dotada de específicas competências na matéria, nomeadamente à CNPMA, ou a um centro hospitalar que esteja responsável pela criopreservação destes embriões. No caso da transferência de embriões *post mortem*, se o falecido tiver deixado uma prévia autorização para a transferência e posterior perfilhação mesmo após a morte, ainda assim a última decisão caberá à parte sobrevivente do casal, na medida em que esta poderá decidir engravidar ou não, ou fazê-lo quando já está casada com outro homem, por exemplo, com as consequências que isso acarreta, nos termos da LPMA¹⁵⁴. No caso de não existir vontade expressa da parte falecida, aí não haverá qualquer decisão a tomar pela parte sobrevivente, reservando-se a decisão às entidades já referidas.

4.2 Os embriões excedentários

No uso destas técnicas de PMA, dada as exigências físicas que recaem sobre o casal e o desgaste provocado pelos tratamentos hormonais, aliados à baixa taxa de sucesso do uso desta técnica são, muitas vezes e, podemos dizer mesmo, quase sempre, fertilizados vários óvulos e, por conseguinte, criados vários embriões¹⁵⁵, para garantir o sucesso do procedimento e garantir que o casal não terá de passar pelos tratamentos novamente, no caso de primeira tentativa não ser bem sucedida.

¹⁵⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho)”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 3, n.º 6, 2006, p. 91.

¹⁵¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 875.

¹⁵² Quase semelhante ao caso dos animais – são seres vivos, mas não são pessoas.

¹⁵³ Conforme previsto no artigo 25.º da LPMA.

¹⁵⁴ Aplicando-se no caso artigo 1839.º n.º 3 do CC, conforme o que vem previsto no artigo 23.º n.º 3 da LPMA.

¹⁵⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 429, “*mais do que aqueles que poderão transferidos para o útero materno em condições que permitam uma gravidez segura*”.

Assim, na tentativa de evitar vários ciclos terapêuticos e as consequências que daí advêm¹⁵⁶, são criados vários embriões, sendo depois escolhidos os mais viáveis para serem transferidos para o útero. Como é obvio, dado o risco de uma gravidez múltipla, não poderão ser transferidos todos os embriões, mas apenas os necessários à prossecução da gravidez, ficando muitos embriões em criopreservação¹⁵⁷. A criação de embriões excedentários será assim um efeito colateral negativo da PMA¹⁵⁸, que não é desejado, nem deliberadamente “procurado”¹⁵⁹, mas inevitavelmente acontecerá na medida em que se quer garantir o sucesso das técnicas de PMA. A nossa LPMA não limita o número de embriões que deverão ser criados, nem limita o número dos que deverão ser inseminados, dispondo apenas no artigo 24.º da LPMA que na fertilização *in vitro* “apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado”, devendo o numero de ovócitos a inseminar em cada processo “ter em conta a situação clínica do casal e indicação geral de prevenção da gravidez múltipla”.

Ora, existindo milhões de embriões criopreservados por todo o mundo, isto é, embriões excedentários, resta saber o que fazer com estes embriões “sobrantes” e quem decide o destino a dar-lhes¹⁶⁰. Poderá o casal beneficiário fazer deles uso novamente, poderá doá-los a outros casais inférteis, doá-los à ciência para estudo ou serão estes embriões simplesmente destruídos¹⁶¹? Neste aspeto o legislador limitou os destinos possíveis destes embriões *in vitro*¹⁶², sendo desde logo, o destino desejado a sua utilização numa posterior transferência uterina, devendo para o efeito serem criopreservados até serem utilizados pelos beneficiários num prazo máximo de 3 anos, de acordo com o art. 25.º n.º 1 da LPMA. A não ser possível, e decorrido este prazo, deverão estes ser doados a outro casal, nomeadamente um casal que seja incapaz de criar um embrião com os próprios gâmetas, ou então doados para investigação científica¹⁶³. Não sendo possível

¹⁵⁶ MARGARIDA SILVESTRE, “Embriões criopreservados – que destino?” in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Professor Guilherme de Oliveira (coordenado)* Vol. IV: *Genética e Procriação Medicamente Assistida*, p. 144.

¹⁵⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 429, “destino da maioria dos embriões”.

¹⁵⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 195

¹⁵⁹ MARGARIDA SILVESTRE, “Embriões criopreservados – que destino?”, *ob. cit.*, p. 144.

¹⁶⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 7.ª Edição, 2020, pp. 232-235.

¹⁶¹ MARGARIDA SILVESTRE, *ob. cit.*, p. 145.

¹⁶² VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 431;

¹⁶³ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 85: “só poderá ocorrer quanto aos embriões que se encontrem criopreservados sem um projeto parental correspondente, aos inviáveis a transferência ou criopreservação para procriação, aos portadores de anomalia genética grave, no quadro de diagnóstico genético pré-implantação, e aos obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide”. A este respeito,

qualquer dos destinos anteriores resta-lhes, em última instância, a destruição¹⁶⁴. Se atribuirmos o estatuto de pessoa ao embrião, esta decisão será altamente criticável, sendo considerado por alguns um verdadeiro homicídio¹⁶⁵.

Também pode acontecer que o casal não esteja de acordo quanto ao destino a dar aos embriões – por exemplo situações advenientes de separação ou divórcio. A este respeito diz o *Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine* que os centros de PMA devem requerer instruções por escrito aos casais sobre o destino de tais embriões, nomeadamente em caso de morte, separação, divórcio e desacordo futuro, por exemplo. Já em Portugal, os casais são informados que todos os embriões viáveis não transferidos serão criopreservados¹⁶⁶.

Nos termos do n.º 2 do artigo 25.º da LPMA, podem ainda os beneficiários, solicitar o alargamento do prazo de criopreservação dos três anos, por mais três anos, sendo que “o diretor do centro pode assumir a responsabilidade de alargar o prazo de criopreservação dos embriões”. Decorridos estes prazos, “podem os embriões ser doados a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo, ou doados para investigação científica nos termos previstos no artigo 9.º”. A doação dos embriões para outros casais ou a sua doação para investigação “só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente”.

4.3 A admissibilidade da transferência de embrião *post mortem*

Esta técnica, ao contrário da inseminação, na sua vertente *post mortem*, sempre teve maior aceitação por parte da doutrina, uma vez que nos encontramos perante um embrião já formado e não apenas perante material genético criopreservado, embrião este ao qual a lei confere um especial valor, como aliás analisamos supra.

ver LUÍSA NETO – p. 452, que diz que: “obviamente, não se admitirá nunca a possibilidade de criar embriões apenas para investigação”. A LPMA vem inclusive enumerar os tipos de embriões que podem ser utilizados para estes fins de investigação científica no seu artigo 9.º n.º 4, fundando-se esta restrição na ideia de que “o embrião é um ser humano ao qual deve ser reconhecida toda a proteção inerente à dignidade humana”, e “tratando-se de embriões excedentários, cujo único destino seria a destruição, não parece que a sua dignidade fosse assim violada, mas, ao invés, respeitada” cfr. VERA LUCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Primeiras notas ...”, *ob. cit.*, p. 96.

¹⁶⁴ O que levantará muitos problemas, sobretudo para quem considere o embrião como pessoa.

¹⁶⁵ FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, p. 48.; OLIVEIRA ASCENÇÃO, fala num “embriomicídio”, in *A Lei da Procriação Medicamente Assistida*, pp. 19-21.

¹⁶⁶ MARGARIDA SILVESTRE, *ob. cit.*, p. 145.

Assim, a LPMA concretizava esta proteção jurídica conferida ao embrião¹⁶⁷, permitindo já na redação inicial (da Lei 32/2006 de 26 de Julho), no artigo 22.º n.º 3 a transferência de embrião *post mortem* para o útero da mulher com quem o falecido vivia como cônjuge ou em condições análogas à dos cônjuges. Contrariamente ao que acontecia com a inseminação artificial *post mortem*, a transferência de embrião *post mortem* já é permitida desde a primeira versão da LPMA¹⁶⁸. O que se exigia, nos termos deste artigo 22.º n.º 3, nessa versão inicial, era a existência de “*um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai*”, e a decorrência de um “*prazo considerado ajustado*”. Só cumprindo estes requisitos é que a transferência de embrião *post mortem* seria lícita. Exigia-se ainda que decorresse um período de tempo adequado à ponderação da decisão pela esposa ou unida de facto, que se encontrava numa situação fragilizada.

Com a recente alteração da Lei n.º 72/2021 de 12 de Novembro, esta técnica passou a ser permitida nos termos do artigo 22.º n.º 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 unido de facto: a) proceder à transferência post mortem de embrião*”. Ora, apesar da alteração da formulação e ordenação do normativo, o certo é que a admissibilidade desta técnica não sofreu grandes alterações. Continua a ser admissível, exigindo-se na mesma o projeto parental claramente estabelecido e consentido e o decurso de um prazo considerado ajustado. A lei na sua anterior versão, não clarificava qual o lapso temporal que deveria ser observado entre a morte do beneficiário e a transferência do embrião para o útero do membro sobrevivente do casal¹⁶⁹. Com esta nova versão, e da mesma forma que foi previsto para a inseminação *post mortem*, o legislador diz-nos que este procedimento se deve iniciar num prazo máximo de três anos a contar da morte do beneficiário, e que este prazo considerado ajustado não deve ser inferior a seis meses, de forma a garantir este período de luto e reflexão do membro sobrevivente¹⁷⁰. Da mesma forma se prevê que a utilização

¹⁶⁷ PAULA MARTINHO SILVA; MARTA COSTA, *ob. cit.*, p. 119.

¹⁶⁸ Apesar da epígrafe do artigo ser “inseminação *post mortem*” regulava a transferência de embriões *post mortem*, permitindo-a, aliás ao contrário de muitos ordenamentos jurídicos na altura.

¹⁶⁹ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 89; ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁷⁰ De referir que nos termos do artigo 22.º n.º 7, é garantido apoio psicológico a quem o requerer, para a tomada da decisão (e novamente se diz “inseminação *post mortem*”, no entanto entendemos que se aplicará em ambas as técnicas).

desta técnica só pode ocorrer para a concretização de uma única gravidez da qual resulte um nascimento completo e com vida.

Na anterior versão, ao contrário do que acontecia com a inseminação artificial *post mortem*, e apesar de a técnica ser permitida, não estava previsto que a criança que viesse a nascer do recurso à transferência de embrião *post mortem* fosse tida como filha do falecido, e muito menos se previam os efeitos sucessórios daqui advenientes. Com a recente alteração a filiação e os efeitos sucessórios estão previstos, mas novamente, como na questão do consentimento, o legislador volta a usar apenas a formulação “*inseminação*”, que nos parece infeliz, mas tais questões analisaremos em capítulo posterior.

5. O consentimento da pessoa falecida

O consentimento é um elemento de extrema importância na procriação mediamente assistida em geral e também na PMA *post mortem*¹⁷¹. E aqui, quando nos referimos ao consentimento, referimo-nos àquele que é prestado pelo falecido, mantendo claro que todos aqueles que intervêm no processo de PMA devem dar o seu consentimento, devendo este ser dado de forma expressa, livre e esclarecida¹⁷². Nestes termos, e cingindo-nos aqui ao consentimento do falecido, quanto a esta questão, parece que estamos agora em pé de igualdade em relação às duas técnicas. É certo que, com a mais recente alteração à LPMA, foi aditado o artigo 22.º-A, que vem no seu n.º 1 prever que “*o consentimento para a inseminação post mortem referido no n.º 1 do artigo 22.º deve ser reduzido a escrito ou registado em videograma, após prestação de informação ao dador quanto às suas consequências jurídicas*”. Ora, este normativo, como acabamos de ver, apenas se refere, e em específico, à inseminação *post mortem*, o que nos parece (novamente) uma redação bastante infeliz. Provavelmente, seria intenção do legislador incluir aqui também a transferência de embriões *post mortem*, uma vez que até refere o n.º 1 em geral, e não apenas uma das alíneas, no entanto, nominalmente, refere-se apenas à inseminação *post mortem*. Ficamos sem perceber que tipo de consentimento se exige para a transferência de embrião *post mortem*, se sequer se exige algum, se é o mesmo da antiga versão da LPMA, ou se se aplica este novo normativo extensivamente, permitindo-se o consentimento por escrito ou em videograma. Teria sido uma formulação mais feliz

¹⁷¹ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 20.

¹⁷² VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 865.

se o legislador usasse o termo “as técnicas de PMA *post mortem* previstas no n.º 1 do artigo 22.º” e não apenas a inseminação *post mortem*, mas ainda assim, entendemos que era isso que o legislador pretendia dizer e que, portanto, o consentimento é exigido da mesma forma às duas técnicas.

Nestes termos, atualmente, com a alteração de 2021, está previsto nos termos do art. 22.º-A da LPMA que, o consentimento para a PMA *post mortem* deverá ser reduzido a escrito ou registado em videograma, “*após prestação de informação ao dador quanto às suas consequências jurídicas*”, entre as quais, o que acontecerá em caso de morte.

E se não existir consentimento? O n.º 3 do artigo 22.º da LPMA, na sua atual versão, diz-nos que o “*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*”. E no caso dos embriões? Serão também destruídos, doados ou utilizados para investigação? Bem, a lei a este respeito não diz, e volta a circunscrever a questão ao sémen e à inseminação artificial, a nosso ver, erradamente. Como vimos, a destruição do sémen será de mais fácil aceitação que a destruição de embriões, pelo que, são se deve fazer uma interpretação literal desta norma. O legislador deveria também prever o que acontecerá aos embriões, na falta de consentimento.

Depois, ainda a propósito da falta de consentimento, a lei prevê, no seu artigo 42.º-A, aditado pela Lei 72/2021 de 12 de Novembro, que se não existir consentimento, mas ainda assim a procriação *post mortem* prosseguir, “*quem, com a intenção de obter ganho próprio ou de causar prejuízo a alguém, participar em ato de inseminação com sémen do marido ou do unido de facto após a morte deste, bem como à transferência post mortem de embrião, sem o consentimento devido, é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa de 240 dias*”. Aqui sim, a lei volta a referir ambas as técnicas e não apenas uma, e que nos faz refletir ainda mais se nas disposições em que refere apenas inseminação se refere apenas a esta ou a ambas. Este normativo fala-nos de uma intenção de ganho próprio ou de causar prejuízo a alguém. E se não houver esta intenção? Pensemos num caso hipotético de puro desespero da concretização do último desejo do falecido. Quais são as consequências?¹⁷³ E se a criança vier a nascer o que acontece? Bem, a este respeito a lei prevê no artigo 23.º n.º 2 que “*se a inseminação post mortem ocorrer em violação*

¹⁷³ Faremos uma reflexão sobre o assunto no Capítulo III.

do disposto nos artigos anteriores, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido”. Já na versão anterior, a LPMA, no caso da inseminação artificial *post mortem*, que era proibida, previa que, caso esta ocorresse, a criança fosse tida como filha do falecido. Nesta versão, a lei já permite as duas técnicas, prevendo que a criança que vier a nascer, fruto dessas técnicas, seja tida como filha do falecido. Apesar de circunscrever os casos de preterição dos requisitos, nomeadamente do consentimento, à inseminação, devemos interpretar extensivamente a norma, entendendo que também se aplicará no caso da transferência de embrião *post mortem* e que, portanto, mesmo que a criança nasça sem o consentimento do falecido, será tida como filha daquele (quer o seu nascimento advenha de uma inseminação ou de uma transferência *post mortem*).

CAPÍTULO III

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA PMA *POST MORTEM* HOMÓLOGA

Aqui chegados e tendo concluído nos capítulos anteriores que o nosso ordenamento jurídico permite a utilização de técnicas de PMA *post mortem*, cumpre-nos agora analisar as implicações que tal permissão terá no domínio dos efeitos sucessórios e também dos paterno-filiais. Ora, permitindo-se a utilização das técnicas de PMA *post mortem*, conforme já concluímos, tal vai implicar, por exemplo, que o nascimento de uma criança ocorra muito para além do falecimento daquele cujo material genético foi utilizado para a sua geração (e que, no presente capítulo veremos se será ou não juridicamente qualificado como pai). Obviamente que, tal situação vai ter implicações no domínio do direito das sucessões, nomeadamente, por se verem ultrapassados os prazos legalmente previstos, que analisaremos neste capítulo, como o prazo legal de concepção previsto no art. 1800.º, além de outras questões, como o preenchimento dos requisitos da vocação sucessória.

Aliás, vejamos que, mesmo que a utilização das referidas técnicas fosse inadmissível, como poderá ocorrer se não forem cumpridos os requisitos previstos, tais efeitos devem ser regulados, uma vez que a criança pode na mesma vir a nascer de uma prática *contra legem*. Pensemos, por exemplo nos casos, em que a mulher realiza esta técnica contra a vontade do *de cuius* ou muito depois dos prazos legalmente previstos.

Nestes termos, analisaremos primeiramente, de uma forma muito rápida e meramente introdutória, os traços gerais do regime sucessório português, que se encontra em larga medida previsto no nosso CC e prosseguindo, de seguida, para a reflexão sobre o regime a aplicar nos casos em estudo, considerando nomeadamente o que prevê a nossa LPMA a respeito.

1. Observações gerais do direito das sucessões no ordenamento jurídico português

Vamos fazer algumas observações gerais sobre o fenómeno sucessório, tendo sempre presente o objeto do nosso estudo. Não vamos, por isso, fazer uma apresentação exaustiva do fenómeno sucessório e do seu tratamento jurídico¹⁷⁴.

Nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELES “a sucessão (por morte) consiste em, falecido alguém, os seus direitos e obrigações transmissíveis passaram a outra ou outras pessoas, que ficam neles investidos”¹⁷⁵. Ora, o facto gerador da sucessão será a morte, pois, como sabemos, a personalidade jurídica termina com a morte, nos termos do art. 68.º, o que impossibilita as relações do *de cuius* de prosseguir¹⁷⁶, dando-se a necessidade de estas se transferirem para outra esfera jurídica.

Nestes termos, a abertura da sucessão será provocada pela morte real ou presumida daquele que é o titular da relação jurídica, nos termos do artigo 2030.º do CC. Assim, a partir do momento que se dá o fenómeno “morte”, um conjunto de relações jurídicas ficará sem titular, sendo chamadas para assumir a titularidade dessas relações, aquelas pessoas que tiverem o direito a suceder ao falecido – dando-se aqui a vocação sucessória.

Em Portugal, a sucessão por morte pode basear-se na lei ou na vontade do *de cuius*¹⁷⁷, nomeadamente, num negócio jurídico, nos termos do art. 2026.º do CC¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Para esse efeito veja-se: JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Edição, Almedina, 2015; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Sucessões*, 5ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2000; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 7.ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2021; DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª Edição, Revista e Atualizada por Prof. Doutora Mónica Martinez de Campos, Edições Almedina SA., 2020; FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, Volume II - Sucessões, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2012; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição (revista e actualizada), Quid Juris, 2012; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2ª ed., 2ª reimpressão, AAFDL, 2017; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Volume II, 3.ª Edição Renovada, Coimbra Editora, 2013; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões - Noções Fundamentais*, 6ªed. rev., Coimbra Editora, 1991; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra Editora, 2004; LUIS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.º Edição Revista e Atualizada, QuidJuris, Lisboa, 2012.; FERNANDO BRANDÃO FERREIRA PINTO, *Direito das Sucessões*, Editora Internacional, Lisboa, 1995.

¹⁷⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Sucessões: Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, p. 16.

¹⁷⁶ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 92.

¹⁷⁷ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 81 e ss.

¹⁷⁸ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 7.ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2021, p. 26.; DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, 2017, p. 25.

Nestes termos, a sucessão pode ser legal¹⁷⁹, tendo por base a lei, ou voluntária, se tiver por base um negócio jurídico, isto é, um ato voluntário do *de cuius*¹⁸⁰. Depois desta primeira divisão, o nosso ordenamento jurídico faz ainda uma outra – a sucessão legal pode ser legítima ou legitimária e a sucessão voluntária pode ser testamentária ou contratual (estas várias modalidades vêm previstas nos artigos 2026.º a 2028.º do CC). A sucessão testamentária¹⁸¹, como o próprio nome indica tem por fonte o testamento, negócio jurídico unilateral por excelência, ao passo que a sucessão contratual¹⁸² tem por base um contrato, o que só é admitido excecionalmente¹⁸³. A sucessão legitimária é aquela que decorre de lei imperativa¹⁸⁴, e que vai determinar a transmissão de parte da herança para determinados parentes próximos, devidamente identificados na lei, nos termos do art. 2133.º do CC, sendo certo que o *de cuius* não pode dispor desta quota-parte. Por sua vez, a sucessão legítima decorre de lei supletiva¹⁸⁵, podendo ser afastada por vontade do *de cuius*. Nestes termos, se o falecido não tiver disposto de forma válida e eficaz dos bens que podia dispor, será chamado este grupo de sucessíveis legítimos, nos termos do art. 2156.º do CC.

2. A Vocação Sucessória¹⁸⁶ e seus pressupostos, em especial a titularidade de uma designação sucessória prevalente e a existência do chamado

¹⁷⁹ Ver INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra Editora, 2004.

¹⁸⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, 4.ª Edição Renovada, Coimbra Editora, 2000; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ob. cit.*: “a sucessão testamentária e sucessão contratual encontram o seu fundamento no princípio da autonomia e liberdade do autor da sucessão de dispor dos seus bens”.

¹⁸¹ A propósito ver INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão Testamentária*, Coimbra Editora, 2006.

¹⁸² A respeito ver “Breve reflexão sobre as especificidades da sucessão contratual” in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Almedina, 2016.

¹⁸³ Falamos aqui nos pactos sucessórios, que têm um campo muito limitado de admissibilidade, e portanto, a sucessão testamentária ocupa aqui o principal lugar da sucessão voluntária. Ver a propósito o artigo 2028.º

¹⁸⁴ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 41. A este propósito ver os arts. 2026.º, 2027.º, 2156.º e 2157.º.

¹⁸⁵ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 41. A este propósito ver os arts. 2026.º, 2027.º, 2131.º, 2132.º e 2133.º.

¹⁸⁶ Para uma análise mais profunda da vocação sucessória cfr. CARLOS PAMPLONA CORTE REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 185-218; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2000, pp. 121-154, 156-157; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões – Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, 29-39; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 113-117, 143, 151-198; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. VI., 1998, arts. 2032.º-2038.º, 2166.º-2167.º; F.M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974 atualizadas em face de legislação posterior, Coimbra, 1992, pp. 129 e ss.

Com a morte do *de cuius*, abre-se a sucessão, e depois da abertura da sucessão procede-se ao chamamento dos sucessíveis¹⁸⁷. Ora, a vocação sucessória corresponde a esse chamamento de herdeiros e legatários à titularidade das relações jurídicas transmissíveis do falecido¹⁸⁸, atribuindo-lhe um direito a suceder ou *ius delationis*¹⁸⁹. Nestes termos, para que alguém seja chamado a suceder, terão que estar preenchidos determinados requisitos¹⁹⁰. Assim, nos termos do artigo 2032.º n.º 1 do CC, a vocação sucessória é reconhecida aqueles que tenham “*prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que tenham a necessária capacidade*”. Assim, muito resumidamente, apesar de a referida norma apenas aludir a dois pressupostos, expressamente, o certo é que os pressupostos da vocação sucessória serão três: para suceder ao *de cuius* será necessário o chamado existir¹⁹¹, ser titular de uma designação sucessória prevalente e ter capacidade sucessória¹⁹². Passemos agora a analisá-los com mais pormenor, nomeadamente incidindo sobre aqueles que maior relevância têm para o nosso estudo: a designação sucessória prevalente e, principalmente, a existência do chamado.

2.1 A designação sucessória prevalente

Apesar de o pressuposto da existência ser essencial a que este pressuposto se verifique, analisaremos a designação prevalente primeiro, na medida em que é o primeiro pressuposto enumerado pelo CC. Vejamos, de acordo com o art. 2032.º n.º 1 do CC não são chamados todos aqueles que são designados como “sucessíveis” mas, apenas os que gozam desta prioridade na hierarquia dos sucessíveis¹⁹³, isto é, aqueles que gozam de uma designação sucessória prevalente, quer esta advenha da vontade do *de cuius*, quer advenha da lei. Percorrendo rapidamente esta hierarquia, em primeiro lugar estão os herdeiros legitimários (onde se vão encontrar os descendentes, e onde se incluem os filhos que nos importam para o presente estudo), seguidos dos herdeiros ou legatários contratuais, que por sua vez são seguidos dos herdeiros testamentários (os quais, se for essa a vontade do

¹⁸⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª Edição, 2.ª Reimpressão, AAFDL EDITORA, Lisboa, 2017, p. 188.

¹⁸⁸ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 279.

¹⁸⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 188.

¹⁹⁰ JOSÉ JOÃO GONÇALVES PROENÇA, *Direito das Sucessões*, 3.ª Edição, Revista e Atualizada, Quid Juris – Sociedade Editora Lda., 2009, p. 37.

¹⁹¹ Sem a existência do chamado, nenhum dos outros dois pressupostos se irá verificar.

¹⁹² DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *ob. cit.*, p. 59; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ob. cit.*, p. 109. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 155. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 282. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 189.

¹⁹³ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 283.

de cujus, também podem ser os seus filhos). Finalmente surgem os herdeiros legítimos, dos quais também fazem parte os filhos, caso o autor da sucessão não tiver disposto de forma diferente do seu património. Assim, muito resumidamente, a designação sucessória prevalente dá-se por dois modos: pela lei ou por vontade do *de cujus*, isto é, através da sucessão legal, prevista no CC e através da sucessão voluntária que será manifestada através de um testamento ou contrato, sendo os filhos uma das categorias de sucessíveis por excelência.

Para o nosso estudo, e tendo já sido brevemente explicadas as várias formas de suceder ao *de cujus*, vai-nos interessar desde logo a sucessão legal¹⁹⁴, uma vez que tanto na sucessão legítima como na sucessão legitimária encontram-se na primeira linha de sucessão os filhos¹⁹⁵, estando a sucessão legal intrinsecamente ligada à filiação¹⁹⁶, na medida em que os descendentes são herdeiros legais, nos termos do art. 2157.º e do art. 2133.º, n.º 1 a) do CC. Isso colocará logo problemas para a afirmação de uma designação sucessória assente na lei, para além do problema quanto à existência do chamado. Também quanto à sucessão voluntária (testamentária ou contratual) se colocam questões quanto ao requisito da existência, ainda que em termos distintos dos que se colocam no âmbito da sucessão legal (confronte-se desde logo os números 1 e 2 do art. 2033.º de que vamos falar infra).

Por ora, interessa-nos analisar a filiação e o quão esta está ligada à sucessão legal.

2.1.1 A filiação derivada da PMA *post mortem*

Os filhos ocupam, ao lado do cônjuge, a posição mais favorável em todo o fenómeno sucessório, sendo chamados em primeira linha em relação aos demais herdeiros e legatários – são herdeiros legítimos e legitimários. Aos filhos é até reservada uma quota indisponível, do qual o *de cujus* não pode dispor através de testamento ou contrato. Mas, para se ser filho de alguém é necessário que se estabeleça uma relação de filiação entre o suposto pai e o suposto filho.

¹⁹⁴ Mas também a sucessão voluntária na medida em que o *de cujus* pode, por exemplo, deixar toda ou parte da quota disponível a um filho e aliás, a um filho que vier a nascer, sendo que a filiação interessará nos mesmos termos.

¹⁹⁵ Em virtude do princípio da preferência de classes previsto no art. 2134.º do CC.

¹⁹⁶ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 97.

Considera-se filiação a relação que, ligando duas pessoas por laços sanguíneos ou não, estabelece entre elas uma série de direitos e deveres recíprocos¹⁹⁷. Esta é uma noção complexa, uma vez que envolve diversas componentes: uma componente biológica, uma componente psicológico-afetiva e uma componente jurídica. Esta noção tornou-se ainda mais complexa com o surgimento das técnicas de PMA, nomeadamente com as técnicas de PMA *post mortem*. Nas palavras de DUARTE PINHEIRO “*as modalidades de filiação são três: filiação biológica, filiação adotiva e filiação por consentimento não adotivo*”¹⁹⁸. Nestes termos, o autor inclui na filiação biológica quer aquela que decorre de procriação por ato sexual, quer a que decorre de PMA homóloga¹⁹⁹, isto é, o caso que estudamos. Assim, a filiação biológica será, ainda, a principal modalidade de estabelecimento de filiação²⁰⁰, ao passo que a adotiva e a filiação por consentimento não adotivo ou adveniente de PMA heteróloga, apesar de terem vindo a ter uma importância crescente, são ainda modalidades subsidiárias²⁰¹. A este respeito, VERA LÚCIA RAPOSO fala-nos numa “*desvinculação entre a filiação afetivo-jurídica e biológica*”, acrescentando que “*os conceitos de “pai” (de carácter sociocultural e jurídico) e de “progenitor” (de carácter biológico) desligaram-se, nomeadamente, porque surgiu um novo tipo de parentalidade, a meio caminho entre a biológica e adotiva, uma parentalidade fundada no amor e no desejo «de ter filhos»*”²⁰².

¹⁹⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e Sucessões*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2.ª Edição, 2006, p. 157; O mesmo autor em *Direito da Família Contemporâneo*, Almedina, 5.ª Edição, 2017, p. 89, refere que a filiação, em sentido estrito, se define como “*a relação juridicamente estabelecida entre as pessoas que procriam e aquelas que foram geradas*”, e que em sentido amplo corresponde “*quer a relação jurídica familiar constituída pela procriação quer a relação que, não tendo origem no fenómeno da procriação, produza efeitos jurídicos similares*”. JOÃO CASTRO MENDES, entende filiação como “*a relação juridicamente estabelecida entre os progenitores e os filhos, isto é, entre as pessoas que procriaram e aquelas que foram geradas*” (in *Direito da Família*, Edição Revista por Miguel Teixeira de Sousa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991, p. 214).

¹⁹⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e Sucessões*, ob. cit., pp. 108 e ss.; ou nas palavras do mesmo autor, em *Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., “*filiação biológica, filiação adotiva e filiação por PMA heteróloga*”, p. 96.

¹⁹⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 97; JORGE DURTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Reimpressão, 2005, p. 15.

²⁰⁰ “*O biologismo – que nunca foi critério absoluto – mostra hoje fragilidades insuspeitas*” – (GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Critérios Jurídicos da Paternidade*” in *Estudos de Direito da Família – 4 Movimentos em Direito da Família*, Almedina, 2020, pp. 181-183:

²⁰¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 98.

²⁰² VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., p. 45; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estudos em Direito da Família*, ob. cit., pp. 185 e ss.

No nosso estudo interessa-nos o estabelecimento da filiação²⁰³ entre o homem que veio a falecer e a criança nascida através das técnicas de PMA *post mortem*, e portanto, não nos debruçaremos sobre o estabelecimento da filiação entre a mesma criança e a mãe. À partida, estando em causa PMA homóloga, falamos de filiação biológica e não de filiação que se constitui mediante consentimento, como é o caso da PMA heteróloga. Nestes termos, as técnicas de PMA permitem a criação de laços biológicos, como será o caso da PMA homóloga, no entanto, no caso em estudo, não falamos apenas de PMA homóloga, mas de PMA homóloga *post mortem*, e aí porventura o estabelecimento da filiação não será tão linear.

Ora, o estabelecimento da filiação relativamente ao pai, que seja marido da mãe, vem previsto no art. 1796.º n.º 2 do CC, que dispõe que “*a paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento*”. Portanto, se a mulher estiver casada “*presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido da mãe*” (art. 1826.º), a denominada presunção “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”. Sucede que, nos casos em estudo, a criança vai nascer quando a mãe e o pai já não coabitam, e aliás, quando estes já não são casados, uma vez que o casamento se dissolve por morte do *de cuius*. A este respeito, diz-nos o artigo 1829.º do CC, no seu n.º 1, que “*cessa a presunção de paternidade se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges*”, que no nosso caso acontece aquando da morte do marido.

Nestes termos, é de extrema importância, nestes termos, determinar com o maior rigor possível qual foi afinal o momento da concepção²⁰⁴, nomeadamente para perceber se este foi ou não concebido antes do casamento dos pais, na medida em que, a criança nascerá depois da morte do pai e, portanto, quando o casal já não coabita. Nestes termos o nosso CC vem estabelecer que o período de gestação mínimo será de 180 dias e que o máximo será de 300 dias. Assim, o período legal de concepção²⁰⁵ corresponderá aos primeiros 120 dias destes 300 que antecedem o nascimento da criança²⁰⁶. Ora, no nosso

²⁰³ Nas palavras de JOÃO DE CASTRO MENDES, “*a lei chama estabelecimento da filiação a este fenómeno de receção ou reconhecimento na ordem jurídica do vínculo de filiação (e claro, dos seus necessários correspondentes, a paternidade e a maternidade)*” (in *Direito da Família, ob. cit.*, pp. 221-222).

²⁰⁴ JOÃO DE CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 231 e ss.

²⁰⁵ EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família*, Almedina, 1999, pp. 438 e ss.

²⁰⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família – Volume II, Direito da Filiação, Tomo I*, Coimbra Editora, 2006, p. 26.

caso, na medida em que a criança irá nascer muito além dos prazos previstos e, pelo facto de o genitor ter falecido antes de a criança estar sequer concebida, vão-nos surgir muitas questões quanto ao estabelecimento da paternidade. Vejamos: primeiro, obviamente que o seu nascimento ocorrerá passados os 300 dias da morte do progenitor e, segundo, a criança poderá ser concebida já após a morte do progenitor²⁰⁷, na medida em que pode ainda nem sequer ser um embrião *in vitro*. E aqui os entendimentos vão divergir: a criança deve ou não ser considerada filha do *de cujus*, mesmo nascendo passados mais de 300 dias da sua morte?

Ora, mas esta não é a única forma de estabelecimento da paternidade²⁰⁸ – este modo de estabelecimento que referimos destina-se apenas ao estabelecimento da paternidade do marido da mãe, mas, como sabemos, pode não ser este o caso, podendo o pai da criança não ser sequer marido da mãe. No nosso estudo, tal também nos interessa na medida em que, as técnicas de PMA *post mortem*, como vimos, são admitidas não só a casais casados, mas também a unidos de facto. Nestes termos interessam-nos também as vias para estabelecer a paternidade que o nosso CC determina, vias estas que permitem estabelecer a paternidade fora do casamento²⁰⁹ - a perfilhação, a ação de investigação da paternidade e a averiguação oficiosa da paternidade²¹⁰.

Assim, se o casal não for casado mas viver em união de facto pode a paternidade ser estabelecida nomeadamente por perfilhação – o que normalmente acontece. A perfilhação consiste na “*manifestação de um indivíduo que se apresenta como progenitor de um filho que ainda não tem a paternidade estabelecida*”²¹¹, sendo o modo mais comum de estabelecimento da paternidade dos filhos nascidos ou concebidos fora do casamento²¹². É por isso um ato jurídico unilateral, pessoal, livre e não recetício. A perfilhação pode ser feita de várias formas, nos termos do art. 1853.º do CC, e se não observar uma destas formas legalmente previstas, será nula. Interessa-nos especialmente

²⁰⁷ Será certamente concebida depois, no caso da inseminação artificial *post mortem*, e depois os entendimentos divergem em relação ao momento da concepção da transferência do embrião *post mortem*, se esta se dá ainda no exterior aquando da formação do embrião ou apenas com a transferência e nidação deste no útero materno.

²⁰⁸ EDUARDO DOS SANTOS, *ob. cit.*, pp. 468 e ss.; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões, Vol. II.*, *ob. cit.*, pp. 28 e ss.

²⁰⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 87.

²¹⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo, ob. cit.*, p. 115; EDUARDO DOS SANTOS, *ob. cit.*, pp. 487 e ss..

²¹¹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família – Volume II, Direito da Filiação, Tomo I*, Coimbra Editora, 2006, p. 149.

²¹² JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo, ob. cit.*, p. 115.

a forma prevista na alínea b) – o testamento. Isto porque, a lei permite que esta perfilhação ocorra mesmo que o filho ainda não tenha nascido, permitindo a perfilhação do nascituro, no entanto, esta apenas será válida se for feita num período posterior à concepção²¹³, pelo que, também a perfilhação não resolve o nosso problema, uma vez que a criança nascida através das técnicas de PMA *post mortem* é concebida num período necessariamente posterior à morte do progenitor²¹⁴. O reconhecimento judicial²¹⁵ será o modo de estabelecer a paternidade dos filhos nascidos ou concebidos fora do casamento, caso não haja perfilhação²¹⁶.

Por sua vez, o reconhecimento judicial também se baseia num sistema de presunções, nos termos do artigo 1871.º do CC, isto é, na demonstração de que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção e que dessa relação resultou o nascimento daquela criança, o que se revelará impossível, na medida em que não há relação sexual com a PMA, ou então poderá basear-se em testes de ADN, nos termos do artigo 1801.º do CC, o que também se revelaria difícil, já que o progenitor já terá falecido (mas ainda assim, possível).

Assim, percebemos que o CC não vem resolver o problema do estabelecimento da filiação nos casos em que a criança nasce mediante técnicas de reprodução assistida *post mortem*, desde logo porque não vai funcionar o sistema de presunções, quer as que subjazem à definição do período legal de concepção, quer as que determinam o estabelecimento da paternidade em relação ao marido da mãe (art. 1826.º), quer daquelas que funcionam no âmbito da ação de investigação de paternidade para reconhecimento judicial da paternidade (art. 1871.º). Também não se poderá dar o caso de o progenitor perfilhar a criança após a sua morte, uma vez que vai morrer antes de a criança ser concebida²¹⁷. Nestes termos a constituição da filiação decorrente da PMA está sujeita a regras próprias, distintas das do CC e que vêm previstas na LPMA, as quais vamos agora analisar.

²¹³ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 118.

²¹⁴ A menos que consideremos que, no caso dos embriões criopreservados, esta concepção já se deu fora do útero materno.

²¹⁵ EDUARDO DOS SANTOS, *ob. cit.*, pp. 497 e ss.

²¹⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 115.

²¹⁷ Ora, nos termos do art. 1855.º do CC: “a perfilhação de nascituro só é válida se for posterior à concepção e o perfilhante identificar a mãe”.

No seio da LPMA o estabelecimento da filiação, tende a ser denominado “*estabelecimento da parentalidade*”²¹⁸, nos termos do art. 20.º da LPMA, estando sujeito a um regime distinto daquele que vem previsto no CC, que abrange, na verdade, apenas a filiação decorrente da prática de ato sexual e a filiação adotiva. Na PMA, como até já analisamos, vai ser relevante o consentimento e é precisamente com base no consentimento que se estabelece o vínculo da filiação na PMA²¹⁹. Este artigo 20.º da LPMA está pensado para as situações de PMA heteróloga, sendo que, o legislador português vem favorecer na PMA a paternidade social em detrimento da biológica²²⁰. Falamos aqui de uma “*verdade intencional*”²²¹, da vontade de querer assumir um projeto parental, sendo que será considerado pai o marido ou unido de facto da mulher inseminada, se para tal tiver dado o seu consentimento. No nosso caso vai interessar antes o art. 23.º da LPMA em detrimento do art. 20.º na medida em que falamos, como já referimos, de PMA homóloga, ainda que *post mortem*.

Atualmente, a LPMA vem prever, no seu artigo 23.º, que foi profundamente alterado pela Lei n.º 72/2021 de 12 de Novembro, 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*”. E mais, a lei não fica por aqui e prevê ainda que mesmo que a inseminação ocorra em violação do disposto nos artigos anteriores²²², “*a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido*”, ou seja, mesmo que nasça de uma prática *contra legem*. Tal só não acontecerá, nos casos em que “*à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que (...) dê o seu consentimento para tal ato*”, neste caso será considerada filha do atual marido ou unido de facto da mãe.

Nestes termos, é muito importante o consentimento prestado pelo beneficiário falecido – a filiação decorrente da PMA, quer seja homóloga quer heteróloga, é

²¹⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 7.ª Edição, 2020, p. 193.

²¹⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 7.ª Edição, 2020, p. 194.

²²⁰ PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, 2011, p. 110.

²²¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, FDUP e CIJE, 2017, p. 158.

²²² Isto é, mesmo que não haja projeto parental claramente estabelecido e consentido, mesmo que não tenha decorrido um prazo ajustado, mesmo que tal procedimento se inicie passados mais de três anos a contar da morte do marido ou unido de facto, mesmo que o uso de tais técnicas se dê para concretização de mais do que uma gravidez da qual resulte o nascimento completo e com vida e mesmo que não sejam cumpridos os requisitos do consentimento.

constituída por consentimento do beneficiário²²³. Ainda assim, como referimos, mesmo que este consentimento seja preterido, a lei prevê que a criança seja na mesma havida como filha do falecido. Percebe-se esta solução do legislador, porque no final de contas, o que está aqui em causa é o superior interesse da criança, haja ou não consentimento do falecido. Problema maior parece-nos surgir no caso de o falecido ter expressado o seu não consentimento para a utilização das técnicas de PMA *post mortem* – mesmo assim a criança será tida como filha do falecido? Mesmo contra a sua explícita vontade que assim não fosse?

Esta questão aqui leva-nos para uma outra discussão, a qual precisamos de ter antes de dar uma resposta. Qual é afinal o fundamento para o estabelecimento da filiação nestas situações? Porque a verdade é que, no caso em estudo, há também uma filiação biológica: o falecido vai sempre ser biologicamente o pai ou o progenitor. OLIVEIRA ASCENSÃO²²⁴ vem chamar à colação o art. 1839.º n.º 3 do CC que diz que “*não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”. Ora, este artigo foi nitidamente pensado para os casos em que foram utilizadas técnicas de PMA heteróloga, e portanto, em que há um terceiro dador de gâmetas. Mas pensemos no nosso caso, em que também tem que haver consentimento para o efeito. O autor refere que este artigo 1839.º n.º 3 “*cria um novo tipo de filiação, além dos já conhecidos*”, uma vez que a filiação não pode ser impugnada por haver aqui uma inseminação artificial consentida. O autor conclui que o consentimento é assim um terceiro fundamento para o estabelecimento da filiação, como também já temos concluído.

Se concluíssemos que o estabelecimento da filiação decorrente do uso de técnicas de PMA *post mortem* tem como fundamento o consentimento, o que aconteceria então nos casos em que não há consentimento ou então que há uma espécie de “contra consentimento”, isto é, um consentimento expresso em contrário? Quanto à primeira parte da questão, a LPMA vem-nos responder dizendo que a criança é na mesma tida como filha do falecido e, portanto, a filiação estabelece-se, preterindo do consentimento em benefício do superior interesse da criança, dando-se também prioridade à verdade

²²³ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 198.

²²⁴ JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO, “Procriação Assistida e Direito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, ..., p. 660 e ss. De referir que este texto foi escrito muito anos de vigorar qualquer Lei sobre Procriação Medicamente Assistida.

biológica²²⁵ em relação à vontade do *de cuius*²²⁶, até porque, o princípio do biologismo continua a ser determinante no direito da família português. Já quanto à segunda questão a LPMA não nos dá uma resposta, no entanto, entendemos que, mesmo nestes casos, a filiação deve ser estabelecida, nomeadamente em cumprimento dos princípios constitucionais consagrados e principalmente atendendo ao interesse da criança e ao seu direito a ver a sua identidade reconhecida, uma vez que, a criança que vier a nascer mesmo contra a vontade do *de cuius*, não tem qualquer culpa na sua conceção ou no seu nascimento, além de que, biologicamente, é filha do falecido.

Mesmo entendendo que nos casos de PMA *post mortem* a filiação se fundamenta no consentimento do *de cuius*, entendemos que não faz muito sentido que a criança que vier a nascer seja penalizada pelos atos da mãe que vier a agir contra a vontade do falecido, devendo este problema ser analisado sobre a ótica do superior interesse da criança, até porque, o *de cuius*, apesar de ser merecedor de tutela e proteção, já não goza de personalidade jurídica²²⁷, ao contrário da criança entretanto nascida.

Nestes termos concluímos que, a criança quer o *de cuius* tenha consentido, quer o *de cuius* não o tenha feito ou tenha manifestado mesmo vontade em contrário, é tida como filha do falecido e conseqüentemente é titular de uma designação sucessória prevalente, quer na sucessão legítima, quer na sucessão legitimária. Entendemos que poderemos fazer aqui uma ligação e um complemento entre o estabelecimento da filiação com base no consentimento com o princípio do biologismo.

2.2 A existência sucessória do chamado²²⁸

Assim, paralelamente, ou mesmo “antes” do requisito da designação sucessória prevalente, devemos apreciar um outro com grande importância - a existência -, isto porque, para que alguém assuma a posição do *de cuius* é necessário que exista ou sobreviva em relação àquele²²⁹. Ora, a existência não está explicitamente consagrada na lei, mas decorre dos artigos 2032.º e 2033.º do CC, que na verdade se referem à

²²⁵ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 23.

²²⁶ Porque não nos esqueçamos, falamos de casos em que apesar de estar falecido, a criança, biologicamente é sua filha, foi concebida com o seu material genético.

²²⁷ A este propósito cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 191-192.

²²⁸ Não trataremos neste estudo da capacidade sucessória. A esse respeito ver: LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 179-198; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 2.

²²⁹ Há quem denomine este requisito de “sobrevivência”, nomeadamente LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 173.

capacidade sucessória, uma vez que, só serão chamados os que, para além do mais, tenham capacidade sucessória.

Daí decorre que, só serão chamados aqueles que já tenha uma “certa existência jurídica”²³⁰, isto é, que existam no momento da abertura da sucessão e que sobrevivam ao *de cujus*²³¹. Para preencher o pressuposto da vocação sucessória é necessário que o chamado exista. Como este requisito não é expressamente mencionado, por vezes fala-se apenas em capacidade sucessória, no entanto, aqui concordamos com FRANCISCO PEREIRA COELHO, que entende que a distinção entre existência e capacidade é essencial, apesar de ambos se encontrarem intimamente interligados, uma vez que “o chamado há-de existir, isto é, há-de ter personalidade jurídica, capacidade jurídica genérica e, depois há-de ter também capacidade sucessória, a qual não é se não uma aplicação particular da noção geral de capacidade jurídica”²³². Nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, “a existência do chamado é um pressuposto “prévio”: a prevalência de designação sucessória e a capacidade só são avaliadas em relação a pessoa existente. É, precisamente, quanto à existência do chamado que se encontram os maiores debates”. Isto porque, como já fomos vendo ao longo do nosso estudo, estaremos perante casos em que o chamado poderá ser um nascituro ou concepturo, importando perceber se estes existem ou não e, só depois, se têm capacidade sucessória.

Ora, quanto a este pressuposto da “existência”, será necessário perceber onde começa e termina afinal a existência humana, o que já analisamos no capítulo anterior. À partida têm existência jurídica, as pessoas singulares nascidas completamente e com vida, nos termos do art 66.º do CC²³³, ou seja, para o chamado existir terá que ter personalidade jurídica. Só a partir do nascimento completo e com vida é que a pessoa passará a ser titular de direitos e obrigações, pelo que, à partida o nascituro não seria pessoa jurídica e muito

²³⁰ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ob. cit.*, p. 110; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 284.

²³¹ No entendimento de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO a “sobrevivência é necessária para que se mantenha a prioridade na hierarquia dos sucessíveis à abertura da sucessão; (a sobrevivência) já estaria abrangida na verificação daquela prioridade”. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª Edição, Revista, Coimbra Editora, 2000.

²³² FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões: Lições do Curso de 1973-1974, atualizadas em face de legislação posterior*, Coimbra, 1992, p. 181.

²³³ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ob. cit.*, p. 112.

menos o seria o concepturo²³⁴. A este respeito CAPELO DE SOUSA refere que quanto a este requisito falamos em “existência jurídica” e não em “personalidade jurídica”²³⁵. Já JORGE DUARTE PINHEIRO refere que “o pressuposto da existência do chamado desdobra-se em dois elementos: sobrevivência e personalidade jurídica”²³⁶, considerando esta última indispensável, ainda que o próprio autor diga que esta regra possa comportar exceções.

Ora, muitas dúvidas vão aqui surgir relativamente a este pressuposto, nomeadamente em certos casos que parece haver vocação sucessória em relação a quem ainda não existe. Para muitos autores, e atendendo ao avançar da ciência, já é pacífico dizer que a criança, a partir do momento que está concebida, é um ser humano, e que “o nascimento não é um começo, mas é um passo”²³⁷. Dado o conhecimento que se tem hoje, autores entendem que é possível concluir que antes do nascimento já existe um ser humano consciente e sensitivo, ocorrendo apenas uma mudança de lugar aquando do seu nascimento²³⁸. Nestes termos, a personalidade verifica-se desde a concepção²³⁹, sendo um direito inato e que pertence a todo o indivíduo vivo.

O certo é que, a lei teve intenção de proteger o ser ainda não concebido, conferindo-lhe alguns direitos, nomeadamente sucessórios, antes do nascimento completo e com vida, mas dependentes deste mesmo nascimento.

O requisito da existência afere-se à luz do art. 2033.º do CC e abrange não só o Estado, mas também as pessoas nascidas ou concebidas à data da morte do autor da sucessão. Conforme já vimos, no caso da sucessão testamentária e contratual têm ainda capacidade sucessória para suceder as pessoas coletivas e os nascituros não concebidos, mas que sejam filhos de determinada pessoa, viva ao tempo da morte do autor e, concomitantemente, da abertura da sucessão, nos termos do art. 2033.º n.º 2 al. a) do CC.

²³⁴ Cfr. GUILHERME MACHADO DRAY, *Direitos de Personalidade*, Almedina, 2006, p. 17: “A suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações, de situações jurídicas vantajosas e desvantajosas, é uma consequência que decorre necessariamente da personalidade humana”.

²³⁵ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 284.

²³⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 189.

²³⁷ DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *ob. cit.*, p. 60

²³⁸ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Almedina, 2009, p. 47-54.

²³⁹ A este propósito cfr.: MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO, “O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Almedina, 2000, p. 640; PAULO OTERO, 1999, p. 40; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A proteção juscivil da vida pré-natal: sobre o estatuto jurídico do embrião” in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2010, p. 140;

Decorre assim da lei que apenas podem ocupar a posição de sucessível na sucessão legal, os que já existam no momento da abertura da sucessão, ao passo que na sucessão voluntária a lei vem conceder capacidade sucessória aos nascituros ainda não concebidos e que, portanto, ainda não existem, devendo-se averiguar esta regra da existência em momento posterior.

No caso concreto da PMA *post mortem* levantam-se muitos problemas ao nível do direito das sucessões, uma vez que ao contrário do que a lei estipula, o nascimento vai ocorrer depois dos previstos 300 dias após a morte do progenitor e, conseqüentemente, no momento da abertura da sucessão pode nem sequer estar gerado.

2.2.1 A situação sucessória particular dos nascituros e concepturos

Ora, conforme analisaremos, os nascituros e concepturos são casos particulares da sucessão, gerando-se uma grande controvérsia em seu redor, nomeadamente quanto à verificação do pressuposto da existência, na medida em que, conforme veremos, poderão ser chamados a suceder quando “ainda não existem”, ou pelo menos, não existem de uma forma plena.

Em relação aos nascituros já concebidos, doravante nascituros, a lei nos termos do art. 2033.º n.º 1 vem equipará-los às pessoas nascidas e chama-os à sucessão, seja ela legitimária, legítima, testamentária ou contratual²⁴⁰. Obviamente que a vocação sucessória ficará dependente do nascimento (condição legal suspensiva), nos termos do art. 66.º n.º 2 do CC²⁴¹. Isto será assim porque os nascituros terão, como já dissemos, uma certa existência jurídica, ainda que a sua personalidade jurídica não seja plena. E tal existência não decorre somente do art. 66.º n.º 3, mas também de outras normas, nomeadamente de cariz sucessório, outras relacionadas com o instituto da doação que também confere direitos ao nascituro, e ainda, por exemplo, o art. 1885.º do CC que permite que o nascituro seja perfilhado. Nestes termos, os nascituros são chamados à

²⁴⁰ Ora, este artigo “não viabiliza o reconhecimento de direitos sucessórios legais ao filho nascido por inseminação *post mortem* que é concebido após a abertura da sucessão”, in JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., nota de rodapé 471, p. 204. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 285. F.M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974 atualizadas em face de legislação posterior, Coimbra, 1992, pp. 186.

²⁴¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, ob. cit., p. 190.

sucessão, podendo nós concluir que terão uma espécie de “*personalidade jurídica limitada*”²⁴².

Autores há que entendem que, o Direito reconhece personalidade jurídica desde a concepção, nomeadamente DIOGO LEITE DE CAMPOS²⁴³, BIGOTTE CHORÃO²⁴⁴, PAULO OTERO²⁴⁵ e OLIVEIRA ASCENÇÃO²⁴⁶, entendendo nomeadamente o primeiro autor, que a norma do art. 66.º n.º 1 do CC já está ultrapassada. Neste seguimento, reconhecida que esteja a personalidade desde a concepção, teríamos que concluir pela existência do nascituro, mesmo antes de nascer.

Posição oposta tem, por exemplo, GALVÃO TELLES²⁴⁷, que entende não existir personalidade jurídica desde a concepção²⁴⁸, entendendo que o art. 66.º n.º 2 do CC diz apenas respeito aos direitos patrimoniais do nascituro e não mais que isso. GUILHERME MACHADO DRAY diz-nos que da conjugação do art. 66.º n.º 2 e dos arts. 952.º e 2033.º do CC (que permitem, respetivamente, a doação e a sucessão dos nascituros), apenas resulta que há esta possibilidade de serem feitas doações aos nascituros e que estes têm capacidade sucessória, não sendo tais normas suficientes para afirmar que resulta do CC uma personalidade jurídica pré-natal²⁴⁹. Também para LUÍS CARVALHO, o nascituro não é pessoa jurídica²⁵⁰.

Nesta questão em particular, tendemos a concordar com OLIVEIRA ASCENÇÃO que entende existir uma incongruência entre o regime do 2033.º n.º 1 e o regime do 66.º n.º 1 do CC, uma vez que parecem contrariar-se. Entende o autor que a lei ao referir “*peças nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão*”, refere-se obviamente aos nascituros, pelo que o próprio legislador considera que estes são detentores de personalidade jurídica, ainda que os direitos que lhes são reconhecidos apenas se efetivem no momento do nascimento²⁵¹. Concordamos com o autor no sentido de que a lei não nega esta vocação sucessória ao nascituro e mais, não deve este nascituro

²⁴² CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Código Civil Anotado – Livro V Direito das Sucessões*, Almedina, 2018, p. 34-35;

²⁴³ *Lições de Direito da Família e Sucessões*, cit., p. 513.

²⁴⁴ “Concepção realista da Personalidade Jurídica do Nascituro”, cit., pp. 61-63.

²⁴⁵ *Personalidade e Identidade ...*, cit., pp. 33-44.

²⁴⁶ *Direito Civil – Sucessões*, cit., p. 126.

²⁴⁷ *Sucessões: Parte Geral*, cit., p. 32.

²⁴⁸ No mesmo sentido cfr. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e Sucessões, Vol. II, Sucessões*, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 197.

²⁴⁹ *Direitos de Personalidade*, p. 19.

²⁵⁰ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 159.

²⁵¹ JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENÇÃO, *Direito Civil – Sucessões*, cit., p. 126.

ser prejudicado nos seus direitos, pela simples razão de ter nascido após o óbito do *de cuius*.

Na prática, nestes casos, verificar-se-á, evidentemente, uma situação de pendência entre a abertura da sucessão e o nascimento²⁵² completo e com vida do nascituro. Nesse período de tempo, que será não mais que o período de uma gravidez, a herança ou legado ficará a ser administrada pela pessoa que o faria se já houvesse nascimento no momento da abertura da sucessão, nos termos do art. 2240 n.º 2 do CC, ficando o inventário em suspenso até ao nascimento. Ora, este artigo foi pensado efetivamente para os casos em que o sucessível já está concebido, mas não só concebido *strictu sensu*, concebido e dentro do útero materno – isto é, pressupõe-se que já existe uma gravidez, daí o funcionamento da presunção do art. 1798.º do CC. Mas, no caso em estudo, se considerarmos o embrião criopreservado nascituro este poderá não nascer nos 300 dias posteriores à data da morte.

Ora, nascituros, já concebidos, são aqueles que venham a nascer nos 300 dias seguintes à data da abertura da sucessão²⁵³, permitindo-se, no entanto, nos termos do art. 1800.º do CC que se prove que o período de gestação foi superior. No nosso caso, a considerarmos os embriões criopreservados nascituros, estes dificilmente nasceriam nesses 300 dias posteriores, no entanto, podemos refletir sobre o facto de se admitir prova quanto ao momento da conceção, dizendo que este foi o momento em que se formou o embrião *in vitro*. Assim, a considerarmos nascituros os embriões criopreservados estes artigos seriam-lhes aplicados, mesmo que ultrapassados os referidos 300 dias.

Por sua vez, os nascituros não concebidos, doravante concepturos, podem apenas ser chamados à sucessão voluntária – testamentária ou contratual – nos termos do art.º 2033.º n.º 2 al. a) do CC²⁵⁴. Aqui, quanto ao pressuposto da existência será difícil estabelecer o mesmo que estabelecemos para os nascituros²⁵⁵. Parece-nos que esta

²⁵² SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 145.

²⁵³ F.M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974 atualizadas em face de legislação posterior, Coimbra, 1992, p. 186.

²⁵⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, *ob. cit.*, nota de rodapé 471. F.M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974 atualizadas em face de legislação posterior, Coimbra, 1992, pp. 190 e ss.

²⁵⁵ CRISTINA ARAÚJO DIAS fala-nos numa exceção ao requisito da existência, “*uma vez que não há aqui uma realidade biológica, como acontece com os nascituros já concebidos (...), muito embora não tenham personalidade jurídica, parece que cabem também no art. 66.º n.º 2 e portanto a sua vocação fica também dependente da condição suspensiva do seu nascimento*”. Em sentido contrário, PEREIRA COELHO entende que estamos perante uma vocação sucessória que só se verificará no momento do

sucessão voluntária se admite na medida em que pretende respeitar o princípio da liberdade negocial e testamentária, satisfazendo a vontade do autor da sucessão²⁵⁶. Ainda assim, para que estes concepturos sejam chamados a suceder ao *de cuius*, é necessário que se cumpra um requisito – têm que ser filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão. Acresce que, não estando ainda concebidos, a questão da partilha é ainda mais complicada, como veremos infra.

Conforme já referido, o Código Civil, no seu artigo 2033.º n.º 2 al. a), admite à sucessão testamentária as pessoas ainda não concebidas ao tempo da abertura da sucessão, filhas de pessoa determinada que já se encontre viva naquele momento²⁵⁷. Ora, assim concluímos que os concepturos não são chamados à sucessão legítima nem legitimária²⁵⁸. A discussão acerca da personalidade jurídica do nascituro não se tem quanto aos concepturos – estes efetivamente ainda não existem, nem mesmo no estado embrionário, ao tempo da abertura da sucessão²⁵⁹. Não estamos, portanto, perante seres dotados de personalidade, quer física, quer jurídica²⁶⁰.

Inúmeras são as discussões no que toca à vocação sucessória destes concepturos, existindo autores que, apesar do Código Civil atribuir capacidade sucessória aos concepturos, entendem não existir aqui vocação sucessória antes da conceção²⁶¹, na medida em que estes são “*uma mera previsão psicológica*”²⁶², “*entidades jurídicas emergentes de uma estrutura de pressupostos jurídicos e de conteúdos de vontade de partes*” e que a vocação apenas se poderá dar em momento posterior à abertura da sucessão, nomeadamente após o nascimento completo e com vida²⁶³.

O certo é que o CC admite esta espécie de “existência”, ainda que apenas na sucessão voluntária, dos concepturos, referindo expressamente que estes devem ser filhos de uma pessoa determinada, que deve estar viva no momento da abertura da sucessão²⁶⁴.

nascimento, tentando perceber quem ficará encarrego dos bens neste intervalo que medeia entre morte do autor da sucessão e nascimento (*Direito das sucessões*, ob. cit., pp. 205-208).

²⁵⁶ PEREIRA COELHO, ob. cit., p. 35

²⁵⁷ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, ob. cit., p. 146.

²⁵⁸ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 287.

²⁵⁹ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, ob. cit., p. 148.

²⁶⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 288.

²⁶¹ A propósito ver DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, ob. cit., p. 515.

²⁶² Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões – Parte Geral*, cit., p. 36.

²⁶³ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil – Sucessões*, ob. cit., pp. 156-157.

²⁶⁴ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, ob. cit., p. 149. De referir que esta norma não foi prevista para o caso de filhos do testador, mas sim para filhos de outras pessoas existentes ao tempo da abertura da sucessão (crf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Procriação Assistida e Direito” in *Estudos em*

A vocação destes concepturos traz, no entanto, bastantes problemas consigo associados, uma vez que, ao contrário dos nascituros, que apesar de tudo têm uma data previsível para “nascer”, os concepturos podem vir a nascer muitos anos depois da abertura da sucessão ou mesmo nunca vir a nascer²⁶⁵. Neste sentido, o art. 2040.º do CC prevê que a herança fique sob o regime da administração previsto nos arts. 2237.º a 2239.º do CC, até que os concepturos venham efetivamente a nascer. A referida administração será exercida nos termos do art. 2238.º n.º 1 do CC.

Aqui chegados importa-nos perceber ainda em que termos se fará a partilha nestas situações: se esta não se deve realizar de todo, permanecendo a herança ou legado sob administração até que não possa haver mais nascituros²⁶⁶, se se deve fazer uma partilha aproximada dos bens, com um cálculo estimado dos filhos que possam nascer ou ainda se se faz uma partilha com condição resolutiva, caso em que os filhos que vierem a nascer podem futuramente reivindicar a sua parte. Mas, a este respeito, vejamos agora, em concreto, o que prevê a LPMA.

3. Os Direitos Sucessórios da pessoa nascida mediante técnicas de PMA *post mortem*

Depois do que foi já dito, analisaremos agora o que o CC e a LPMA prevêem, em específico, quanto aos efeitos sucessórios que poderão decorrer do uso das técnicas de PMA *post mortem* – chegando assim ao tema central do nosso estudo.

Ora, vamos partir do pressuposto que a criança que vier a nascer destas técnicas será tida como filha do falecido²⁶⁷ nos termos que deixámos referidos supra e, portanto, é titular de uma designação sucessória prevalente no âmbito da sucessão do falecido. Resta-nos perceber se estão cumpridos os restantes requisitos da vocação sucessória, nomeadamente a existência que referimos supra, como sendo o requisito que mais discordância gera em relação aos nascituros e, principalmente em relação aos concepturos. Importa assim perceber em que termos as normas do CC, nomeadamente o art. 2033.º, se podem estender aos nascidos mediante técnicas de PMA *post mortem*.

Homenagem do Professor Doutor Pedro Soares Martinez, p. 673) mas, ainda assim entendemos que não exclui os filhos do testador.

²⁶⁵ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 149.

²⁶⁶ Conforme defendem CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO.

²⁶⁷ Poderá efetivamente não ser assim, nomeadamente se não forem cumpridos os requisitos ou forem ultrapassados os prazos legalmente previstos.

Reparemos que, na redação atual deste artigo 2033.º n.º 1 do CC vem previsto que “*têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei, bem como as pessoas concebidas, nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação post mortem*”. Esta redação resulta da alteração que foi efetuada pela Lei n.º 72/2021, de 12 de Novembro, que também alterou, como já vimos, a LPMA (alteração que se revela de extrema importância para o nosso estudo).

Em primeiro lugar, salta-nos logo à vista a expressão “*bem como as pessoas concebidas*” – ora, estará aqui a lei a restringir às pessoas já concebidas ou a pessoas que eventualmente venham a ser concebidas num quadro de procedimento de inseminação *post mortem*? A nosso ver, apesar de pouco ou nada se ter escrito a propósito, terá que ser a segunda opção. Desde logo porque o CC refere “*no quadro de um procedimento de inseminação post mortem*”, caindo novamente no erro que cai toda a LPMA, que é referir em exclusivo esta técnica, quando deveria incluir todos os procedimentos de PMA *post mortem* na medida em que esta não é a única técnica admissível. E depois porque, afirmando inseminação, obrigatoriamente teríamos que estar perante pessoas ainda não concebidas à data da abertura da sucessão na medida em que na inseminação *post mortem* nem sequer existe embrião, mas apenas o material genético criopreservado. Assim, o CC nesta redação vem atribuir capacidade sucessória a todos os nascidos medicamente as técnicas de PMA *post mortem*.

Analisemos o que é agora previsto pela LPMA. Desde já, temos que concluir que as normas do nosso CC não foram elaboradas tendo em conta as técnicas de PMA e muito menos as técnicas de PMA *post mortem*, pelo que, aqui, havendo lei especial quanto à PMA é a essa que devemos atender, ainda que a mesma contrarie em muitos pontos as normas do CC (que a nosso ver necessitará de atualizações, a par desta última que referimos).

Desde logo, quanto à transferência de embriões *post mortem*, será possível considerar que o embrião criopreservado é um nascituro já concebido e que, portanto, existe nos termos já analisados? Ou será um mero concepturo, uma vez que ainda não foi implantado no útero materno, tendo apenas a capacidade sucessória que lhe é atribuída pelo art. 2033.º n.º 2 al. a) do CC? E quanto à inseminação *post mortem* em que apenas temos material genético criopreservado, terá a criança nascida nestes termos direitos

sucessórios? Ora, antes das alterações de 2021 à LPMA, estas eram questões que se levantavam com bastante força, uma vez que a mesma lei nada previa quanto aos efeitos sucessórios e apenas nos restava o regime do CC que, conforme já foi explicado, é bastante insuficiente. Hoje já não temos o problema nos mesmos moldes, ainda que continue a gerar-se muita discussão. Ainda assim, agora a lei é mais clara, conforme veremos e o próprio CC foi alterado em conformidade.

A LPMA, atualmente, prevê no seu art. 23.º n.º 5 que “*existindo consentimento para a possibilidade de inseminação post mortem, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro, caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do n.º 5 do artigo 22.º.*”

Ora, aparentemente parece resolvido o problema que existia anteriormente, uma vez que a lei, na sua versão anterior, apenas admitia a transferência de embriões *post mortem*, proibindo a inseminação artificial *post mortem*, no entanto nada previa quanto aos efeitos sucessórios, quer para uma ou a outra técnica. Com as recentes alterações o legislador preocupou-se em preencher estas lacunas, tendo, a nossa ver, por lapso, previsto todo o regime em volta da inseminação *post mortem*, quase que deixando de fora a transferência de embriões *post mortem*. Ainda assim entendemos ser apenas um lapso, que deverá ser corrigido no futuro, verificando-se o mesmo em várias normas conforme referimos, e que a LPMA ao regular quer os efeitos paterno-filiais, quer os efeitos sucessórios deveria referir-se a técnicas de PMA *post mortem* e não apenas a inseminação *post mortem*, de forma a incluir expressamente a transferência de embriões *post mortem*. Nestes termos, concluímos que são atribuídos direitos sucessórios às crianças nascidas das técnicas de PMA *post mortem*, quer legais, quer voluntários, ainda que se possa discutir a existência de designação sucessória prevalente e da existência que são exigidas pelo CC, e também a questão de tais direitos serem atribuídos quando ainda estamos perante nascituros ou mesmo concepturos. Ainda assim, decorrem, no nosso entendimento, estes efeitos quer do CC, quer da LPMA.

Importa, ainda assim, tentar perceber o que fundamenta e motivou esta decisão do legislador em atribuir, sem mais, direitos sucessórios aos filhos nascidos destas técnicas, partindo também do princípio que a lei não distingue entre a inseminação *post mortem* e a transferência de embriões *post mortem*, apesar de o fazer “literalmente”.

O certo é que, já antes destas alterações, algumas eram as vozes²⁶⁸ que se levantavam no sentido de que se era reconhecida a paternidade do falecido, não haveria outra solução que não a de reconhecer direitos sucessórios à criança nascida destas técnicas²⁶⁹, uma vez que este deveria conquistar plenamente o estatuto de filho, incluindo os direitos sucessórios que daí advêm, fazendo jus ao princípio da não discriminação entre filhos²⁷⁰ e aos artigos 36.º n.º 4 e 13.º n.º 1 da CRP. Um outro argumento era muitas vezes invocado em sentido contrário – a certeza e segurança jurídicas, uma vez que, ao permitir-se o reconhecimento de efeitos sucessórios a estas crianças, o fenómeno sucessório nunca estaria estabilizado na iminência de surgir mais um filho do *de cuius*. Por estes motivos, e outros, era necessária uma profunda alteração à LPMA, alteração essa que deveria cumprir quer o princípio da igualdade, mas também não poderia descorar a segurança e certeza jurídicas que devem pautar o fenómeno sucessório.

É certo que atualmente a LPMA vem prever um prazo máximo para a utilização das técnicas de PMA *post mortem* mas, como também já dissemos, a mesma lei vem dizer que, se não forem incumpridos estes requisitos, a criança é igualmente tida como filha do falecido. Portanto, o problema de segurança e certeza jurídicas, apesar de atenuados, continuam a permanecer. Imaginemos ainda a situação hipotética e ainda mais grave de as técnicas de PMA *post mortem*, ao contrário do que a lei permite, virem a ser utilizadas para o nascimento de mais do que uma criança. Tal situação incumpe o requisito da lei, mas a própria lei diz que a criança será na mesma tida como filha do falecido. Ora, nestes casos, o fenómeno sucessório para além de ser confrontado com o aparecimento de mais um herdeiro que não era esperado, e que até pode vir a surgir passado vários anos, pode ver-se confrontando com o aparecimento de vários herdeiros do *de cuius*.

Vejamos ainda o que nos diz art. 23.º n.º 7 da LPMA: “*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*”. Ora, se nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, mesmo que a criança nasça em violação do disposto no art. 22.º da LPMA ela é tida como filha do

²⁶⁸ Nomeadamente, SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, 2010, p. 168

²⁶⁹ Nestes termos, muitos autores distinguiam entre a inseminação *post mortem* e a transferência de embriões *post mortem*

²⁷⁰ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 25.

falecido, o certo é que, ficaria a dúvida se lhe seriam atribuídos direitos sucessórios. A nosso ver, a lei atribui na mesma à criança os seus direitos sucessórios, na medida em que esta não pode ficar prejudicada pelas ações da sua progenitora. Assim, à criança serão atribuídos direitos sucessórios sendo que, a par disso, à sua progenitora, que no caso violou a lei e prejudicou o interesse dos restantes sucessores, caberá o dever de indemnizar estes últimos. Esta parece-nos uma solução adequada: se por um lado se protegem os interesses da criança, por outro, a lei não se abstém de proteger os interesses dos sucessíveis.

O certo é que, antes das alterações da 2021, pedia-se²⁷¹ que a LPMA fosse alterada no sentido de permitir a inseminação artificial *post mortem*, a par da transferência de embriões *post mortem* que já era permitida desta a versão inicial da LPMA, centrando-se a maioria dos argumentos no respeito pela vontade do falecido que foi por si expressa interligado com o desejo da mulher de ter um filho biológico com “a pessoa amada”, o que já analisamos em capítulo anterior. Nestes termos, a grande preocupação do legislador ao alterar a LPMA no seio das técnicas *post mortem*, foi permitir a inseminação artificial *post mortem* e permiti-la em pé de igualdade com a transferência de embriões *post mortem*, determinando que a criança nascida é filha do falecido e atribuindo-lhe efeitos sucessórios expressamente.

A forma como previu estes efeitos não foi a mais correta, parecendo que foi feita “à pressa”. Era fulcral ter aproveitado esta grande alteração para prever estes efeitos de forma expressa e abrangente de todos os problemas que daqui decorrem. Ainda assim entendemos que as soluções propostas dão hoje uma grande resposta comparando com o regime que tínhamos anteriormente em vigor e que nos deixava muita margem para discussão. Hoje podemos dizer que os efeitos sucessórios advenientes destas técnicas se encontram previstos, que são atribuídos de uma forma que nos parece correta e que são previstos prazos máximos de forma a acautelar a segurança e certeza jurídica do fenómeno sucessório. No entanto, também não podemos deixar de dizer que muitas são

²⁷¹ Vejamos, nomeadamente, os Projetos de Lei: Projeto de lei n.º 214/XIV/1.^a (Cidadãos) que visava alterar o regime vigente de forma a permitir a realização de um projeto parental, claramente estabelecido por escrito e decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão, permitindo que a mulher seja inseminada com sêmen do falecido; Projecto de lei n.º 223/XIV/1.^a (PS) que alargava as situações de realização de inseminação *post mortem*, admitindo o alargamento do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sêmen após a morte do dador nos casos de projetos parentais expressamente consentidos; Projeto de lei n.º 237/XIV/1.^a (BE) que visava permitir a inseminação *post mortem* da mulher com sêmen do marido ou homem com quem vivia em união de facto para realização de projeto parental claramente estabelecido.

ainda as questões que podem daqui surgir e às quais a lei ainda não nos dá resposta, a par de que, muitas normas da LPMA conflituam com o que vem previsto no CC (sendo que, o próprio CC se parece contrariar a si próprio em certas normas).

4. A petição da herança

Já concluímos anteriormente que, mesmo incumpridos os requisitos da LPMA, a criança que vier a nascer do uso das técnicas de PMA *post mortem*, será tida como filha do falecido. Nestes termos, são-lhe reconhecidos os efeitos paterno-filiais e consequentemente os sucessórios, mas o fenómeno sucessório pode já ter decorrido, tendo já sido, por exemplo, finalizada a partilha, uma vez que já tinham passado os prazos previstos, nomeadamente os três anos previstos no art. 23.º n.º 5 da LPMA. Nesse caso ganhará relevo o instituto da petição da herança²⁷².

A petição da herança é uma acção judicial prevista nos arts. 2075.º e ss. do CC através da qual, o herdeiro pode pedir “*o reconhecimento da sua qualidade sucessória e a consequente restituição de todos os bens da herança ou parte deles, contra quem os possua como herdeiro ou a outro título, ou mesmo sem título*”²⁷³, não se confundindo com a acção de reivindicação²⁷⁴, com a habilitação de herdeiros ou com a acção destinada a esclarecer se o chamado à herança aceita ou repudia²⁷⁵. Vejamos pois esta questão que, apesar de não se encontrar prevista da LPMA, parece-nos ser de grande interesse também para os casos em estudo. Imaginemos agora que a utilização destas técnicas ultrapassou todos os prazos previstos na LPMA, mas que, ainda assim, veio a nascer uma criança e a partilha já se encontra concluída.

A LPMA nada prevê quanto a estas situações e, portanto, resta-nos tentar encontrar alguma solução a partir das regras gerais vigentes no nosso ordenamento. A este respeito,

²⁷² Para um estudo mais aprofundado, ver F.M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974 atualizadas em face de legislação posterior, Coimbra, 1992, pp. 265 e ss.

²⁷³ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Sucessões: Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, p. 85.

²⁷⁴ Apesar de ambas as acções visarem a restituição de bens em poder de terceiro, a petição de herança assume um carácter mais universal, já que abrange todo o património da herança, ao passo que, a acção de reivindicação tem como objecto coisas certas e determinadas. A este propósito cfr.: DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *ob. cit.*, p. 127; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit. Volume II*, pp. 33-36; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil. Sucessões*, 5.º Edição Revista, Coimbra Editora, 2000, pp. 477-478; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 2.º Edição Reimpressão, Quid Juris, 2004, p. 480.

²⁷⁵ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões – Volume II*, 3.ª Edição Renovada, 2002, p. 29.

chamamos à colação o instituto da petição da herança que está regulado nos arts. 2075.º e ss. do CC.

O instituto da petição da herança foi criado precisamente para os casos em que aquando do fenómeno sucessório ou depois do mesmo ter corrido, se verifique que existia algum ou alguns sucessíveis que deveriam ter sido chamados à sucessão, a par dos demais, mas que, por razões alheias à sua vontade, não o foram²⁷⁶. Nestes termos, o legislador entende que o sucessível não deve ficar prejudicado e, portanto, atribui-lhe um mecanismo que tem o nome de petição da herança.

A petição da herança visa assim duas finalidades: reconhecer judicialmente a qualidade sucessória que neste caso o autor se arroga e ainda restituir no ativo da herança os bens que o demandando possuía, a qualquer título ou mesmo sem ele²⁷⁷.

Esta acção pode ser intentada a todo o tempo, sem prejuízo das regras da usucapião e do previsto no art. 2075.º n.º 2 do CC²⁷⁸, isto é, sem prejuízo do decurso do prazo para aceitação da herança, que se fixa em 10 anos a partir do momento em que o sucessível tem conhecimento de haver sido chamado (prazo este que nunca funciona se o sucessível nunca tiver sido chamado)²⁷⁹. Pode, dado o prazo decorrido, acontecer que o possuidor dos bens da herança já tenha disposto de todos os bens ou parte deles, podendo, nestes termos a acção ser proposta contra o adquirente, nos termos do art. 2076.º do CC²⁸⁰. De notar ainda que a referida acção não procederá, porém, contra um terceiro que haja adquirido “*do herdeiro aparente, por título oneroso e de boa fé, bens determinados ou quaisquer direitos sobre eles*”, sendo apenas responsável o alienante segundo as regras do enriquecimento sem causa. A este respeito não nos parece que esteja de má fé o herdeiro que aliene bens ou direitos apenas por saber que o *de cujus* deixou embriões ou sêmen criopreservado, estará sim de má-fé se tiver conhecimento que a viúva ou ex-companheira já engravidou do *de cujus*²⁸¹.

²⁷⁶ JOSÉ JOÃO GONÇALVES PROENÇA, *Direito das Sucessões*, 3.º Edição Revista e Atualizada, Quid Juris – Sociedade Editora Lda., Lisboa, 2009, p. 67.

²⁷⁷ DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, 2017, p. 127.

²⁷⁸ DIOGO LEITE DE CAMPOS; *ob. cit.*, p. 127.

²⁷⁹ JOSÉ JOÃO GONÇALVES PROENÇA, *ob. cit.*, p. 67.

²⁸⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, p. 127.

²⁸¹ SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 174.

Nestes termos, poderá a criança nascida por meio da PMA *post mortem* fazer uso da petição da herança? A este propósito vejamos o que nos diz GUILHERME DE OLIVEIRA²⁸² porque se “*por um lado, este instrumento quer servir os herdeiros que tinham o direito de herdar mas que foram injustamente esquecidos – que não é o caso deste herdeiro, a quem não reconheceria, de início, a capacidade sucessória; (...) por outro lado, o filho nascido mais tarde não poderia deixar de ser considerado como filho do autor da sucessão, e parece injusto colocá-lo numa posição diferente dos irmãos*”. Portanto, este autor, apesar de ver alguns problemas nesta solução, tende a aceitá-la, muito por conta do princípio da não discriminação dos filhos. O autor propõe ainda uma solução, dizendo que o herdeiro deveria reclamar a sua parte em dinheiro, poupando assim a necessidade de nova partilha, o que nos parece ser uma boa resposta ao problema.

²⁸² GUILHERME OLIVEIRA, “O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética”, in *Anuário de La Facultad de Derecho da La Universidad Autónoma de Madrid, Derecho y Genética: Un Reto de la Sociedad del Siglo XXI*, número extraordinário, 2006, p. 160. (pp. 149-162).

CAPÍTULO IV

REFLEXÕES SOBRE AS SOLUÇÕES PREVISTAS EM ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Quando iniciámos o nosso estudo, logo no Capítulo I, refletimos sobre a necessidade de legislar sobre estas matérias e sobre o facto de esta dever ser uma matéria deixada ao livre critério das partes ou se deve ter intervenção estatal. O certo é que, sendo a reprodução uma questão tão íntima de cada um ou de um casal, a nossa primeira reação será deixar estas matérias na livre disposição das partes, na medida em que nos confrontamos com o seu direito à intimidade e à reserva da vida privada²⁸³. No entanto, como também já analisamos ao longo do nosso trabalho, muitos são os problemas que advêm da utilização destas técnicas de PMA, e no que concerne com o nosso estudo, com a utilização das técnicas de PMA *post mortem*, devendo por isso o Estado “fixar os princípios mínimos de atuação”²⁸⁴, havendo efetivamente uma necessidade de regulação de alguns aspetos.

Como também já refletimos, legislar sobre estas matérias não é tarefa fácil e, a par do nosso ordenamento jurídico, muitos outros têm tentado encontrar uma resposta para os problemas que advêm da procriação medicamente assistida *post mortem*²⁸⁵. Por outro lado, muitos são também os ordenamentos que ainda não regulam estas matérias, existindo um completo vazio legislativo, de onde podem advir variados problemas. Ainda assim, mesmo naqueles ordenamentos em que há uma regulamentação até exaustiva, muitos são os problemas que ainda continuam sem resposta²⁸⁶. Efetivamente este “vazio legislativo” não é visto da mesma forma em todos os ordenamentos jurídicos – vejamos por exemplo o caso flagrante dos Estados Unidos da América em que há uma abstenção de regulação estadual. A maioria dos estados são de *common law* onde efetivamente a prática judicial regula muitas matérias, o que não é o caso de Portugal e da maioria dos países da Europa, em que uma total abstenção legislativa terá um outro significado. Nos

²⁸³ A este respeito ver o que dissemos no Capítulo I.

²⁸⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, “*O Direito à Imortalidade...*”, *ob. cit.*, p. 1095.

²⁸⁵ A este respeito vejamos: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a55304d544e6d4e6a4d344c546b315a6d59744e4441784e6930354d7a55784c54566a5a6d4a6c4f44526859324933597935775a47593d&fich=5413f638-95ff-4016-9351-5cfbe84acb7c.pdf&Inline=true>

²⁸⁶ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 16. e ss.

países europeus há assim uma maior necessidade de intervenção legislativa, ainda que esta não deva ser demasiado rígida²⁸⁷.

VERA LÚCIA RAPOSO refere existirem dois modelos: “*modelo restritivo de regulação*” e “*modelo liberal de regulação*”. Ora quanto a estes modelos restritivos, a autora faz uma observação muito perspicaz, considerando inútil uma legislação nacional deste teor, chamando à atenção para o problema do turismo reprodutivo²⁸⁸, que se vai verificar através de uma deslocação dos beneficiários dos países mais restritivos para os países mais liberais, para terem acesso a técnicas que no seu país são proibidas.

Começamos então, desde logo, com alguns países que apresentam um modelo mais restritivo, como é o caso do ordenamento jurídico alemão²⁸⁹. Na Alemanha não existe um diploma específico que regule técnicas de PMA, isto é, uma regulamentação geral da PMA. Na verdade, a PMA encontra-se prevista numa lei de 13 de Dezembro de 1990, denominada “*Gesetz zum Schutz von Embryonen. Embryonenschutzgesetz*”²⁹⁰, que é conhecida como a Lei de Proteção dos Embriões. Esta lei vem proibir qualquer tipo de experimentação científica em embriões humanos, proibindo a sua criação para fins de investigação²⁹¹, deixando em aberto muitas outras questões²⁹². A lei alemã é efetivamente uma das leis mais restritivas nesta matéria da PMA, punindo mesmo diversas situações que visem a criação de embriões para outros propósitos que não a reprodução imediata e em vida, como é o caso da reprodução *post mortem*²⁹³. É uma lei muito protetiva do embrião e orientada para uma utilização do embrião exclusivamente no seio da família. Naquilo que é o nosso estudo, interessa-nos referir que na Alemanha a inseminação artificial *post mortem* é proibida e punida com até três anos de prisão ou multa²⁹⁴. Nestes termos, podemos concluir que efetivamente a lei alemã é bastante intervencionista,

²⁸⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, “*O Direito à Imortalidade...*”, *ob. cit.*, p. 1099.

²⁸⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, “*O Direito à Imortalidade...*”, *ob. cit.*, p. 1096. A propósito desta matéria ver a mesma obra da Autora, pp. 1110 e seguintes.

²⁸⁹ Para um estudo mais aprofundado ver MATTHIAS KRÜGER, “The prohibition of post-mortem-fertilization, legal situation in germany and european convention on human rights” in *Revue internationale de droit penal*, 2011/1-2 (Vol. 82), pp. 41-64.

²⁹⁰ Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>;

²⁹¹ HELENA MARIA VIEIRA DE SÁ FIGUEIREDO, *A procriação medicamente assistida e as gerações futuras*, Gráfica de Coimbra, 2005, p. 125.

²⁹² VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1103.

²⁹³ VERA LÚCIA RAPOSO, “*O Direito à Imortalidade...*”, *ob. cit.*, p. 1104. Ver ainda ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 17: “*o ordenamento jurídico alemão que proíbe a inseminação artificial post mortem e pune até três anos de prisão ou multa quem fecunde um óvulo com o sêmen de um homem após a sua morte*”.

²⁹⁴ Vejamos que, no caso português, apesar de ser recente a permissão da inseminação artificial *post mortem*, a sua proibição nunca foi acompanhada de tutela penal.

regulando muitos aspetos pormenorizadamente, punindo de forma muito severa algumas condutas que para o ordenamento jurídico alemão são consideradas graves.

Um outro ordenamento jurídico que pode ser considerado restritivo é o ordenamento jurídico italiano. Na Itália o enquadramento legal das questões relativas à procriação medicamente assistida encontra-se plasmado na *Legge 19 febbraio 2004, n. 40 Norme in materia de procreazione medicalmente assistida*²⁹⁵. Esta lei prevê que o acesso às técnicas de PMA apenas é permitido quando exista uma causa impeditiva e inexplicável de procriar de forma natural ou, se explicável, que esteja medicamente comprovada²⁹⁶. As técnicas de PMA são apenas acessíveis a casais adultos, neste caso duas pessoas do sexo oposto, casados ou em coabitação, em idade potencialmente fértil e que estejam ambos vivos²⁹⁷. Ou seja, proíbe-se o acesso à PMA a casais do mesmo sexo, e mesmo a pessoas sozinhas, não se admitindo, portanto, a possibilidade prevista por exemplo em Portugal de acesso de todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade. Além disto, permitindo apenas o acesso à PMA a casais heterossexuais vivos, proíbe-se expressamente a PMA *post mortem*, no seu artigo 5.^o²⁹⁸. Quanto à criação de embriões, a lei vem proibir o uso destes em qualquer tipo de experimentação, fixando mesmo medidas para evitar a criação de embriões²⁹⁹. Esta é uma lei com uma profunda influência religiosa, nomeadamente, da igreja católica³⁰⁰.

Vejamos agora o que prevê o ordenamento jurídico francês³⁰¹, que também podemos qualificar como um modelo conservador e restritivo, “*orientado para a preservação dos tradicionais valores de família*”³⁰². Nestes termos, como já podemos antever pela afirmação anterior, na França não é permitida a procriação medicamente assistida *post mortem*³⁰³. Há não muito tempo, em setembro de 2019, durante a discussão de uma

²⁹⁵ Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004-02-19;40!vig>; A este respeito ver: VITÚLIA IVONE, “Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudenciais” in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, p. 195.

²⁹⁶ ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução Assistida*, Editora Saraiva, S. Paulo – Brasil, 2010, pp. 262-269.

²⁹⁷ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 17.

²⁹⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1113.

²⁹⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1113.

³⁰⁰ VITÚLIA IVONE, *ob. cit.*, p. 196.

³⁰¹ Cfr. KARÈNE PARIZER-KRIEF, “Réflexions autour de la révision de la loi bioéthique dans le domaine de l’assistance médicale à la procréation Une rupture du cadre conceptuel?” in *Médecine/Sciences*, n.º 4, Vol. 25, pp. 356-363; ISABELLE ENGELI, “La problématisation De la procréation médicalement Assistée en France et en Suisse. Les aîlés de la mobilisation féministe” in *Revue française de science politique*, 2009/2 Vol. 59, pp. 203-219.

³⁰² VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1109.

³⁰³ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 17.

iniciativa para alterar a Lei da Bioética no Parlamento, a questão da utilização das técnicas de PMA *post mortem* foi debatida, mas rejeitada pelos Deputados, tendo sido novamente rejeitada uma proposta de alteração da Lei em julho de 2020. Assim, o ordenamento francês concebe a PMA como um mecanismo terapêutico de último recurso e não como método alternativo de reprodução³⁰⁴, restringindo o seu acesso a pessoas casadas ou unidas de facto há pelo menos dois anos, excluindo pessoas singulares, homossexuais e pessoas que já não estejam em idade de procriar³⁰⁵. O *Code de la Santé Public*³⁰⁶ utiliza expressões como “*vivant*” e “*consentant*” excluindo qualquer forma de PMA *post mortem* – quer a inseminação artificial *post mortem*, quer a transferência de embrião *post mortem*, ainda que esta última seja mais alvo de contestação³⁰⁷.

Vejam agora alguns dos países que podem ser qualificados como tendo um modelo mais liberal na sua regulação da PMA. Começamos desde logo pelo nosso país vizinho, o ordenamento jurídico espanhol. A propósito do ordenamento espanhol devemos, desde logo, referir a *Ley 14/2006 de 26 de mayo*³⁰⁸ que regula as matérias relacionadas com as técnicas de procriação medicamente assistida, nomeadamente a procriação medicamente assistida *post mortem*. Esta lei é complementada pelo *Real Decreto-ley 9/2014 de 4 de julio*³⁰⁹, que vem estabelecer um quadro regulamente relativo às atividades relacionadas com a utilização de células e tecidos humanos.

Nestes termos, esta lei não restringe o acesso à PMA em função do estado civil ou da orientação sexual, permitindo o acesso a todas as mulheres com mais de 18 anos e em pleno uso das suas capacidades, o que a nossa lei veio permitir em 2016. Ora, de acordo com o artigo 9.º da *Ley 14/2006* é possível a inseminação artificial *post mortem* quando o marido prestar um consentimento livre, consciente e formal, isto é, através de escritura pública, testamento ou documento de instruções que autorize que o seu material genético seja utilizado para fecundar a sua esposa³¹⁰, nos doze meses seguintes ao seu falecimento, estabelecendo assim um prazo máximo para a sua realização³¹¹. A lei nada refere quanto

³⁰⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1111.

³⁰⁵ ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução ...*, *ob. cit.*, pp. 269-277.

³⁰⁶ Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/;

³⁰⁷ Nomeadamente pelo *Comité Consultatif National d'Éthique*.

³⁰⁸ Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>;

³⁰⁹ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-7065>;

³¹⁰ ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução Assistida*, Editora Saraiva, S. Paulo – Brasil, 2010, pp. 254-262.

³¹¹ Vejam que, em Portugal, apenas em 2021, se veio permitir a inseminação artificial *post mortem*, já sendo esta permitida no nosso país vizinho desde 2006, data em que entrou em vigor a LPMA na sua versão originária.

aos efeitos sucessórios, mas ainda assim entende-se na doutrina que sendo a criança reconhecida como filha do falecido, daí advirão os efeitos sucessórios. A lei, no número 3 deste artigo 9.º permite ainda que esta técnica seja utilizada por casais unidos de facto, desde que estejam verificadas as mesmas condições. A lei espanhola vai ainda mais além e presume o consentimento do falecido no caso da transferência de embriões *post mortem*, isto é, quando o falecimento ocorra durante o processo de PMA e já tinha sido iniciada a fase de transferência de pré-embriões³¹². Em relação ao estabelecimento da filiação, se de ambos os casos resultar a gravidez da mulher do falecido e da mesma resultar o nascimento de uma criança completo e com vida, a criança é havida como filha do falecido. A lei espanhola, ao contrário das que vimos anteriormente, é menos protetora do embrião, permitindo inclusive o seu uso para investigação científica³¹³. Comparando com todos os países da Europa continental, esta é uma lei bastante progressista e inovadora, sendo muito liberal comparada com as restantes.

Saindo agora da Europa continental, vejamos outro ordenamento jurídico que é qualificado como liberal – o ordenamento jurídico britânico. Como sabemos, a legislação britânica confere grande importância ao individualismo e à autonomia privada³¹⁴, tendo um regime bastante liberal e mais próximo dos EUA do que dos restantes países europeus³¹⁵. Nestes termos, no Reino Unido permite-se a PMA *post mortem*, reconhecendo mesmo que a criança é tida como filha do falecido, estabelecendo-se, portanto, a paternidade quanto ao mesmo, de acordo com o *Human Fertilization and Embryology Act*³¹⁶. Inicialmente, com o *Human Reproductive Cloning Act*, a fertilização *post mortem* era admitida, mas o *de cuius* não era tido como pai da criança. No entanto, em 2003, com a entrada em vigor do *Human Fertilization (and Deceased Fathers) Bill*³¹⁷ veio atribuir-se a paternidade ao *de cuius*. Quanto aos efeitos sucessórios, estes não são garantidos pela lei à criança que vier a nascer, a menos que haja documento expresso nesse sentido. A lei vem ainda admitir a utilização de embriões para experimentação científica e permite o acesso às técnicas de PMA a casais do mesmo sexo.

³¹² ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 17.

³¹³ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1117.

³¹⁴ Ver ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução ...*, *ob. cit.*, pp. 277-282.

³¹⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1119.

³¹⁶ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 17.

³¹⁷ Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/cm200001/cmbills/024/2001024.htm>;

Neste seguimento, vejamos o sistema norte-americano³¹⁸. O ordenamento jurídico norte-americano é bastante liberal, permitindo praticamente todas as técnicas³¹⁹. Por este motivo, cria-se até a ideia de que sendo tão permissivo, deverá ter um tratamento legal bastante aprofundado. No entanto, não existem disposições legais que regulem especificamente as técnicas de PMA, até porque, estando nós perante um sistema de *common law*, vai predominar a jurisprudência na resolução destes casos³²⁰. O sistema norte-americano privilegia em grande medida os laços afetivos em detrimento dos laços biológicos, dando primazia à privacidade e intimidade.

Vejamos, por fim, o ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil não existe legislação específica sobre esta matéria³²¹, cabendo à doutrina e à jurisprudência “*fornecer subsídios para a solução dessa questão*”³²². Ainda assim têm-se tomado decisões a partir da interpretação de outros elementos que existem neste ordenamento jurídico, nomeadamente a Resolução 1.957/10, número VIII, que prevê que: “*não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente*”. Portanto, aparentemente, havendo consentimento do *de cuius*, parecem permitir-se as técnicas de PMA *post mortem*. A Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.013/2013 de 9 de maio, vem prever que possa ser usado o material genético do *de cuius* no caso de haver autorização expressa e prévia por parte dele. A este propósito o ordenamento jurídico não vem prever qualquer prazo mínimo ou máximo para a realização destas técnicas.

Ainda assim, o Código Civil Brasileiro vem prever nos termos do art. 1597.^{o323} uma presunção de paternidade para estes casos, nada regulando, no entanto, quanto aos efeitos e direitos sucessórios da criança que vier a nascer fruto destas técnicas. Apesar do vazio

³¹⁸ Cfr. SHELLY SIMANA, “Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased’s prior consent?”, in *Journal of Law and the Biosciences*, August 2018, pp. 329–354.

³¹⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 1123: “*o regime norte-americano de acesso às técnicas reprodutivas revela-se bastante liberal e permite no geral o acesso a indivíduos usualmente rejeitados, tais como mulheres sóas, lésbicas ou pós-menopáusicas (...), praticamente todas as técnicas são permitidas.*”

³²⁰ Ver ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução...*, *ob. cit.*, pp. 282-288.

³²¹ ANA RAQUEL RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 17-18.

³²² ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, “Controle do Material Genético Doador e o Destino dos Embriões Excedentários na Reprodução Assistida: Reflexos no Direito da Família e das Sucessões”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, p. 12.

³²³ Este artigo prevê uma presunção de paternidade para os filhos nascidos por fecundação homóloga ainda que o marido já tenha falecido e ainda para os filhos nascidos, a qualquer tempo, decorrentes de embriões excedentários.

legislativo deste ordenamento jurídico, entendemos que é também um ordenamento liberal no que toca a estas matérias³²⁴.

Analisados alguns ordenamentos jurídicos vizinhos e do outro lado do atlântico podemos concluir que, atualmente, a nossa LPMA é também ela uma lei liberal e bastante permissiva no que concerne ao uso das técnicas de PMA, muito influenciada, diríamos, pela lei espanhola. Como já foi referido, para além de permitir o seu acesso a casais, casados ou unidos de facto, permite também o seu acesso a casais de mulher ou a qualquer mulher sozinha; depois, permite ainda as técnicas de PMA *post mortem* mediante o cumprimento de certos requisitos, considerando a criança como filha do falecido, atribuindo-lhe ainda direitos sucessórios.

³²⁴ Para um estudo mais aprofundando do ordenamento jurídico brasileiro, ver ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução Assistida*, Editora Saraiva, S. Paulo, Brasil, 2010. Cfr. ainda VERA LÚCIA RAPOSO e EDUARDO DANTAS, “Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal” in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 14, 2010, pp. 81-94.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico, que tanto tem de positivo, cria um problema ao Direito e sobretudo ao legislador, no sentido de acompanhar a evolução, que parece ser rápida demais para o Direito. Se por um lado a procriação medicamente assistida abriu caminho a inúmeras possibilidades, por outro lado, revolucionou por completo a forma como olhamos para a conceção de família e de reprodução, nomeadamente a forma como olhamos para as famílias monoparentais. No que ao nosso trabalho concerne, a biparentalidade já há muito tem vindo a ser refutada, nomeadamente pelo divórcio ou pela adoção.

Um dos avanços mais importantes foi mesmo a possibilidade de se criopreservar material genético durante um longo período de tempo e a possibilidade de criopreservar de embriões. Ora, o facto de não ser necessário proceder a estas técnicas de PMA imediatamente após a recolha do material genético ou imediatamente após a formação do embrião *in vitro*, faz com que seja possível que, entre estes dois momentos e o momento da inseminação ou transferência do embrião para o útero materno, o progenitor faleça. Assim, através do presente estudo procuramos elencar desde logo as diversas questões que contendem com a utilização de sémen criopreservado ou com a transferência de embriões após a morte do seu progenitor masculino, procurando dar resposta a algumas das questões levantadas e dar a conhecer o regime que atualmente temos em vigor.

Em Portugal, apenas em 2006 entrou em vigor pela primeira vez uma Lei que regulava a PMA. Já em 2006 se permitiu a transferência de embriões *post mortem*, baseando-se esta permissão, sobretudo, na proteção do embrião e no facto de a transferência *post mortem* ser uma melhor solução, em alternativa à destruição ou uso para investigação científica dos embriões criopreservados. Já a utilização *post mortem* do sémen criopreservado, essa levantava mais questões, sendo que, só em 2021 passou a ser permitida, após um conjunto de projetos de lei que foram apresentados na Assembleia da República, incluindo um projeto elaborado por cidadãos.

Muitos são os direitos aqui presentes e em colisão, os quais também debatemos, destacando-se sobretudo o direito à reprodução. É certo que este reconhecimento do direito à reprodução, o direito a ter filhos biológicos, que a nosso ver existe, não implica um direito à reprodução de qualquer forma ou de forma indiscriminada. A PMA tenderá sempre a ser um método subsidiário, ainda que hoje em dia o seja de uma forma muito

mais atenuada, podendo em alguns aspetos considerar-se um método alternativo. Ainda assim entendemos que é obrigação do estado potenciar ao máximo este direito, dando alternativa a quem não pode conceber filios biológicos de outra forma.

A criopreservação de gâmetas e embriões abriu um conjunto enorme de possibilidades, a par de um conjunto de dificuldades que o nosso ordenamento jurídico ainda está a tentar ultrapassar. Estamos perante um tema muito complexo, que levanta diversas questões e problemas, aos quais procuramos dar um contributo. De facto, hoje em dia muitas são as técnicas possíveis para que um casal ou uma mulher, que à partida estariam impossibilitados, possam ter filhos, quer biológicos, quer com recurso a dador. O certo é que, atualmente, é possível em Portugal engravidar do companheiro ou marido falecido, desde que, se tenha iniciado antes da sua morte um projeto parental esclarecido e acima de tudo, seja prestado o consentimento para tal, pelo genitor, entretanto falecido. E mais, a mulher pode, hoje, utilizar qualquer técnica de PMA que esteja ao seu dispor, de forma a garantir a maior taxa de sucesso possível, isto é, de forma a garantir uma maior probabilidade de uma gravidez e um nascimento completo e com vida.

Depois de refletirmos sobre todas estas questões que nos são levantadas pela utilização das técnicas de PMA *post mortem*, entrámos no cerne do nosso trabalho – os efeitos sucessórios que daqui possam advir. Ora, em 2021, o nosso legislador veio admitir, para além da transferência de embriões *post mortem*, que já era permitida desde a primeira versão da LPMA, de 2006, a inseminação artificial *post mortem*, o que já era, por exemplo, permitido pelo nosso país vizinho. Assim, nos termos do artigo 22.º da LPMA, nomeadamente do seu n.º 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.*” Revela-se, como vimos, de grande importância, o consentimento do falecido, vindo os requisitos deste consentimento previstos no artigo 22.º-A da mesma lei.

Como também analisámos, até esta alteração da lei, a previsão dos efeitos sucessórios na LPMA era bastante difusa, deixando muito espaço ao debate e à discussão. Agora, em 2021, com esta recente alteração, o legislador aproveitou para corrigir várias imprecisões de que padecia a LPMA, prevendo, com maior rigor, os efeitos que decorrem desta admissibilidade, nomeadamente, os paterno-filiais e os sucessórios, os quais

procuramos analisar. Assim, como vimos, e muito resumidamente, a criança que vier a nascer fruto destas técnicas será tida como filha do falecido e mais, sucederá ao *de cuius* como filho daquele nos termos do artigo 23.º da LPMA.

É certo que a LPMA, apesar de ter sido alterada, a nosso ver, muito positivamente, prevendo com mais clareza estes efeitos sucessórios e paterno-filiais que pareciam antes ter sido deixados ao acaso, sofre ainda de muitas imprecisões. Vejamos, a LPMA refere, nomeadamente neste artigo 23.º, única e exclusivamente a inseminação *post mortem*, não mencionando a transferência de embriões *post mortem*. A nosso ver, não faz qualquer sentido deixar de forma uma técnica e prever apenas estes efeitos para outra, havendo aqui uma clara lacuna ou, digamos, imprecisão. Entendemos que a LPMA deveria prever estes efeitos para as técnicas de PMA *post mortem*, em geral, sem especificar, até porque, como vimos, mesmo quando se diz inseminação artificial, não é apenas a inseminação artificial, *strictu sensu*, a que se refere a LPMA, mas também, por exemplo, à ICSI.

Tirando esta imprecisão que poderia ter sido evitada, temos hoje uma previsão mais clara dos efeitos sucessórios e paterno-filiais advenientes da PMA *post mortem*, dando resposta a muitas das questões que anteriormente se levantavam, nomeadamente quanto a perceber se a criança que vier a nascer é ou não tida como filha do falecido, se lhe são atribuídos direitos sucessórios, se mantém estes direitos mesmo que a mulher seja submetida a técnica de PMA *post mortem* sem o consentimento do falecido e o que acontece à herança durante o período em que é possível nascer uma criança fruto destas técnicas. E portanto, hoje parece-nos claro: a criança será tida como filha do falecido, mesmo que este não tenha para tal consentido, entendendo-se que a criança não deve ficar prejudicada pelos atos da sua mãe, sendo-lhe conseqüentemente atribuídos direitos sucessórios, sendo que a herança do falecido manter-se-á jacente durante o período de três anos, prazo este que poderá ser prorrogado até ao nascimento completo e com vida da criança que vier a nascer fruto das técnicas de PMA *post mortem*, sendo durante tal período a herança posta em administração nos termos do Código Civil.

Quanto ao facto de a criança vir a nascer muito para além dos prazos previstos neste artigo 23.º, a lei não nos esclarece, no entanto tentamos oferecer a solução da petição da herança. Assim, nestes termos, a partilha será efetuada, não ficando a herança em situação de pendência *ad eternum*, podendo depois a criança que vier a nascer além dos prazos previstos, lançar mão deste instituto. Tal solução parece-nos ser aquela que melhor serve os interesses quer da criança quer dos restantes sucessíveis, na medida em que não

retira à criança os direitos sucessórios mas, por outro lado, também não obriga os restantes sucessíveis a ficar num impasse para além dos três anos previstos.

Concordamos com estas recentes alterações e com esta atribuição de direitos ao filho póstumo que, a nosso ver, não poderá ficar prejudicado por uma situação na qual não tem qualquer intervenção, atendendo naturalmente ao do princípio proibição da discriminação entre filhos. Entendemos ainda que, sendo reconhecidos direitos sucessórios nos termos deste artigo 23.º da LPMA, conjugado com o próprio artigo 2033.º do CC, que também foi alterado pela Lei 72/2021 de 12/11, estes filhos póstumos têm uma capacidade sucessória geral, que lhes é atribuída por lei, e não só uma capacidade sucessória testamental e contratual, mesmo que se possam levantar questões ao nível da verificação dos requisitos da vocação sucessória, nomeadamente a designação sucessória prevalente e a existência do chamado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a Edição, Almedina, 2015.

ARAÚJO, Cristina, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2012.

ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999.

ARCHER, Luís “Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999” in, *Genética e Reprodução Humana*, NUNES, Rui, MELO, Helena (Coord.) Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2000, pp. 15-47.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito e Bioética” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º, 1991.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Sucessões*, 5.^a Edição Revista, Coimbra Editora, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Procriação Assistida e Direito” in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 645-676.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “A lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida”, in *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 67, Vol. III, 2007, pp. 977-2006.

AUGUSTO, Amélia, “A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: agentes, contextos e processos” in *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: contributos para uma reflexão*, U. Porto Editorial, 1.^a Edição, Porto, Maio de 2009.

BARROS, Alberto, “Procriação medicamente assistida: novos direitos, novos desafios”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Projeto FCT UID 443_CIFE, Porto e FDUP, 2017, pp. 7-8.

CAMPOS, Diogo Leite de, “Lições de Direitos de Personalidade”, 2.^a Edição, in Separata do Vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992

CAMPOS, Diogo Leite de, “O Estatuto Jurídico do Nascituro”, in Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 56, III, 1996

CAMPOS, Diogo Leite de, “A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 44, 2006, pp. 24-27.

CAMPOS, Diogo Leite de, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito”, *Separata de Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, 2008, pp. 73-86.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez, *Lições de Direito das Sucessões*, 3.^a Edição, Revista e Atualizada por Prof. Doutora Mónica Martinez de Campos, Edições Almedina SA., 2020;

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2007.

CAVAGNO, Mário, “Infertilidade conjugal e tratamento com técnicas de reprodução assistida” in *Direito e Medicina*, Coord. Ana Cláudia Silva Scalquette e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, Editora Atlas, 2015, Brasil, pp. 162-173.

CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte, “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, pp. 635-644.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-1974, atualizadas em face da legislação posterior*, Coimbra, 1992.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Procriação Assistida com Gâmetas do Casal”, Colóquio Interdisciplinar, 12-13 de Dezembro de 1991, in *Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, pp. 9-31.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões*, Volume II - Sucessões, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1993.

COELHO, Francisco Manuel Pereira; OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família – Volume II, Direito da Filiação, Tomo I*, Coimbra Editora, 2006.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (PMA) in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Direito Privado e Vária, Almedina, 2002.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2012.

CRORIE, Benedita Mac, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Projeto FCT UID 443_CIJE, Porto e FDUP, 2017, pp. 55-62.

DIAS, Cristina Araújo, *Código Civil Anotado – Livro V – Direito das Sucessões*, Almedina, 2018.

DIAS, Cristina Araújo, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra: Almedina, 7.^a Edição, Reimpressão, 2021.

DIAS, José Álvaro, “Procriação Medicamente Assistida, Dignidade e Vida”, in *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora (AA.VV)*, Coimbra Editora, 1998.

DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996.

DRAY, Guilherme Machado, *Direitos de Personalidade*, Almedina, 2006.

DUARTE, David, “Perspectivas constitucionais da família” in *Traços da Família portuguesa*, Direção Geral da Família, 1994.

DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003.

ENGELI, Isabelle, “La problématisation De la procréation médicalement Assistée en france et en suisse. Les aléas de la mobilisation féministe” in *Revue française de science politique*, 2009/2, Vol. 59, pp. 203-219.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 2.^a Edição, Reimpressão, Quid Juris, 2004.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a Edição Revista e Atualizada, QuidJuris, Lisboa, 2012.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá, *A procriação medicamente assistida e as gerações futuras*, Gráfica de Coimbra, 2005.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, "A Proteção juscivil da vida pré-natal- sobre o estatuto jurídico do embrião", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70.º, Vol. I/IV, 2010, p. 299-323.

IVONE, Vitulia, "Perfis atuais da saúde reproductiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudencias" in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, pp. 189-205.

KRÜGER, Matthias, "The prohibition of post-mortem-fertilization, legal situation in germany and european convention on human rights" in *Revue internationale de droit penal*, 2011/1-2 (Vol. 82), pp. 41-64.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. VI., 1998

LOUREIRO, João Carlos, "Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga", in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3.º, n.º 6, 2006, pp. 5-48.

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

MELO, Helena Pereira de, "O Embrião e o Direito" in *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Coord. Rui Nunes e Helena Melo, Serviço de Bioética e Ética da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, 2001

MENDES, João Castro, *Direito da Família*, Edição Revista por Miguel Teixeira de Sousa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991,

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2010.

NETO, Luísa, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2001.

NETO, Luísa, “O (novo) regime da Procriação Medicamente Assistida: possibilidades e restrições, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Projeto FCT UID 443_CIJE, Porto e FDUP, 2017, pp. 83-91.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão de, “Aspetos Jurídicos da Procriação Assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp. 5-30.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão de, “Beneficiários da Procriação Assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp. 31-58.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão, “Legislar sobre Procriação assistida” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp.73-90.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão de, “Transformações do Direito da Família” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão, “O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética” in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autonoma de Madrid, Derecho y Genetica: Um reto de la sociedad del siglo XXI*, número extraordinário, 2006, pp. 149-162.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão, *Estabelecimento da Filiação*, Petrony Editora, 2019.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão, *Manual de Direito da Família*, Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Guilherme de Freire Falcão, “Critérios Jurídicos da Paternidade” in *Estudos de Direito da Família – 4 Movimentos em Direito da Família*, Almedina, 2020

OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Almedina, 1999.

PARIZER-KRIEF, Karène, “Réflexions autour de la révision de la loi bioéthique dans le domaine de l’assistance médicale à la procréation Une rupture du cadre conceptuel?” in *Médecine/Sciences*, n.º 4, Vol. 25, pp. 356-363.

PEDRO, Rute Teixeira, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade?”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Projeto FCT UID 443_CIJE, Porto e FDUP, 2017, pp.149-167.

PEREIRA, André Gonçalo Dias; RAPOSO, Vera Lúcia, “Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)” in *Lex Medicinae*, ano 3.º, n.º 6, 2006, pp. 89-104.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Filhos de Pai anónimo no século XXI” in *Debantendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE, FDUP, Porto, 2017, pp. 41-54.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa: AAFDL, Vol. I, 2ª Edição, 2005.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa: AAFDL, Vol. II, Reimpressão, 2005.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Almedina, Vol. I., 2005, pp. 753-785.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa: AAFDL, Vol. IV, 2006.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª Edição, 2.ª Reimpressão, AAFDL, 2017.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Gestegal, 7.ª Edição, 2020.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira Pinto, *Direito das Sucessões*, Editora Internacional, Lisboa, 1995.

PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito das Sucessões*, Quid Juris?, Lisboa, 2009.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos Reprodutivos”, in *Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito de Saúde*, Coimbra, ano 2.º, n.º 3, 2005, pp. 111-131.

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias, “Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho)” in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 3, n.º 6, 2006, pp. 89-104.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida – Crónica Legislativa”, in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 3, n.º 6, Julho/Dezembro, 2006, pp. 153-165.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais e das duas mães) – Análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006” in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito de Saúde*, Coimbra, ano 4.º, n.º 7, 2007, pp. 37-51.

RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo, “Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal” in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 14, 2010, pp. 81-94.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Contratos de donación de gametos: regalo de vida o venta de material genético?”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, 37, 2012.

RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra: Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Querido, Congelei os Ovócitos”. in Loureiro, João; Pereira, André; Barbosa, Carla (org.). *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 4. Coimbra: Almedina, 2016, p. 207-230

RIBEIRO, Ana Raquel, “Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos de Doutoramento & Mestrado*, n.º 11, Série M, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020.

SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, Almedina, 1999, pp. 438 e ss.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva, *Estatuto da Reprodução Assistida*, Editora Saraiva.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011.

SILVESTRE, Margarida, “Embriões criopreservados – que destino?” in *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Professor Guilherme de Oliveira (Coord.???)*, Vol. IV: *Genética e Procriação Medicamente Assistida*, pp. 143-157.

SIMANA, Shelly, “Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased’s prior consent?”, in *Journal of Law and the Biosciences*, August 2018, pp. 329–354.

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

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I., 4ª Edição renovada, Coimbra Editora, 2012.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3ª Edição renovada, Coimbra Editora, 2013.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 6.ª Edição, Revista, Coimbra Editora, 1991.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra Editora, 2004.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Sucessões: parte geral*, Coimbra Editora, 2004.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Sucessão Testamentária*, Coimbra Editora, 2006.

VARELA, Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Almedina, Vol. I., 2000, pp. 620-634.

FACULDADE DE DIREITO

