



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Inês Raquel Mota Cruz

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE
ASSISTIDA: INSEMINAÇÃO POST-
MORTEM

Dissertação no âmbito do mestrado em ciências Jurídico-Civilísticas,
menção em Direito Civil, orientada pelo Professor Doutor Rafael Vale
e Reis e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra

Dezembro de 2023



Inês Raquel Mota Cruz

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: INSEMINAÇÃO POST-MORTEM

“ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES: POST-MORTEM INSEMINATION”

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos de Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, menção em Direito Civil

Orientador: Doutor Rafael Vale e Reis

Coimbra, 2023

*Aos meus pais, irmão e
namorado que nunca me
falham, que estão lá para mim
sempre, independentemente de
tudo, e que são a motivação e a
razão de todas as minhas
conquistas.*

AGRADECIMENTOS

Começo por dirigir o meu imenso obrigada ao Senhor Doutor Rafael Vale e Reis por toda a paciência, dedicação, amabilidade e disponibilidade com que orientou, de forma brilhante, a presente dissertação. Nunca existirão palavras suficientes para expressar o quanto sou grata por tudo o que me ensinou e por toda a ajuda que me deu nesta etapa tão difícil e desgastante do meu percurso académico.

Agradecer também ao Jornalista Emanuel Monteiro, não só por toda a ajuda e conhecimentos que me transmitiu, de forma extremamente amável, mas também pela disponibilidade e interesse que demonstrou, desde o primeiro contacto que efetuamos. O meu Muito Obrigada.

A cada um dos meus amigos o meu muito obrigada, por todo o apoio e amor que me deram, não só ao longo deste ano, mas ao longo dos anos de amizade. Obrigada, também por nunca me largarem a mão e fazerem com que tudo seja mais fácil.

Ao meu patrono e às minhas colegas de escritório, obrigada por nunca me deixarem desistir e por sempre terem acreditado, por vezes até mais do que eu, que este dia ia chegar. O vosso apoio e carinho ficarão para sempre na minha memória e no meu coração.

Por último e de reforçar, à minha família e ao meu namorado, mais uma vez, obrigado por tudo. Vocês são o meu pilar. Tomara que um dia consiga retribuir tudo o que me dão.

O Meu Eterno, Sincero e mais Sentido Obrigada.

Esta conquista também é vossa.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre um tema bastante frágil, complexo e polémico, tendo carecido de um tratamento cuidado e de muita cautela ao ser tratado.

Uma vez que o tema da presente dissertação alude à inseminação post-mortem, surgiu como necessário abordar, primeiramente, o instituto da Procriação Medicamente Assistida em geral, para depois tratar do tema *supra* referido.

Assim sendo, começamos por abordar a PMA em geral, iniciando o nosso percurso pelo entendimento daquilo que é a PMA e quais as técnicas existentes, os requisitos que se têm de verificar para que possamos afirmar estar perante este instituto, bem como a sua regulação e os casos de responsabilidade médica existentes nesta matéria.

Após o entendimento da PMA na sua generalidade e, partindo da regra geral para as especificidades, posteriormente, exploramos o conceito de PMA Post-Mortem, as possíveis técnicas aplicáveis neste campo, destacando neste campo o tão enigmático e impulsionador caso português “Ângela e Hugo”. Analisamos, ainda, a tendência proibitiva que sempre existiu em matéria de PMA Post-Mortem, tendo este rumo mudado em 2021 com as alterações legislativas que existiram.

Finalmente, e numa vertente mais crítica e de análise legislativa, analisamos, na sua totalidade, a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, ou seja, a Lei da PMA, bem como as alterações legislativas de que esta lei foi alvo ao longo dos anos, nomeadamente, as realizadas em 2016 e em 2021.

No fundo, a presente dissertação incidirá no estudo e interpretação do regime da PMA e da PMA Post-Mortem e das importantes alterações legislativas que foram efetuadas ao longo dos anos em relação à versão primitiva da Lei da PMA, destacando, com a devida importância, a admissibilidade da PMA Post-Mortem em Portugal, no ano de 2021, fruto do debate e discussão pública que um caso concreto, o caso Ângela e Hugo, proporcionaram.

Palavras-chave: Discriminação; Consentimento; Admissibilidade; Alterações Legislativas.

ABSTRAT

This work deals with a very fragile, complex and controversial topic, requiring careful treatment and great caution when dealing with it.

Since the theme of this dissertation alludes to post-mortem insemination, it appeared necessary to address, firstly, the institute of Assisted Reproductive Technologies in general, and then deal with the aforementioned topic.

Therefore, we begin by addressing the PMA in general, beginning our journey by understanding what the PMA is and what techniques exist, the requirements that must be met so that we can claim to be part of this institute, as well as its regulation and existing cases of medical liability in this matter.

After understanding the PMA in its generality and, starting from the general rule to the specificities, we subsequently explored the concept of Post-Mortem PMA, the possible techniques applicable in this field, highlighting in this field the very enigmatic and driving Portuguese case “Ângela and Hugo”. We also analyzed the prohibitive trend that has always existed in terms of Post-Mortem PMA, with this direction changing in 2021 with the legislative changes that existed.

Finally, and in a more critical and legislative analysis aspect, we analyzed, in its entirety, Law no. 32/2006, of 26th July, that is, the PMA Law, as well as the legislative changes that this law was target over the years, namely those carried out in 2016 and 2021.

Basically, this dissertation will focus on the study and interpretation of the PMA and PMA Post-Mortem regime and the important legislative changes that have been made over the years in relation to the original version of the PMA Law, highlighting, with due importance, the admissibility of the PMA Post-Mortem in Portugal, in 2021, as a result of the debate and public discussion that a specific case, the Ângela and Hugo case, provided.

Keywords: Discrimination; Consent; Admissibility; Legislative Changes.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

PMA- Procriação Medicamente Assistida

IA- Inseminação Artificial

FIV- Fertilização In Vitro

ICSI- Injeção Introcitoplasmática de espermatozoides

DGIP- Diagnóstico Genético Pré-Implantação

CNPMA- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP- Constituição da República Portuguesa

CC- Código Civil

PMAPM- Procriação Medicamente Assistida Post-Mortem

PS- Partido Socialista

BE- Bloco de Esquerda

PCP- Partido Comunista Português

PAN- Pessoas-Animais-Natureza

PEV- Partido Ecologista “Os Verdes”

PSD- Partido Social Democrata

CDS-PP- Partido Popular

CNECV- Centro Nacional de Ética para as Ciências da Vida

ESHRE- Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO- O OBEJTO DE ESTUDO | 8 |
| | |
| CAPÍTULO I- SOBRE A PMA EM GERAL | 10 |
| 1. O que é a PMA | 10 |
| 2. Técnicas da PMA | 12 |
| <i>a. Inseminação artificial</i> | <i>12</i> |
| <i>b. Fertilização In Vitro</i> | <i>13</i> |
| <i>c. Injeção intracitoplasmática de espermatozoides</i> | <i>14</i> |
| <i>d. Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos</i> | <i>14</i> |
| <i>e. Diagnóstico genético pré-implantação</i> | <i>15</i> |
| <i>f. Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias</i> | <i>16</i> |
| 3. Acesso e consentimento na PMA | 17 |
| 4. Regulação da PMA | 31 |
| 5. Breve referência às complicações e aos casos de responsabilidade médica na PMA | 43 |
| | |
| CAPÍTULO II- A PMA POST-MORTEM | 45 |
| 1. Técnicas de PMA Post-Mortem | 45 |
| 2. Admissibilidade da PMA Post-Mortem | 49 |
| 3. Caso Ângela e Hugo | 51 |
| 4. Tendencial proibição da PMA Post-Mortem | 56 |

**CAPÍTULO III- SOLUÇÕES LEGAIS PORTUGUESAS EM MATÉRIA DE PMA
POST-MORTEM E PROBLEMAS INERENTES _____61**

1- Análise da Lei da PMA e alterações à lei na matéria da PMA Post-Mortem _____61

CONCLUSÃO _____75

BIBLIOGRAFIA E WEBGRAFIA _____78

INTRODUÇÃO- O OBJETO DE ESTUDO

A infertilidade, configurando a ausência de gravidez após um ano de atividade sexual regular sem utilização de qualquer método contraceptivo¹, é um problema que perdura há vários anos entre casais e que, cada vez mais, tem ganho maior relevância.

O crescimento desta realidade continua a mostrar-se um problema sério, sendo afetados por esta em média 15% dos casais em idade reprodutiva.

Este problema é facilmente resolvido com a aplicação da tecnologia, a fim de alcançar a satisfação humana, sendo reflexo desta aplicação as técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA). Permitindo, as mesmas, também colocar noutra perspetiva o problema da infertilidade.

As técnicas de PMA criam legítimas expectativas de gravidez em vários casais que, de outra forma, não conseguiriam engravidar, mostrando-se como única solução reprodutiva no domínio da utopia ou o “milagre biológico”².

Foi em 25 de julho de 1978 que se recorreu, pela primeira vez, às técnicas de PMA, nomeadamente, à fertilização in vitro, desenvolvida por Robert Edwards e Patrick Steptoe, do qual resultou o nascimento de Louise Brown, designado como primeiro “bebé proveta”. Desde aí são inúmeras as crianças que nascem, em todo o mundo, por recurso a este método.

Acompanhando a evolução da Medicina ao longo dos anos, as técnicas de PMA foram também evoluindo. Esta evolução foi objeto de discussão e controvérsia relacionadas, principalmente, com o conteúdo das técnicas propriamente ditas, com a sua aplicação, a possibilidade de as mesmas criarem embriões in vitro, com a criopreservação e a sua utilização.

Apesar das técnicas de PMA serem utilizadas há mais de vinte anos em Portugal, só em 2006 é que foi aprovada legislação relativa a este assunto.

¹ Pesa embora, segundo a Organização Mundial de Saúde, defina infertilidade como a “ausência de gravidez após dois anos de relações sexuais e sem uso de contraceção”.

² NETO, LUÍSA, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, Porto, 2017, Universidade do Porto, pp.7.

É em 2006 que surge a da PMA, Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que sofre algumas alterações mais tarde, em 2016. No entanto, pesa embora esta matéria seja alvo de legislação, o Direito continua com grandes dificuldades na regulamentação desta área da medicina.

Um dos grandes problemas que o Direito enfrenta na regulação desta matéria é a PMA Post-Mortem.

Esta “técnica de procriação medicamente assistida através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos”³, que até à alteração da Lei da PMA, em 2020, era proibida, levanta inúmeros e sérios problemas, principalmente junto dos mais conservadores, nomeadamente no que toca às questões relativas ao direito sucessório e à análise dos direitos fundamentais.

Muito se discutiu e muito se pesquisou em busca de respostas para um debate mais completo relativamente às consequências trazidas por este problema. Porém, aparentemente, parecem existir mais vantagens do que desvantagens no que toca à admissibilidade da mesma.

Assim, a presente dissertação divide-se em três grandes capítulos.

Um primeiro capítulo que aborda a PMA em geral, referindo, nomeadamente, o que é a PMA, as técnicas desta, o acesso e o consentimento, a regulação da mesma, e, por fim, uma breve referência às complicações e aos casos de responsabilidade médica.

Um segundo capítulo que se prende com a PMA Post-Mortem, onde serão tratadas as técnicas da PMA Post-Mortem, a admissibilidade desta, bem como a tendencial proibição desta técnica. Será também, aqui, abordado e largamente estudado, como não podia deixar de ser, o enigmático caso Ângela e Hugo.

Por último, o terceiro capítulo onde será analisada a Lei da PMA e as alterações à Lei nesta matéria, sendo escortinadas as soluções legais portuguesas em matéria da PMA Post-Mortem e os problemas inerentes a estas.

³ <https://www.parlamento.pt/Paginas/2021/abril/Inseminacao-post-mortem.aspx>

CAPÍTULO I- Sobre a PMA em geral

1- O que é a PMA

Como procriação medicamente assistida entende-se o conjunto de técnicas e tratamentos médicos que se destinam a contribuir para um estado de gravidez quando esta não seja possível alcançar de forma natural por um casal, resultado de qualquer tipo de infertilidade⁴.

Tem sido uma realidade nos últimos anos o recurso, a este tipo de técnica, por mulheres que enfrentam a maternidade sozinhas, não tendo parceiro, e por casais de mulheres que pretendem realizar o projeto de vida de serem mães. Assim, podemos dizer que “Estamos então perante uma especialidade da medicina que está a criar novos modelos de família”⁵.

A técnica da PMA consiste na aplicação de um procedimento ou de um conjunto destes que, tendo em conta o tipo de tratamento aplicado⁶, pode ser mais ou menos complexo.

Em Portugal, a PMA é regulada na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho⁷. Segundo esta lei, estas técnicas são atos médicos⁸, que apenas se poderão aplicar perante diagnóstico de infertilidade, para tratamentos de doença grave, risco de transmissão de doenças graves de origem genética, infecciosa ou outras, sendo um método subsidiário⁹.

É na própria lei que estas técnicas se encontram enumeradas¹⁰: inseminação artificial; fertilização in vitro; injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação; outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

⁴ A infertilidade pode ser uma infertilidade feminina, uma infertilidade masculina ou pode ainda ser uma infertilidade de ambos.

⁵ <https://ivi.pt/tratamentos-procriacao-assistida/>

⁶ O especialista procurado pelo casal terá, de forma prévia, de proceder ao diagnóstico para, posteriormente, determinar a técnica ou o procedimento que é mais apropriado naquele caso concreto.

⁷ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2006-34529775>

⁸ Art.11º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

⁹ Art.4º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

¹⁰ Art.2º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

De salientar que estas técnicas devem respeitar a dignidade humana, sendo proibido a discriminação com base no património genético ou pelo facto de se ter nascido em resultado de uma delas¹¹.

¹¹ Art.3º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

2- Técnicas da PMA

a. Inseminação Artificial

A inseminação artificial é uma das técnicas de PMA e encontra-se regulada nos artigos 19º a 23º da Lei da PMA.

Esta técnica consiste na introdução, de forma artificial, de esperma¹² nos órgãos genitais da mulher. Sendo esta inseminação feita após este estar preparado laboratorialmente para tal ou logo no momento após este ter sido colhido.

Recorre-se a esta técnica em vários casos, merecendo destaque os casos de alterações na ejaculação e alterações nos espermatozoides, os casos de problemas de ovulação, os casos de alterações nas trompas de Falópio, os casos de disfunções sexuais, os casos de infertilidade de causa não explicada de curta duração e ainda os casos de necessidade do recurso à doação de espermatozoides por falta da sua produção.

A IA que recorre a espermatozoides doados constitui, de igual forma, denotação para casais de mulheres ou mulheres que não tenham parceiro.

O início desta técnica assinala-se com a administração de medicamentos, após o período menstrual, sendo esta administração feita por via oral ou por via injetável, tendo como objetivo a promoção da ocorrência de ovulação em determinado momento. Momento este em que se introduz os espermatozoides no corpo da mulher¹³, mais precisamente, no útero da mesma, através de um cateter.

Este tratamento a que a mulher é sujeita é um tratamento simples e que não provoca dor, apresentando, cada tentativa, uma taxa de sucesso que ronda os 10%, a 20%.

b. Fertilização In Vitro

¹² Podendo este ser do cônjuge da mulher que será inseminada ou de um dador.

¹³ Espermatozoides estes, como já referimos, preparados em laboratório da forma devida.

Uma outra técnica de PMA é a fertilização in vitro. Regulada nos artigos 24º a 27º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, é uma técnica com âmbito bem mais alargado que a inseminação artificial.

Esta técnica tem indicação nos casos em que existe lesão nas trompas ou laqueação sem reversão das mesmas, casos de endometriose, casos de infertilidade masculina, existindo outros.

A fertilização in vitro consiste na aspiração de ovócitos antes de ocorrer a ovulação, para posteriormente realizar a inseminação in vitro com recurso aos selecionados espermatozoides e transferência de embriões que resultem desta fecundação in vitro para o interior do útero.

Estamos perante um procedimento de fecundação que ocorre fora do corpo da mulher, não ocorrendo o encontro do espermatozoide com o ovócito na Trompa de Falópio, como seria o natural, mas sim em laboratório, obtendo-se, deste modo, embriões que são transferidos para o útero da mulher através de uma cateter.

Tal como a IA, esta técnica também se inicia após o período menstrual. Os ovários são estimulados através de medicação injetável durante 10 dias¹⁴, tendo como objetivo obter um determinado número de ovócitos¹⁵.

O momento ideal para que se proceda à colheita destes ovócitos, feita por via vaginal, sendo a mulher sedada ligeiramente para que não sinta dor, é determinado pelo exame ecográfico e, em alguns casos, por análises sanguíneas. No mesmo dia são também colhidos espermatozoides que serão colocados em incubação com os ovócitos.

A taxa de fecundação é, em média, de cerca de 70%.

Após 2 a 5 dias, sendo este o chamado período de desenvolvimento, um ou dois dos embriões são, então, transferidos para o útero da mulher paciente através de um processo simples e indolor, não sendo necessária sedação.

¹⁴ Período médio indicado para esta técnica.

¹⁵ Idealmente próximo de 10.

Depois desta transferência dos embriões, após cerca de duas semanas, realiza-se um teste sanguíneo que determina a ocorrência ou não ocorrência de gravidez.

Por fim, é importante referenciar ainda que as taxas de sucesso, por tentativa, desta técnica são bastante mais elevadas que na IA, chegando a rondar os 25% a 30%.

c. Injeção intracitoplasmática de espermatozoides

A Injeção intracitoplasmática de espermatozoides é mais uma das técnicas que a PMA nos apresenta, estando regulada no art.47º da Lei da PMA.

Esta técnica é utilizada e indicada em várias situações, destacando-se a infertilidade masculina grave e os casos onde numa FIV anterior a fecundação seja nula ou muito baixa.

É uma técnica que em muito se assemelha à FIV, nomeadamente, no que toca às fases do processo, excepcionando-se aqui a técnica que se utiliza para a fecundação dos ovócitos.

Aqui, tal como o próprio nome indica, é selecionado um espermatozoide para ser injetado diretamente no ovócito, o que não acontece na FIV, como já vimos.

A taxa de sucesso desta técnica é ligeiramente inferior à que referimos no caso da FIV, podendo este menor sucesso, no entanto, possa ser explicado recorrendo às situações em que o prognóstico é o pior e se indica a ICSI como técnica adequada.

d. Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos

Mais uma técnica de PMA é a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, prevista, igualmente, no art.47º da Lei 32/2006, de 26 de julho.

Quanto a esta técnica, o procedimento será diferente se a transferência e, causa for de embriões ou se a transferência tiver como objeto os gâmetas ou os zigotos. Se, por um lado, estivermos perante uma transferência de gâmetas, esta realizar-se-á através da transferência de ovócitos e espermatozoides para uma ou para ambas as Trompas de Falópio. Se em causa estiver uma transferência de zigotos ou de embriões, o procedimento já não será o mesmo. Neste caso, existe uma etapa anterior onde em laboratório se procede a um tratamento semelhante à fecundação in vitro, onde se colocam os produtos de conceção, realizada após período de preparação e permanência em laboratório¹⁶, na trompa.

É no decurso de uma celioscopia¹⁷ ou de uma laparoscopia¹⁸ que estas transferências se realizam. Isto significa que estas transferências implicam a realização de uma cirurgia com anestesia local.

A colheita dos ovócitos é, em regra, efetuada por via vaginal, recorrendo a uma punção por ecografia, permitindo a diminuição do tempo operatório.

e. Diagnóstico genético pré-implantação

Previsto nos artigos 28º e 29º da Lei da PMA, o diagnóstico genético pré-implantação apresenta-se também como uma técnica de PMA.

O DGIP consiste “numa biópsia celular, realizada num embrião em desenvolvimento, com a finalidade de proceder à subsequente avaliação genética dessa amostra, para assim determinar a presença de desconformidades genéticas específicas que determinam doenças como a hemofilia ou a fibrose quística”¹⁹.

¹⁶ Período que se mostre suficiente para assegurar a existência de fecundação ovocitária ou já de clivagem embrionária.

¹⁷ É uma cirurgia que permite a observação do interior da cavidade abdominal com recurso a um instrumento introduzido através da parede abdominal.

¹⁸ É uma técnica cirúrgica mini-invasiva que permite fazer procedimentos cirúrgicos na cavidade abdominal e pélvica. Quando aplicada ao tórax é chamada toracoscopia.

¹⁹ REIS, RAFAEL VALE, “Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp. 113.

Esta técnica configura um método bastante precoce de diagnóstico pré-natal²⁰, bem como uma relevante alternativa ao diagnóstico pré-natal invasivo e ao aborto terapêutico.

Tem como destino pessoas que provêm de famílias com alterações que possam causar a morte precoce ou doença grave, quando exista um grande risco de transmissão destas aos seus descendentes. Neste sentido, este diagnóstico é assim realizado aos embriões²¹ resultado da fertilização in vitro com injeção intracitoplasmática que apresentem um elevado risco de transmissão de uma doença genética grave.

Este diagnóstico tem como escopo principal a detecção de uma anomalia grave nos genes ou até nos próprios cromossomas e, como consequência, a detecção de uma possível transferência dessa anomalia para os embriões, pondo em causa o sucesso da técnica de PMA utilizada.

Por último, surge como importante referir que o DGPI não se confunde com o rastreio genético pré-implantório, apresentando-se este como uma técnica parecida²².

f. Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias

De acordo com o art.47º da Lei 32/2006, de 26 de julho, às restantes técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias aplica-se o disposto no Capítulo IV da lei acima referida, com as necessárias adaptações.

²⁰ Diagnóstico de doenças que o bebé possa ter antes do parto.

²¹ Embriões com três dias de desenvolvimento, quando este é composto por seis a dez blastómeros, sendo alguns recolhidos para análise, não prejudicando o embrião.

²² Esta técnica consiste na descoberta no embrião de possíveis aneuploidias, ou seja, anomalias a nível cromossomático. No fundo, procura ajudar a saber qual é o melhor embrião para transferir.

O RGPI mostra-se, assim, mais problemático do que o DGPI, uma vez que o que esta técnica pretende é a procura do melhor embrião possível, ao invés de garantir a procura de um embrião doente.

Tudo isto em nada anula o sucesso das técnicas de PMA conseguido através do RGPI.

3- Acesso e consentimento na PMA

Falar em procriação medicamente assistida é falar em técnicas de reprodução que serão utilizadas e realizadas recorrendo ao corpo de uma mulher. Essa mulher é sujeita a essas técnicas.

Quando uma pessoa é sujeita a alguma coisa, seja a técnicas de procriação medicamente assistida, seja a outro tipo de coisas, esta ideia tem subjacente, por um lado, a problemática de saber, primeiramente, quem poderá ter acesso a essas técnicas e, por outro lado, a problemática de saber quem terá de consentir para que essas técnicas sejam utilizadas.

Desde logo, entende-se de uma forma clara, parece-me, que se uma pessoa será sujeita a uma determinada coisa, ela terá de consentir tal sujeição. Isto porque cada pessoa detém autodeterminação, sendo este princípio um dos princípios fundamentais dos direitos humanos e significa autonomia, abrangendo auto-responsabilidade, auto-regulação e livre-arbítrio de um ser humano.

No entanto, para sabermos, no caso, que pessoa irá consentir que lhe seja aplicada uma técnica de PMA, a fim de realizar um projeto parental que a mesma deseje, necessitamos, em primeira mão, de saber quem serão as pessoas que podem ser beneficiárias da aplicação de tais técnicas.

A este propósito afirma o artigo 6º da Lei da PMA que *“Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”*.

A primeira nota que deve ser dada a respeito deste artigo é o significativo alargamento do elenco de possíveis beneficiários das técnicas de PMA, dado por esta formulação, uma vez que antes da alteração feita a esta lei, em 2016, as mulheres isoladamente ou que integrassem um casal do mesmo sexo não podiam recorrer às técnicas de PMA.

Estando em causa os sujeitos que podem beneficiar das técnicas de PMA, ou seja, no fundo, estando em causa os sujeitos a quem é permitido aceder a estas técnicas, importa

referir, por conseguinte, que este tema do acesso às técnicas de PMA levanta vários problemas, que serão tratados de forma breve de seguida.

A primeira questão que o acesso à PMA levanta é, consequência da permissão do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, em 2010, a questão de saber se duas mulheres casadas poderiam aceder às técnicas de PMA, pois o artigo 6º da Lei da PMA anterior à alteração feita em 2016 consagrava a expressão “pessoas casadas” sem mais, permitindo a estas o recurso a estas técnicas.

A meu ver, seguindo a posição adotada por Rafael Vale e Reis que, corretamente defende que quando o legislador falou em “pessoas casadas”, este pretendia referir-se a pessoas de sexo diferente que se encontravam casadas²³. Aliás, parece-me lógico, quanto a esta questão, que assim seja, pois se se permitisse a mulheres casadas o acesso às técnicas de PMA, esta permissão iria “dar asas” a uma diferenciação entre mulheres casadas e mulheres em união de facto, estando estas últimas, por lei, impedidas de beneficiar do acesso a tais técnicas.

Esta posição acaba por ser confirmada, não só em junho de 2010, quando a declaração interpretativa relativa às implicações da entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, declaração esta feita pelo CNPMA, esclarece que o acesso às técnicas de PMA continua vedado às pessoas casadas do mesmo sexo, mas também em 2016 com a alteração feita à Lei da PMA, determinando-se expressamente que as mulheres podem, independentemente do seu estado civil e da sua orientação sexual, recorrer à PMA.

Um outro ponto que deve também ser discutido quanto ao acesso às técnicas de PMA e que, inclusive, é levantado quando lemos o texto do artigo 6º da já referida Lei da PMA é o acesso às técnicas de PMA por mulheres que não tenham a doença da infertilidade.

É do senso comum que o surgimento da procriação medicamente assistida tinha como principal objetivo o combate da doença que é a infertilidade. Portanto, casais que não podiam naturalmente procriar e, conseqüentemente, realizar o projeto parental que tanto desejavam, recorriam às técnicas da PMA para procriar, concebendo um bebé artificialmente, realizando, assim, o projeto parental assumido e aceite por ambos.

²³ A formulação do art.3º da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, confirma esta ideia quando impossibilita o recurso à adoção a pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

A PMA, desde a sua origem, teve um carácter subsidiário, isto quer dizer que esta só era utilizada, ou só poderia ser utilizada, quando naturalmente o casal não pudesse procriar. Esta determinação está, aliás, vertida no n.º 1 do art.4º da Lei da PMA que nos diz que *“As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”*.

Quando, hoje, a lei permite que qualquer mulher isoladamente e que não apresente um quadro de infertilidade possa recorrer às técnicas de PMA, esta deixa de ser um método subsidiário da procriação, passando a ser um método que está ao dispor de todas as mulheres, incluindo as que possam procriar naturalmente, mas que por qualquer motivo não o pretendam fazer. Com isto, equipara-se o caso de uma mulher fértil que pretende aceder à PMA para procriar no âmbito de um projeto monoparental a um caso de um casal infértil que recorre à PMA para realizar o seu projeto parental, uma vez que de forma natural não o consegue fazer, não tendo este último qualquer prioridade sobre o primeiro no acesso às técnicas de PMA.

Uma vez que não se prioriza os casos em que a PMA é utilizada para o tratamento da doença que é a infertilidade, cada vez mais existem atrasos no acesso a estas técnicas nestes casos em que existe um caso de infertilidade, não deixando de ser curioso tal determinação e os efeitos que a mesma causa num panorama em que se restringe o acesso ao financiamento estadual devido à escassez de meios financeiros.

Na minha opinião esta não prioridade dos casos em que um casal recorre à PMA para procriar, pois é infértil, não conseguindo tal efeito naturalmente, é completamente injustificado e é completamente errado.

A PMA, em 2016, foi alargada a todas as pessoas que dela quisessem beneficiar, perdendo, de certa forma, o carácter subsidiário que até então tinha, e a meu ver o legislador esteve bem, o que eu não concordo é não se dar prioridade a um casal que recorre a este método por ser infértil, deixando que um casal perfeitamente saudável e que pode procriar naturalmente seja primeiramente sujeito a estas técnicas. A agravar este cenário junta-se o facto da PMA ser sujeita aos meios financeiros do Estado que são escassos. Porém, este problema seria facilmente ultrapassado se o legislador optasse por determinar, claramente, critérios que permitissem priorizar, objetiva e efetivamente, os meios de acesso à PMA para os casais inférteis.

Quando o artigo 6º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho diz “*Podem recorrer às técnicas de PMA (...) todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual*”, isto levanta uma questão que tem a ver com saber se a mulher que seja casada mas que isoladamente queira sujeitar-se a uma técnica de PMA necessita ou não do consentimento do cônjuge e a resposta a esta questão é que não necessita, o que se mostra um outro problema neste âmbito.

Por um lado, impõe-se perceber se existe a possibilidade de afirmarmos que o sistema atual aceita que o cônjuge marido permita que integre no seu seio familiar uma criança, que foi concebida durante o matrimónio, mas que não é seu filho e que sobre si não recai a presunção de paternidade em relação ao mesmo, e quanto a esta ideia existem vozes em sentido contrário.

Uma dessas vozes é a de Rute Teixeira Pedro que não concorda com a opção da não obrigatoriedade de consentimento do cônjuge marido no caso de recurso às técnicas de PMA, uma vez que esta compara o caso em apreço com o caso da adoção, onde uma mulher que queira adotar singularmente uma criança necessita do consentimento do outro elemento do casal.

No fundo, o que importa saber neste caso é qual o tipo de intervenção do cônjuge ou companheiro da mulher que irá beneficiar da PMA por opção apenas sua.

Utilizando o termo de comparação, já feito acima, desta situação com a adoção, parece-me que a solução mais acertada a dar a este problema passaria por, como requisito, ser necessário a aceitação, não o consentimento, do cônjuge para que a técnica fosse aplicada na mulher que pretende por si só beneficiar de tal tratamento.

É meu entender que para que uma mulher casada isoladamente recorra às técnicas de PMA, procriando e, por consequência, dando ao mundo um bebé que é seu filho, concebido e nascido no seio de um matrimónio, esta tem de, pelo menos, pedir a aceitação do marido para tal sujeição, uma vez que quando casou esta mulher já sabia que celebrava um contrato que, como qualquer contrato, impõe deveres às partes e, ademais, não me parece justo que se obrigue uma pessoa, o marido desta mulher no caso, a conviver diariamente e a receber na sua casa e no seu seio familiar uma criança que nasceu fruto da vontade de apenas uma pessoa que compõe aquele casamento.

Assim sendo, ainda que não seja necessário o consentimento do cônjuge da mulher que se quer sujeitar isoladamente às técnicas de PMA, é necessário a aceitação do mesmo.

Isto porque, se repararmos a aceitação significa o processo de aceitar, isto é, submeter-se a algo e a alguém²⁴. Já o termo consentimento é a permissão, autorização ou concordância. No fundo é algo que recebeu aprovação.

Ora quando uma mulher casada isoladamente se sujeita às técnicas de PMA o único consentimento que é necessário é o dela, ou seja, é ela que dará a permissão, a autorização, para que os médicos lhe apliquem uma técnica de PMA de onde irá, na melhor das hipóteses, nascer um bebê. Este bebê será biologicamente apenas e só seu filho e não do seu cônjuge, uma vez que este não utilizou o seu material genético, portanto, este terá, a meu ver, que aceitar tal situação, pois, como já referido, irá conviver diariamente com o bebê que irá ser fruto da aplicação da técnica de PMA, mas não sendo seu filho biológico, não me parece que faça sentido que se exija deste o seu consentimento para tal situação.

O alargamento do elenco de beneficiários apresenta um problema quando visto em confronto com outro ponto do regime da PMA, nomeadamente, o ponto da proibição da inseminação post-mortem. É criada uma incongruência resultado da proibição da inseminação post-mortem, quando se permite que as mulheres isoladamente recorram à PMA como forma alternativa.

De problematidade igual ou até superior à inseminação post-mortem, tendo como fim realizar um projeto parental sólido, uma vez que nestes casos a criança que irá nascer pode contar com o acompanhamento de toda a eventual linha de parentesco por parte do pai, é o caso de uma mulher por si só poder recorrer à PMA com recurso a material genético de dador que pode estar vivo ou morto.

Contudo, quanto a este tema dedicar-me-ei à sua análise de forma detalhada mais à frente.

O último problema que esta temática do acesso à PMA levanta diz respeito à exigência de um casal, em união de facto, se encontrar há pelo menos dois anos nesta situação para poder beneficiar da aplicação das técnicas de PMA, uma vez que com a

²⁴ Definição retirada do dicionário formal, disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/diferenca-entre/aceitamento/consentimento/>.

alteração feita em 2016 o art.6º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, deixou de fazer referência a qualquer prazo no âmbito desta relação.

A partir do alargamento ao acesso à PMA a todas as mulheres, ainda que estas se encontrem fora de uma relação afetiva, perde o sentido a necessidade de se provar, por parte dos beneficiários, que vivem em união de facto há determinado período de tempo, recorrendo a quaisquer declarações de compromisso de honra. Isto justifica-se até porque a mulher poderia dirigir-se sozinha a uma clínica para ser inseminada, afirmando que por si só pretendia recorrer à reprodução assistida.

É conclusão minha, bem como de Rafael Vale e Reis que, a meu ver, analisa esta problemática muito bem e de forma muito pormenorizada, que não é atualmente exigível qualquer tempo de convivência entre um casal que vive em união de facto para que possa beneficiar do acesso à PMA, mostrando esta como solução mais razoável, tendo em conta a alteração feita, em 2016, ao texto do art.6º da Lei da PMA.

Da leitura do artigo *supra* referido resulta isso mesmo, que não se exige qualquer tempo mínimo de convivência de uma casal para que se considere que o mesmo vive em união de facto, fazendo o artigo apenas referência a este estado do casal e que, na minha opinião, faz todo o sentido e é a forma mais correta de se ter legislado.

A não exigência do consentimento do cônjuge para que uma mulher casada aceda às técnicas de PMA e a não exigência de um tempo mínimo de convivência para um casal que se encontra em união de facto com o objetivo de aceder à PMA faz com que se levante um outro problema que passa por saber se é permitido que uma mulher casada recorra à PMA com um cônjuge diferente, estabelecendo-se o vínculo de paternidade quando este dê o seu consentimento para tal prática.

Não existindo nenhuma relação entre esta mulher casada e este companheiro que dará o consentimento de nada vale este consentimento. Isto significa que se a mulher que pretende recorrer às técnicas de PMA se encontrar com casamento anterior dissolvido ou, bastando, se encontrar separada de pessoas e bens, tendo sido decretada esta separação, entende-se que esta mulher pode encontrar-se unida de facto com um outro companheiro e, assim sendo, pode recorrer às técnicas de PMA, valendo o consentimento do seu companheiro para determinação do vínculo de filiação.

Tal consentimento dado pelo companheiro da mulher que será beneficiária da PMA deve ser atual, ou seja, ele deve existir à data desse mesmo acesso.

Urge-me como importante referir que, apesar da existência de consentimento por parte dos beneficiários, a responsabilidade médica não é excluída. Uma vez que o consentimento apenas autoriza e legitima o tratamento que será aplicado, o médico poderá responder por danos que, eventualmente, possam ser causados. Esta conclusão pode ser retirada do texto do n.º 2 do art.14º da Lei da PMA.

Segundo o n.º 4 do já acima referido art.14º e o art.25º da Lei da PMA “*O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA*”.

Com o devido e merecido respeito permitam-me que discorde da disposição destes artigos. Parece-me uma situação mais que comum, mesmo pela instabilidade do ser humano e da constante imprevisibilidade da vida humana, que possa acontecer que, inicialmente, os beneficiários consentiram o acesso à PMA, iniciando-se, assim, os tratamentos, mas, posteriormente, por inúmeros motivos, podem querer já não consentir e, portanto, revogar o seu consentimento.

Segundo estes artigos, já iniciados os tratamentos, não seria possível que os beneficiários revogassem, de forma livre, o consentimento que deram no início de todo o processo.

Parece-me uma disposição errada, desde logo, porque tal impossibilidade prevista nos artigos 14º, n.º 4 e 25º da Lei da PMA levanta um problema sério que é o caso da revogação do consentimento quando já existam embriões prontos para serem transferidos para o corpo da mulher. Esta é uma questão deveras sensível, pois o que aqui está em causa é o destino destes embriões²⁵.

Autores como Rafael Vale e Reis defendem que esta solução é facilmente resolvida se tivermos em conta o princípio do consentimento informado, a sua atualidade e da sua livre revogabilidade²⁶.

²⁵ É frequente existirem discussões relativas a quem fica com estes embriões.

²⁶ O CNPMA manifestou o entendimento de que quando um dos membros do casal revoga o seu consentimento, consentimento esse dado para a realização de um projeto parental, abandona-se o desejo de realização desse

Defende, assim, que o que tem sempre de ser tido em conta é o compromisso que ambos os elementos do casal assumiram quando deram o seu consentimento para aceder às técnicas de PMA, com o objetivo de realizar um projeto parental, que deixa de sobreviver quando um dos membros desse casal revoga o seu consentimento. Assim sendo, não é por Rafael Vale e Reis defendida a possibilidade de o membro que não revogou o consentimento utilizar o material biológico numa lógica de assumir um projeto parental único e exclusivamente seu.

Afirma ainda que só em casos muito excecionais é que, resultado de uma decisão judicial, quando haja revogação do consentimento por um dos membros do casal, se determinaria a possibilidade do beneficiário que não revogou o seu consentimento utilizar o embrião, prosseguindo com a realização do projeto parental.

Eu discordo desta ideia, acho, sinceramente, que os problemas eram menores e as soluções eram muitas se se permitisse a continuação do projeto parental, consentido por ambos, é certo, mas quando um deles já não pretende a realização do mesmo e revoga o consentimento já depois de iniciados os tratamentos, desde que o outro membro do casal continuasse a consentir e quisesse prosseguir com tal projeto, assumindo o projeto parental sozinho e assumindo a filiação relativa à criança que vai nascer.

Ademais, se se permitisse tal situação não se levantaria o problema dos embriões sem projeto parental, ou seja, situações em que existem embriões quando não há projeto parental e, nestes casos, importa saber qual é o destino dado a estes embriões.

No entanto, concordo plenamente com a solução que é salvaguardada por Rafael Vale e Reis quanto aos casos em que um dos membros do casal revogou o seu consentimento e o outro beneficiário utiliza o material mantendo e realizando o projeto parental sozinho, mas, apesar de não ter pretendido a realização deste, pretende assumir a filiação relativa à criança que vai nascer.

Neste caso, é permitido o estabelecimento deste vínculo de filiação, não sendo, a meu ver, uma solução que prejudique o membro que decidiu seguir adiante com o projeto

mesmo projeto, não podendo, em regra, ser utilizado o material biológico à revelia do membro que revoga o consentimento dado em momento anterior. Este entendimento encontra-se na Deliberação n.º 12/II, de 27 de janeiro de 2017, onde se afirma que “*É admitida a revogação do consentimento por parte de qualquer uma das pessoas beneficiárias até ao início dos processos terapêuticos, que no caso das TEC se assume ser até à descongelação dos embriões para intentada transferência*”.

parental, aliás é uma solução muito prática, até porque o membro que revogou o seu consentimento, apesar de tal comportamento, também contribuiu para a realização daquele projeto parental quando deu o seu material genético para que se permitisse a formação do embrião de onde nascerá uma criança.

Ultrapassadas as questões relativas ao acesso à PMA de pessoas casadas, unidas de factos e das mulheres de forma isolada o fazerem, surge importante questionar uma outra situação que é a seguinte: E no caso de se tratar de um homem transgénero²⁷? Será que este pode ser beneficiário das técnicas de PMA?

Esta questão é a mais delicada neste âmbito do acesso à PMA.

Questionamos aqui a possibilidade de um homem transgénero beneficiar da aplicação das técnicas de PMA, uma vez que este pode apresentar um útero que permita o desenvolvimento de uma criança, apresentando, assim, capacidade reprodutiva, uma vez submetido às operações para mudança de sexo.

Determinou-se, segundo a minha perspetiva muito bem e de forma correta, que o homem transgénero não pode ser inseminado e não pode também se considerar-se e ser considerado, natural e biologicamente mulher, sendo portador de um sistema reprodutor feminino, no momento em que pede que lhe seja aplicada a técnica da inseminação.

Não faria sentido, na minha opinião, que um homem transgénero pudesse recorrer à aplicação das técnicas de PMA, até porque tal acesso levantaria outros problemas, tais como, nomeadamente, a possibilidade de uma pessoa poder iniciar a sua mudança de sexo já depois de se ter dado início aos tratamentos da PMA e ligado a este problema a questão de saber se poderiam os médicos ser ou não responsabilizados por tal situação.

São problemas que se revestem de uma delicadeza e fragilidade muito grandes e que são facilmente solucionados com a vedação de tais técnicas a estas pessoas.

Na minha modesta conclusão de tudo o exposto, quanto ao acesso às técnicas de PMA o que terá de ser feito é um ajustamento quanto a aspetos relevantes para o acesso às técnicas da PMA. Quando a lei permite que as mulheres isoladamente possam recorrer às PMA, a fim de nascer uma criança, fruto de projeto monoparental, recorrendo a material

²⁷ Homem que não se identifica com o género que lhe foi atribuído à nascença.

genético de dadores, podendo a identidade destes ser ou não conhecida, esta opta pelo não estabelecimento de pretensões de estabelecimento de vínculos de filiação.

Esta é a ideia vertida e prevista na Lei da PMA, admitindo a criação de famílias monoparentais, ideia que pode vir a ser alvo de várias críticas, afastando a possibilidade de se estabelecer qualquer vínculo de filiação com o dador no âmbito de uma ação de averiguação oficiosa intentada contra si.

Um casal homossexual de mulheres pode, a qualquer momento, querer recorrer às técnicas de PMA, de forma a realizar o desejo de formar uma família e obter o nascimento de uma criança, utilizando a fecundação dos gâmetas de uma das mulheres do casal e transferindo o embrião para o útero da outra mulher membro do casal.

A Lei da PMA permite esta gestação compartilhada, dependendo da ponderação e decisão médicas, tendo em conta cada casal em concreto.

Segundo o mesmo artigo 6º da Lei da PMA, tendo este como epígrafe “Beneficiários”, o seu n.º 2 estabelece o limite mínimo de 18 anos para se aceder às técnicas de PMA, afirmando o mesmo que *“As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas”*.

Afastou-se, desde logo, a idade dos 16 anos, uma vez que se entende que esta idade reflete a adolescência e, segundo a experiência, não seria adequado submeter uma adolescente a este tipo de técnicas, pois, além de serem técnicas bastante complexas e incómodas, resultando das mesmas efeitos secundários com alguma importância, também se entende que poderiam ser solicitados tratamentos deste tipo nestas adolestes, fruto destas integrarem comunidades culturais que aceitam ideias como o casamento em idade precoce, iniciando-se assim a atividade reprodutora, nestas crianças, também em idade muito nova.

Contrariamente, não se exige um limite máximo de idade para a pessoa que pretende beneficiar da aplicação das técnicas de PMA, deixando-se esta matéria ao critério da atuação médica de PMA. Aquilo que existe neste campo da idade máxima para a beneficiária das

técnicas de PMA são deliberações do CNPMA²⁸, mas que, por sua vez, valem apenas como determinação daquilo que é aconselhável seguir e não como determinação obrigatória.

Coisa diferente deste carácter aconselhável das deliberações do CNPMA é a severa limitação que existe no acesso à PMA, também esta em função da idade, decorrente do estabelecimento, administrativamente feito, das restrições para efeitos de financiamento público das técnicas.

Neste caso é chamado o financiamento público, pois este impõe um limite que não ultrapasse os 42 anos de idade para todas as mulheres que recorram às técnicas de PMA de 1ª linha, ou seja, indução da ovulação e indemnização intra-uterina, e um limite que não ultrapasse os 40 anos de idade para as mulheres que pretendam recorrer às técnicas de PMA de 2ª linha, sendo estas, fertilização in vitro e injeção intracitoplasmática de espermatozoides²⁹.

²⁸ O CNPMA, antes de 2016 e tendo em conta o previsto no art.4º, n.º 2 da Lei da PMA, determinou que não poderiam beneficiar ao acesso às técnicas de PMA os casais em que a mulher atingiu a menopausa na idade que é habitual, o que, por consequência, determinava que só excepcionalmente haveria uma diferença de mais de 50 anos entre o elemento feminino do casal e a criança que iria nascer. Assim sendo, em 2013, este mesmo Conselho deliberou que apenas poderiam utilizar a PMA os casais em que o elemento masculino não se apresenta com idade superior a 60 anos.

Na gestação de substituição o CNPMA determinou que o limite máximo para a gestante seria de 44 anos e 364 dias, à exceção dos anos bissextos onde o limite eram os 44 anos e os 365 dias. Quando a mesma fosse mãe ou irmão de qualquer um dos beneficiários, então, neste caso, o limite era superior e apontava para os 49 anos e 364 dias, com a mesma exceção para os anos bissextos.

Em 2019, o CNPMA voltou a apreciar este tema dos limites da idade dos beneficiários, entendendo-se que *“Por exemplo, uma mulher infértil casada ou que viva em condições análogas às dos cônjuges com um homem com idade superior a 60 anos, é impedida, pela aplicação da Deliberação n.º 03/11, de 19 de julho de 2013 do CNPMA, de recorrer às técnicas de PMA, atenta a idade do parceiro, enquanto que uma mulher fértil, que viva em idênticas condições, com um parceiro da mesma idade, pode se reproduzir sem qualquer impedimento jurídico, o que configura uma situação de discriminação negativa, em razão do estado de saúde, da primeira das aludidas mulheres”*. Acrescenta que, igualmente, *“um homem com idade superior a 60 anos, fértil, casado ou que viva em condições análogas às dos cônjuges, que é impedido, pela aplicação da aludida deliberação, de recorrer a essas técnicas se a sua parceira for infértil, é negativamente discriminado, atenta a sua idade, em relação a outro homem fértil, da mesma idade, cuja parceira seja saudável”*. Da mesma forma, vem o CNPMA dizer que *“uma mulher infértil casada, ou que viva em condições análogas às dos cônjuges, com um homem com mais de 60 anos, vê-se impedida de recorrer às técnicas de PMA, usando gâmetas desse homem com quem mantém uma relação afetiva estável, enquanto que uma mulher só, casada ou que viva em condições análogas às dos cônjuges com outra mulher pode recorrer às aludidas técnicas, em regra independentemente da idade do seu cônjuge, quando este exista”*.

O CNPMA decidiu revogar os limites de idade, para aceder às técnicas de PMA, anteriormente determinados, no que toca ao membro masculino do casal que pretende beneficiar destas mesmas técnicas, remetendo esta questão para a *leges artis*, ou seja, para a decisão dos médicos, atentando estes ao caso clínico em concreto.

²⁹ Os critérios determinantes para estabelecer os limites de idade são: a) o facto do beneficiário dever ser capaz de fornecer cuidados adequados até que a criança seja maior de idade; b) as técnicas de PMA não devem ser aplicadas em casos limite, assim sendo, quanto mais velha for a mulher beneficiária, em regra, mais problemas adicionais de saúde terá durante a gravidez; c) a partir de determinada idade as técnicas de PMA apresentam uma taxa de sucesso muito baixa, entendendo-se até como inútil.

O problema que aqui é colocado e é sentido, à partida, é nos casos em que as mulheres dispõem de uma diminuição do número de ovócitos e da qualidade dos mesmos, levando esta situação à decadência da capacidade reprodutiva das mesmas. Este problema, porém, deve ser analisado seguindo as perspectivas de dois planos distintos: quem é mais competente para determinar as restrições em matéria de idade dos beneficiários da PMA e a adequação da limitação do acesso à PMA, em matéria da idade, no âmbito do financiamento público dos tratamentos da PMA.

Parece-me nada duvidoso que seja a prática clínica quem deve estabelecer os limites de idade relativos às pessoas que pretendem beneficiar da PMA, uma vez que esta é uma matéria bastante complexa, uma matéria 100% prática, mostrando-se, por vezes, a teoria da mesma um pouco desfasada da realidade e até mesmo, no limite, inaplicável. Ademais, estamos perante uma matéria que está em constante evolução quer sociológica, quer científica e, portanto, parece-me que serão os médicos e, conseqüentemente, a prática clínica quem está mais atualizado e mais capaz, em termos de conhecimentos, para decidir perante questões no âmbito desta matéria.

Quanto à adequação da limitação do acesso à PMA, tendo em conta a idade, no âmbito do financiamento público dos tratamentos da PMA. O que importa, nesta questão em concreto, é, uma vez que o financiamento público neste âmbito é tão limitado, e uma vez que o nosso sistema jurídico permite que as mulheres isoladamente recorram às técnicas de PMA, não existir prioridade pelos casos de infertilidade face aos casos de fertilidade, onde estas técnicas são usadas apenas como opção reprodutiva. Parece-nos e parece-me, pessoalmente, pouco acertada esta opção que o nosso sistema faz em não priorizar estes casos, que são, a meu ver, de maior importância por se tratar de uma doença, como, aliás, já referi anteriormente e volto a reforçar.

Esta questão de não prioridade, no Sistema Nacional de Saúde, os casos em que as pessoas recorrem à PMA por questões de infertilidade está diretamente e intimamente relacionada com uma outra questão que é a de saber em que medida se pode equilibrar a necessidade de tratar a infertilidade recorrendo ao sistema de saúde público e a relevância

em otimizar os recursos públicos, nos casos em que os tratamentos não são eficazes e, no limite, úteis³⁰.

Perante tal questão e perante a delicadeza de tal questão, não podemos olhar apenas à perspetiva económica, parece-me. Para responder a esta questão ou, pelo menos, tentar dar resposta à mesma necessitamos de fazer valer as políticas públicas, não colocando um peso demasiado grande nas costas de um casal, que não apresenta recursos para recorrer à medicina privada, que precisa de apoio por parte da medicina para resolverem o seu problema de infertilidade.

Uma vez que estamos a falar do acesso às técnicas de PMA e da leitura da Lei da PMA retiramos que não são impostas quaisquer restrições no acesso às técnicas de PMA quanto às condições subjetivas dos beneficiários que estejam relacionadas com o estilo de vida ou opções comportamentais dos mesmos³¹.

Primeiramente, importa saber se se aconselha afastar determinados candidatos, tendo em conta a eficácia dos tratamentos na perspetiva dos médicos, por opção clínica.

No fundo, os médicos não devem ser obrigados a *“praticar atos inúteis, de eficácia muito reduzida, ou que se revelem potencialmente prejudiciais para terceiros (...), tudo na perspetiva geral de que medicina não aceita atos e técnicas quando eles não se revelem admissíveis do ponto de vista dos mais elevados padrões das leges artis”*³².

Por outro enfoque, tais restrições também têm como objetivo proteger os próprios beneficiários e, mais importante, a própria criança que irá nascer resultado da aplicação de uma técnica de PMA. No fundo, mais importante, salvaguarda-se, aqui, o superior interesse da criança.

³⁰ Cada vez menos se defende a ideia de que na PMA se sente a necessidade de se analisar a relação que existe entre o custo e o benefício, quando se pretende determinar o tipo de tratamentos e qual a forma que estes são financiados pelos Estados.

³¹ Uma recomendação da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia mostra claramente que a restrição no âmbito do acesso à PMA tendo em conta fundamentos de índole subjetiva dos beneficiários pode levantar problemas a vários níveis.

³² REIS, RAFAEL VALE, *“Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp.106.

Cabe, portanto, aos próprios médicos determinar quem pode e quem não pode aceder às técnicas de PMA, considerando as condições de cada candidato e o resultado que a aplicação da técnica poderá ter.

Em suma, não pode a lei determinar condições de carácter subjetivo e comportamental como condições que impedem o acesso à PMA por parte dos candidatos a esta, uma vez que esta atitude iria, logo de início, poder considerar-se inconstitucional por pôr em causa os direitos fundamentais desses mesmos candidatos e, a ser levada a cabo esta ideia, ela podia revestir-se, nas palavras de Rafael Vale e Reis, de um “potencial discriminatório”³³.

³³ REIS, RAFAEL VALE, *“Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp.107.

4- Regulação da PMA

Situando-nos no tempo, foi há cerca de 40 anos que o mundo assistiu às primeiras intervenções relevantes e sistemáticas do Direito na PMA.

Quando o Direito entra no âmbito da PMA, de forma a regulamentá-la, constituiu-se uma interferência do direito das pessoas, interferência esta que se mostra rodeada de problemas e muito pouco consensual. Porém, este será o resultado mais esperado e que se mostra efetivamente mais normal, uma vez que todos os problemas que surgem à volta da PMA se dotam de uma enorme complexidade.

Nestes 40 anos, que se passaram, muitas alterações foram feitas, a todos os níveis.

Pelo exposto *supra* e é do senso comum, parece-me que foi uma tarefa muito difícil e problemática a de regular a PMA. Desde logo, porque, sendo uma matéria tão sensível, existe o fundado receio de se determinar algo que permita muito e que faça com que, utilizando uma expressão muito comum, “vá tudo por água abaixo”. Isto leva a que cada vez mais se opte por uma intervenção do Direito no sentido defensivo e lógico de permitir ou proibir, ou seja, estamos perante um verdadeiro “8 ou 80” nesta matéria.

Depois de tanto estudar esta matéria, acho, verdadeiramente, que a expressão utilizada por Rafael Vale e Reis, na sua dissertação de Doutoramento, “*Se numa primeira fase, o Direito se foi enamorando das “leis científicas” (...), logo se impôs em pose paralela, fazendo a sua discussão concomitante com o próprio debate científico, desaparecendo, o desfasamento temporal entre a descoberta da ciência e a reflexão jurídica, tudo desembocando numa “relação pluridimensional e ao mesmo tempo mais estreita entre Ciência, Tecnologia e Direito”*”, é a expressão mais capaz para exprimir a ideia primordial nesta matéria que passa por perceber que no campo da medicina, bem como em todas as áreas que envolvam esta, existe uma rápida evolução dos conhecimentos.

Portanto, não me parece que legislar e regular ponto por ponto todos os aspetos da PMA, bem como qualquer matéria da medicina e, principalmente, da ciência, seja a posição mais acertada. Isto porque estamos perante matérias que se encontram em constante

evolução e, assim sendo, o que hoje se regulamenta pode já não se mostrar adequado e até conforme amanhã.

Podemos defender, seguindo a linha de pensamento de outros autores, que estas mudanças que existiram no campo da medicina reprodutiva permitiram uma identificação de direitos fundamentais e de novas dimensões que se desconheciam, apesar de já se encontrarem consagrados.

É daqui que surge a grande questão com que o campo da medicina reprodutiva tem lidado que é nada mais nada menos que *“se a medicina o permite, devemos contribuir para o nascimento de pessoas com melhores características? No fundo, pessoas mais saudáveis, mais inteligentes e que apresentem uma esperança média de vida maior?”*.

Urge perceber de tal questão que, atualmente, a medicina reprodutiva já não evolui apenas para combater a doença da infertilidade, mas também evolui no sentido da escolha das características genéticas dos seres humanos que nascerão por recurso às técnicas de PMA.

Já acima referi que com a abertura e possibilidade de mais pessoas beneficiarem da aplicação das técnicas de PMA, não necessitando tais beneficiários de apresentar um diagnóstico de infertilidade, tal solução levou a que a PMA já não fosse vista como método subsidiário que apresenta como principal objetivo o combate desta doença, mas sim um método de reprodução medicamente assistida, que alguns podem beneficiar. Por conseguinte, não é descabido e cada vez faz mais sentido, na minha modesta opinião, afirmar que a PMA evoluiu, sendo hoje um método que permite que os seus beneficiários possam escolher as características genéticas dos seres que irão nascer fruto destas técnicas.

É claro que perante tal questão haveria uma grande maioria que responderia de forma positiva, apoiando tal ideia, o que me parece o mais correto e a vertente de pessoas mais informadas, no entanto, outras seriam as vozes no sentido contrário, apoiando a intervenção do Direito de forma a proibir tal possibilidade.

O que é certo é que existem duas verdades, neste âmbito, que são inquestionáveis e inegáveis. Por um lado, a verdade que consiste no facto de se poder dizer que a História demonstra, ao longo dos vários anos, que é muito difícil e muito desafiante regular a PMA.

Outra verdade, subjacente a esta primeira, é o facto de podermos afirmar que o Direito invadiu, por completo, a PMA e não quer, nem pretende, sair do seu âmbito^{34/35}.

O marco que fez com que este movimento existisse reporta à década de 70 do passado século no Reino Unido, onde a 25 de julho de 1978, nasceu o primeiro bebé concebido por recurso à fertilização in vitro, mais conhecido como “bebé proveta”.

Foi este acontecimento que despertou nas pessoas uma certa consciência e que permitiu a intervenção do Direito.

Foram vários os modelos de regulamentação que se verificaram resultado desta intervenção do Direito logo após o caso de Louise Brown.

Como possíveis modelos de regulamentação jurídica temos: o modelo de base constitucional; o modelo de proscritivo, de pendor criminal; o modelo da regulação legislativa especial; o modelo de autorregulação, com ou sem normas expressas; e os modelos mistos.

Foi o famoso caso Louise Brown, já *supra* referido, que teve origem no Reino Unido, em 1978, que permitiu que o número de pessoas concebidas por recurso à reprodução medicamente assistida cresce-se exponencialmente até aos dias de hoje³⁶.

Quando as pessoas pensam em aplicação das técnicas de PMA, pensam, desde logo, nos problemas que podem advir desta aplicação.

A primeira preocupação, configurando também o maior problema no âmbito da PMA, é o resultado que desta aplicação surgirá. O problema de saber se desta aplicação surgirão seres humanos mais ou menos saudáveis.

³⁴ A aceitação desta realidade permite a resolução de dois problemas. Primeiramente, o facto de apresentarem baixa eficácia as posições extremistas que se adotarem no âmbito da PMA; em segundo, o facto de a atividade de legislar não poder ignorar a jovem realidade trazida pela globalização que se espalhou por todo o mundo, podendo perder a sua eficácia e, mais grave, a sua credibilidade.

³⁵ A título de curiosidade e no que a Portugal diz respeito, foi a PMA que determinou a constituição da Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, mostrando-se como embrião do Centro de Direito Biomédico, acontecendo o mesmo por quase toda a Europa.

³⁶ Segundo o CNPMA “A utilização clínica destas metodologias sofreu grande expansão em todo o mundo, estima-se que já tenham nascido mais de 3 milhões de crianças como resultado do seu uso. Há mesmo países europeus em que 5% ou mais das crianças nascidas resultam de PMA. (...)”. Ademais, “De acordo com os últimos dados disponíveis, em 2016 o número de crianças originadas em tratamentos com PMA representou cerca de 3% do total de crianças nascidas em Portugal.”

Não obstante, ao longo do tempo, a PMA tem permitido o nascimento de seres humanos em situações que, sem recorrer à aplicação destas técnicas, não nasceriam, mostrando-se este nascimento verdadeiramente impossível, e, com maior relevância ainda, permite que se trate uma doença, que cada vez é mais detetada na população, a infertilidade.

A regulamentação da PMA defronta-se especialmente com o facto de todas as soluções que lhe são propostas serem soluções que se encontram no plano estadual ou nacional³⁷.

Nas palavras de Rafael Vale e Reis, corretas e certas do meu ponto de vista, “(...), a PMA constitui um relevante domínio científico que tende a esbater fronteiras”.

Já globalmente, podemos afirmar que a PMA é confrontada com a necessidade eminente de elaborar verdadeiras medidas que confirmem a sua eficácia, podendo ser esta posta em causa com o turismo reprodutivo^{38/39}.

A intervenção do direito na PMA também deverá ser objeto da nossa preocupação e consideração os problemas que surgirão, entretanto, vistos e chamados de novos problemas ou desafios⁴⁰.

No âmbito destes problemas, concluo pela necessidade que existe nesta matéria que passa pelo facto de o nosso sistema jurídico, bem como os outros, necessitar de procurar e ir em busca de soluções que se mostrem mais adequadas.

Urge-me relevante afirmar a minha opinião e posição quanto a um dos problemas levantados neste campo, a meu ver o problema mais polémico e impactante, a clonagem reprodutiva.

Não concordo, de todo, com a posição assumida por pessoas menos extremistas que defendem que se houver consentimento dado pela própria pessoa, poderia ser criado um

³⁷ O que não invalida que a PMA configure uma parte da ciência que vai além-fronteiras.

³⁸ Consiste na deslocação de um casal infértil do país onde vive para outro, em busca de algum tipo de tratamento de reprodução medicamente assistida que o seu país de residência não dispõe.

³⁹ Perante esta situação não podemos deixar de afirmar que é, a mais das vezes, a própria regulamentação estadual que cria esta preocupação por impor entraves ligados a princípios e valores direcionados à proteção do próprio sistema de apoio médico à procriação humana.

⁴⁰ Desde logo, a aplicação da inteligência artificial, a ectogénese e a clonagem reprodutiva apresentam-se como novos problemas ou desafios, se bem que este último não sendo um novo problema, apresenta uma nova abordagem.

clone da mesma, uma vez estarmos perante um direito, o direito à identidade, que é renunciável.

Acrescento que, ainda que a evolução em qualquer área seja importante, existe evolução que, ainda que traga várias vantagens, as desvantagens e os seus efeitos serão muito mais nocivos e devastadores.

No limite, afirmo até que não consigo compreender como alguém pode admitir a não proibição de uma técnica que permite criar um clone de uma pessoa, ou seja, no fundo, permite que seja “roubada” a identidade pessoal de uma pessoa, sendo esta um direito, que a meu ver, é completamente irrenunciável.

Uma vez já tratados e já ultrapassadas as angústias que a aplicação da PMA, inevitavelmente, traz consigo, passaremos agora para uma breve exposição da situação atual do nosso ordenamento jurídico, no que toca, claro está, à regulação da PMA, bem como da posição que a PMA tem em face do Direito Constitucional e também do Direito Civil.

Antes da existência de uma lei para regular a PMA, defendia-se que existia uma lacuna no nosso ordenamento jurídico, pois, além das normas do Código Civil, valiam para esta matéria a Lei n.º 3/84, de 24 de março, o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro e a Lei n.º 12/93, de 22 de abril.

Apresentando um quadro tão diminuto de normas que se referiam a este tema, surgiu importante justificar o porquê da não intervenção por parte do legislador e ainda justificar e perceber qual seria a consequência jurídica que iria advir desta posição do legislador em “esperar para ver”.

Foram várias as posições que surgiram relativamente a estas questões, porém, merece destaque a posição de Carlos Pamplona Corte Real.

Este autor defende a linha pensamento que nós acabamos por seguir, defendendo este que *“o legislador não considera tais práticas, de um ponto de vista global, como sendo ilícitas. Esse não é o motivo por que não as regula antes considerando que ainda não é hora de tomar uma posição específica sobre tais práticas confiando que o ordenamento tem capacidade para, entretanto, fazer a separação do lícito e do ilícito e de resolver os problemas que surjam”*.

Entende-se, no fundo, que este tipo de lacunas é um claro exemplo de um caso em que o legislador prefere legislar não legislando, ou seja, ele prefere confiar na capacidade de acomodação da vida e seja esta a regular aquilo que o legislador não quis regular e não regulou.

Não obstante tudo o acima exposto, observou-se um ponto de viragem em Portugal, quando o legislador decide, finalmente, que chegou a hora de intervir nesta matéria da PMA.

A nova etapa é provada pela Lei da Revisão Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

Quase em simultâneo, surge uma alteração no ordenamento legislativo, nesta matéria, falamos da aprovação, em Conselho de Ministros no dia 30 de julho de 1997, da proposta de lei que regula as técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Esta proposta de lei, no entanto, acabou por demonstrar que, realmente, o nosso ordenamento jurídico não estava preparado para dar uma resposta clara a todas as questões que são colocadas pela PMA.

Analisando agora a PMA face ao Direito Constitucional, primeiramente, teremos de analisar várias normas e alguns direitos constitucionais antes da revisão feita no ano de 1997 e após esta revisão.

Direitos constitucionais como o direito a constituir família, o direito de acesso às técnicas de PMA, o direito à identidade pessoal, o direito à vida, o direito à identidade genética e o anonimato do dador, o direito à maternidade e paternidade conscientes, são direitos que não podem nunca ser esquecidos e deixados de falar neste âmbito.

O primeiro direito que, antes da revisão de 1997, importa referir é o direito constitucional previsto no art.36º da CRP, que distingue, desde logo, o direito a constituir família do direito a contrair casamento. Portanto, não é necessário contrair casamento para constituir uma família.

Quando falamos em constituição de família como um direito do ser humano, falamos não só da família matrimonializada, ou família conjugal, mas também da família natural, resultante do facto biológico da geração.

Tendo em conta o descrito, entende-se como “*inconstitucionais (...), mas também por violadoras do art.36º da CRP, quaisquer normas que obrigassem a um planeamento familiar forçado ou que impedissem as pessoas de procriar, nomeadamente, com esterilizações obrigatórias*”.

No direito ao acesso às técnicas de PMA aquilo que se questiona é se existe algum direito constitucionalmente assente e protegido que defenda o recurso a técnicas de PMA para constituir família.

Neste caso e uma vez que a PMA é um tratamento médico, este só deve ser aplicado a pessoas que apresentem como melhor solução para o seu problema esta técnica. Ademais, estas técnicas configurando uma forma subsidiária, na altura, e não alternativa, deviam ser apenas utilizadas quando se verificassem determinados requisitos.

Por outro prisma, também não é pelo facto da nossa Constituição reconhecer igual dignidade a todos os tipos familiares que entendemos que haja uma obrigação por parte do legislador em incentivar, de alguma forma, para a constituição de famílias através das técnicas de PMA. Se, inclusive, verificarmos o que consta do art.67º da CRP, vemos que este artigo faz referência a uma paternidade consciente, o que se entende de igual forma para a maternidade.

Por este motivo se justifica, que antes da alteração feita em 2016, só se admitia a PMA a casais heterossexuais estáveis, independentemente do vínculo matrimonial, quando apresentassem um contexto médico que o justificasse. Só estes poderiam assumir, assim, uma paternidade e maternidade conscientes. Olhemos para a linha de pensamento de autores como Gomes Canotilho e Vital Moreira.

Os mesmos autores, quanto às uniões homossexuais, são menos liberais no sentido em que defendem que estas se encontram fora do programa normativo do preceito *supra* analisado (art.36º CRP). Em conjunto com tais autores temos também o Pereira Coelho, mostrando-se bastante restritivo ao assumir que existe um direito a beneficiar a estrutura familiar da filiação.

Outro direito constitucional que importa também aqui dar conta é o direito à identidade pessoal, previsto no art.26º da CRP.

Este preceito determina que cada pessoa tem o direito ao conhecimento e à preservação da sua identidade pessoal. Entendemos, assim, que para que uma pessoa consiga conhecer a sua identidade, esta tem de, inevitavelmente, saber quem foram as pessoas que lhe passaram essa identidade. Isto leva-nos a questionar e é nesse sentido que Antunes Varela defende que devemos discutir a compatibilidade que existe entre proibir o estabelecimento da paternidade genética e este direito à identidade pessoal.

Neste sentido, todas as normas que proibissem o estabelecimento da paternidade e da maternidade seriam inconstitucionais, uma vez que iriam contra a possibilidade de a pessoa estabelecer a sua ascendência, ou seja, conhecer as pessoas que lhe deram a sua identidade, e, conseqüentemente, não permitissem a pessoa beneficiar deste direito que é seu.

No mesmo sentido de inconstitucionalidade iriam as normas que proibissem a impugnação da paternidade, que se encontra prevista no art.1839º, n.º 3 do CC. A questão da inconstitucionalidade também se coloca no âmbito do art.1987º do CC, que impede que o adotando estabeleça a sua filiação natural.

A nossa posição foi num sentido menos rigoroso, entendendo que a inconstitucionalidade, neste caso, não abrangerá os casos em que a lei estabelece uma filiação diferente daquela que é estabelecida pelas leis genéticas. Consideramos, assim, inconstitucionais apenas os casos em que a lei impede que a pessoa conheça os seus antecessores genéticos, independentemente de os considerar pai ou mãe.

A questão fundamental que aqui se coloca é entender o que se entende por identidade pessoal.

Existem várias posições quanto ao âmbito da identidade pessoal abranger o direito a saber quem são os progenitores genéticos, ou seja, conhecer as pessoas que nos transmitiram a nossa identidade.

A minha posição, de acordo com o que segue o ordenamento jurídico português, é pelo afastamento de qualquer posição que se baseie no estabelecimento da filiação baseado na mentira, no segredo e na ocultação de algo que é essencial para a vida da pessoa. Simpatizaremos, sempre, com um direito à verdade.

Questão que mostra grande relevância quando confrontada com o texto e o direito vertido no art.26º da CRP é a questão da admissão ou não do anonimato do dador.

Resultado de uma reflexão lógica do conteúdo deste direito fundamental e do que representa o anonimato do dador parece-me contraditório a possibilidade de se admitir que um dador doe os seus gâmetas, ajudando a produzir um embrião que levará ao nascimento de um ser humano, sem se saber a sua identidade, uma vez que a Constituição determina que toda a pessoa, todo o ser humano, tem direito a conhecer as pessoas que, no fundo, lhe deram origem. Porém, a meu ver, seria um problema facilmente resolvido se a pessoa que nascesse, fruto dessa doação anónima, fosse informada que nasceu de uma doação de gâmetas anónima e, por isso, não se sabe a identidade e as características do dador.

Portanto, quando uma pessoa se inscreve num banco de esperma, de forma a doar o seu material genético, anonimamente, não se identificando perante as outras pessoas que recorram ao mesmo banco para obter material genético que será utilizado numa fertilização artificial, a pessoa tem intenção de não revelar a sua identidade e de não ser havida como progenitor do bebé que vier a nascer dessa fertilização (art.10º, n.º 2 da Lei da PMA).

Por sua vez, o bebé que nascer desta fertilização, quando já tiver discernimento e capacidade para perceber o mundo em volta de si, será informado que é fruto de uma comumente chamada “produção independente”, tendo nascido de uma fertilização onde foi utilizado material de um dador anónimo.

Por último e não menos relevante mostra-se o direito à vida, vertido no art.24º, n.º 1 da CRP. Este preceito determina que a vida humana é inviolável, ou seja, são inconstitucionais todas as técnicas, comportamentos ou práticas que ponham em causa a vida humana. Tal acontece nas técnicas de PMA, mostrando-se proibidas todas as que puserem em causa a vida humana, como é o caso claro dos embriões excedentários.

Em 4 de setembro de 1997 assistimos à aprovação da Lei de Revisão Constitucional que trouxe alterações significativas no âmbito da PMA.

A partir desta entrada em vigor desta lei fica determinado que são inconstitucionais quaisquer leis que determinem a possibilidade de anonimato dos dadores de esperma⁴¹, de

⁴¹ Uma dessas alterações foi relativa ao direito à identidade genética e o anonimato do dador, questão já falada anteriormente e que, na altura, levantava grandes dúvidas e inquietações por parte dos autores. Assim, o

óvulos ou de embriões no âmbito da inseminação artificial heteróloga, fecundação in vitro, transferência de embriões ou maternidade de substituição.

A par da alteração feita no âmbito do direito da identidade pessoal deparamo-nos com uma outra alteração relativa ao direito à maternidade e paternidade conscientes⁴².

Não é só no plano constitucional que esta matéria deve ser analisada. Também devemos olhar para as normas do Código Civil e ver como elas se comportam face à PMA.

A única matéria que mereceu alguma atenção por parte do nosso sistema legislativo foi a matéria da inseminação artificial, estabelecendo no art.1977º do CC que “*A fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei*”⁴³.

legislador ao introduzir o n.º 3 no art.26º da CRP, determinando que “*A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*”, acabou por apagar quais dúvidas que houvessem quanto à admissibilidade ou não do anonimato do dador.

Uma vez que o legislador ao adicionar o n.º 3 do art.26º da CRP pretendeu determinar, sem deixar quaisquer dúvidas, a proibição da possibilidade de anonimato do dador, parece contraditório manter a norma 1987º do CC. Portanto, parece-nos necessário que se adaptasse o conteúdo destas duas normas.

⁴² É na alínea d) do n.º 2 do art.67º da CRP que se encontra tal alteração. Segundo esta alínea “*Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: (...) d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes*”, isto é, permite-se, agora, que o Estado disponibilize as técnicas de PMA aos casais heterossexuais, considerando que apenas estes apresentam condições para exercer esta maternidade e paternidade conscientes que se fala.

Também com a revisão de 1997, o legislador optou por acabar com quaisquer dúvidas quanto à admissibilidade das técnicas de PMA, quando na alínea e) do n.º 2 do art.67º da CRP determina que “*Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: (...) e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;*”. Com esta determinação dúvidas não restam quanto à admissibilidade da utilização das técnicas de PMA e quanto ao papel do Estado como órgão responsável pela regulamentação em sede desta matéria.

⁴³ Analisando bem o conteúdo deste artigo, podemos entender que, antes da reforma, este continha em si mesmo duas normas diferentes. Por um lado, uma que afirmava que se estava impossibilitado de estabelecer a paternidade face ao dador que, geneticamente, era o pai da criança nascida por meio de fecundação artificial. Por outro lado, contém em si também uma norma que estabelecia que a pessoa que se considerasse pai da criança, resultado das presunções legais que existem, não poderia impugnar tal paternidade, justificando esta impossibilidade com o facto de, geneticamente, não ser o pai da criança.

A norma do art.1977º não deixava dúvidas quanto à forma como a fecundação artificial era vista e recebida pelo legislador e pelos efeitos jurídicos que desta advinham.

Depois da reforma, em 1977, esta visão é totalmente alterada e este artigo deu mesmo origem a outros dois: artigo 1801º e artigo 1839º, n.º 3 do CC.

No fundo, atualmente, a lei faz depender a possibilidade de se impugnar a paternidade que lhe é concebida, podendo provar o marido da mulher que não é o pai biológico, da falta de consentimento da sua parte. Existindo este consentimento consegue-se afastar a regra geral e entregar a paternidade ao sujeito que não é pai biológico da pessoa.

Resultam daqui três questões que serão alvo de análise e de uma possível resposta: a) Qual a natureza jurídica que este consentimento do marido da mãe tem⁴⁴?; b) Tendo existido este consentimento, será que as outras pessoas referidas no n.º 1 do art.1839º ficam também sem legitimidade para impugnar esta paternidade⁴⁵?; c) Impugnada a paternidade, será que se pode estabelecer a paternidade jurídica face ao dador de sémen⁴⁶?

O art.1801º do CC determina que *“Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”*. Isto significa que, não só se pode, agora, provar através dos meios científicos quem concebeu uma criança, como também se permite reconhecer validade aos métodos da PMA como forma de estabelecimento de vínculos filiais.

Quanto ao n.º 3 do art.1838º do mesmo Código, este estabelece que *“Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”*.

Não podemos analisar este n.º 3 do já referido art.1839º sem antes analisar o que diz o seu n.º 1. Este n.º 1 afirma que *“A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, pelo filho ou, nos termos do artigo 1841.º, pelo Ministério Público”*.

Mais ainda, quando procedemos à leitura do art.1839º n.º 3 do CC entendemos que, ao contrário do que acontecia com o art.1799º, admite-se que a inseminação artificial sirva para impugnar a paternidade presumida nos casos em que o pai jurídico, atribuindo-lhe este título as presunções legais existentes, sendo aqui o marido da mãe, não consentiu na inseminação da sua mulher.

⁴⁴ A regra geral no nosso ordenamento jurídico é a do biologismo e do império da verdade biológica no domínio da filiação. Este biologismo só é afastado no caso da adoção.

⁴⁵ Quanto à legitimidade para impugnar, entendemos que o art.1839º no seu n.º 3 quis dar enfoque e privilegiar o estatuto de pai, importando, agora, perceber quem poderá impugnar tal paternidade, quando esta foi estabelecida por existir consentimento do marido da mãe.

Da leitura dos números 1, 2 e 3 do art.1839º parece claro que todas as pessoas indicadas no n.º 1 poderiam impugnar a paternidade, desde que se verificasse a condição do n.º 2 do mesmo artigo. Depois do consentimento do marido da mãe, poderiam, ainda, impugnar tal paternidade a mãe, o filho, e até o dador de sémen, através do MP.

A meu ver, devemos, então, olhar para o n.º 3 do art.1839º do CC de uma forma mais restritiva, digamos, sendo entendido segundo a ideia de que, depois de dado o consentimento do cônjuge, não é atribuído a ninguém o poder de impugnar a paternidade, com base na inseminação artificial, sendo também esta impedida ao próprio cônjuge que dela consentiu.

⁴⁶ Da interpretação do n.º 3 do art.1839º parece-nos claro que se permita e se aceite a impugnação da perfilhação, bem como a impugnação da maternidade, se tais se revelarem falsas.

Se se revelar que o vínculo de filiação, legalmente, estabelecido não corresponde à verdade, baseando-se numa mentira, então, faz todo o sentido que este possa ser impugnado. Coisa diferente acontece com a inseminação artificial consentida. Neste caso, o vínculo que se pretende estabelecer é um vínculo baseado no consentimento

Importa ainda tratar o estabelecimento da maternidade, ainda na base da análise do plano civil em face da PMA.

O legislador, depois da reforma de 1977, optou por nada dizer quanto à possibilidade de doação de ovócitos. Tendo-o feito de forma intencional, parece-me lógico concluirmos pela existência de uma lacuna⁴⁷ nesta matéria e da desnecessidade de se interpretarem os artigos de forma a chegarmos a uma solução que nós queremos retirar da lei, em detrimento daquela que foi a verdadeira intenção do legislador.

O legislador não quis determinar o estabelecimento de uma nova forma de filiação, seguindo-se, neste caso, a regra geral da filiação natural, para determinar a filiação jurídica.

Porém, existem casos em que há uma separação e a mulher que doou o óvulo não é a mesma que a mulher a gerar a criança durante os nove meses. Neste caso, e concordando com a posição de Oliveira de Ascensão, cremos e creio pessoalmente que a mãe jurídica não será a mãe que “carrega” a criança, chamada de mãe hospedeira, mas sim a mãe que dá os genes, que dá origem genética à criança⁴⁸.

Parece-me, até em nome do critério biológico, que é um dos critérios basilares neste campo que se terá sempre de afastar a ideia de que a mãe da criança será a mãe uterina, pois não existem motivos para afastarmos a regra geral do nosso Direito em matéria de filiação. Isto significa que a mãe há-se ser a mulher que transmite o património genético, sendo este insubstituível.

do marido da mãe, mostrando-se este excecional no nosso ordenamento jurídico. Nesta situação não faz sentido que se admita impugnação da relação de filiação, já que esta não assenta numa mentira ou falsidade.

Estranho seria considerar-se que o filho concebido por recurso à inseminação artificial pudesse impugnar a paternidade legalmente atribuída e o filho adotivo não o pudesse fazer, uma vez que a base do vínculo filial é a mesma.

Segundo esta ideia e interpretando o n.º 3 do art.1839º do CC neste sentido, entendemos que o filho concebido fruto de uma inseminação artificial, tal como o filho adotivo, não pode impugnar a paternidade, uma vez que esta não assenta em nenhuma mentira.

⁴⁷ Como defende Antunes Varela.

⁴⁸ Da leitura dos artigos 1816º e 1796º, ambos do CC, estes artigos referenciam sempre o momento o facto do nascimento quando se referem ao parto. Quando existe, por parte do legislador, esta referência ao parto, visível pela sociedade, e já não aos genes, que são invisíveis para esta, percebe-se que este quis determinar que a mãe da criança seria a mãe que passou pelo parto da mesma. Isto porque o parto é uma ligação genética facilmente visível e demonstrável.

5- Breve referência às complicações e aos casos de responsabilidade médica na PMA

O tema da procriação medicamente assistida é um tema que se mostra bastante complexo, bem como tudo o que o envolve.

Existe, ainda, neste tema uma grande zona cinzenta e, como todas as zonas cinzentas, em todas as matérias e temas, permite que possa ser cometido erro médico.

Sendo o erro médico um defeito na prestação do serviço de saúde que venha a causar dano ao paciente. Este tem maior probabilidade de ser cometido quando o médico se encontra perante um tema ou matéria sobre a qual ainda não existe grande informação ou, até, existem várias e grandes dúvidas. Isto é o que acontece na procriação medicamente assistida.

A falta de informação que existe, ainda, no campo da procriação medicamente assistida e, até, no limite, as dúvidas que existem neste mesmo campo, levam a que, neste campo, aumentem, em muito, as hipóteses de existir erro médico.

Ainda assim, perante o estudo existente no campo da procriação medicamente assistida e, ainda que, com tal estudo, os erros médicos sejam cada vez menos frequentes, podem os mesmos, quando causados, levar a consequências graves e irreversíveis, quer para as pessoas beneficiárias, quer para as crianças que destas técnicas nascem, em princípio, filhos destes beneficiários⁴⁹.

Teremos sempre de ter em conta a possibilidade de existência do erro médico e da negligência, não só na PMA, mas em todos os domínios da medicina, bem como os possíveis mecanismos que dispomos para prevenir estas situações e que permitam dar a melhor reparação dos danos que, eventualmente, sejam causados.

⁴⁹ Ainda que o erro seja apenas causado no corpo da pessoa beneficiária da técnica de PMA, sendo progenitora da criança, este indiretamente será também afetada, ainda que o dano não seja causado no seu próprio corpo. O mesmo acontece se o dano for causado no corpo da própria criança, filho da beneficiária da técnica de PMA, será esta, também, ainda que de forma indireta afetada pelo dano, ainda que este não seja causado no seu próprio corpo. Concluindo, seja qual for o corpo afetado diretamente pelo dano que resultar do erro médico, quer a pessoa beneficiária, quer a criança que da aplicação da PMA resultar, serão afetadas pelo erro médico cometido, ainda que indiretamente.

Quando falamos nos danos que podem ser causados pelo erro médico ou pela negligência, falamos, regra geral, em danos graves.

Nestas situações de existência de danos graves, resultantes da existência de erro médico ou negligência, a solução mais apontada é a adoção de remédios que possam resolver e reparar os danos causados.

No campo da PMA, com a existência de erro médico ou negligência e, por consequência, da existência de danos causados por estes comportamentos, a solução mais eficaz e correta, não passa pela adoção de remédios, mas sim pela tomada do maior cuidado na adoção das medidas que serviram para prevenir estes casos.

Prova do *supra* descrito é, desde logo, o facto de no campo da PMA ser bastante frequente que se adote implementação rigorosa e a estipulação de protocolos específicos de segurança.

Ademais, além desta medida, que no meu entender se considera necessária e a mais adequada no campo em causa, mostra-se uma preocupação igualmente importante, não só nesta área como noutras, a adoção de mecanismos de preparação dos profissionais no que toca à prevenção e antecipação deste erro médico, sendo, paritariamente, essencial criar mecanismos que notifiquem estes profissionais de possíveis “incidências ocorridas, com finalidades profiláticas”^{50/ 51}.

Existem vários casos de erro ou negligência médica na PMA, podendo estes, como mais frequentes, ser divididos por categorias em: a) casos de property; b) casos de mix up, por vezes acompanhados da impossibilidade de conhecimento das origens genéticas; c) casos de access to treatment; d) casos de wrongful birth; e) erros de diagnóstico no rastreio pré-implantatório/ diagnóstico genético pré-implantatório; f) casos de consentimento informado

⁵².

⁵⁰ REIS, RAFAEL VALE, “Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp. 155.

⁵¹ Finalidades preventivas.

⁵² Os primeiros casos consistem nos casos em que a clínica já tem o material criopreservado dos beneficiários, mas acontece a destruição acidental deste material genético e os beneficiários, lesados aqui, veem-se impedidos de realizar o seu projeto parental, sofrendo assim os danos resultantes desta destruição.

CAPÍTULO II- A PMA POST-MORTEM

1- Técnicas de PMA Post-Mortem

Foi no dia 25 de março de 2021 que a Assembleia da República aprovou o Decreto que permite que uma mulher possa engravidar de um companheiro falecido.

Com a designação de Inseminação Post-Mortem, esta permissão, aprovada em reunião plenária, consiste no recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos⁵³.

Estes nascimentos post-mortem não são só conseguimos com a técnica da inseminação.

Dentro da Procriação Medicamente Assistida Post-Mortem encontram-se todas as técnicas de PMA, já faladas anteriormente, só que, neste caso, estas técnicas são utilizadas após a morte do companheiro da mulher que irá beneficiar da aplicação de uma dessas técnicas.

No segundo caso, estes casos são chamados também de casos de troca. São casos em que existe troca do material genético, podendo dar-se, em casos mais graves, o nascimento de crianças que geneticamente não se encontram ligadas aos beneficiários, não podendo, assim, ter conhecimento das suas origens genéticas.

Os casos previstos na alínea c) são os casos em que os beneficiários são impedidos, por parte da clínica, de aceder aos tratamentos de saúde, ainda que cumpram os requisitos legais necessários para destes poderem beneficiar.

Os casos de wrongful birth (nascimento errado) consistem nos casos em que o nascimento da criança sofre danos, resultado da aplicação das técnicas de PMA. Estes danos não se encontravam previstos e, por isso, esta situação também não se encontrava coberta pelo consentimento dado pelos beneficiários.

Quanto aos erros de diagnóstico no rastreio pré-implantatório/ diagnóstico genético pré-implantatório, estes configuram aqueles casos em que a criança que nasceu resultado da PMA tem uma doença grave, por exemplo, resultado da não deteção de um embrião aneuplóide ou da existência de uma doença genética no embrião, causando esta situação grandes e graves danos.

Os casos de consentimento informado (alínea f) são os casos em que o consentimento dos beneficiários foi prestado deficientemente, causando, esta obtenção do consentimento, danos aos beneficiários.

⁵³ Esta determinação da Assembleia da República levou, como consequência, à alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida).

No fundo, um casal tem o sonho de formar uma família, um sonho da realização de um projeto parental, no entanto, por infelicidade da vida, o companheiro, o progenitor da criança que iria ser gerada, falece e, perante tal adversidade, a progenitora, mãe da futura criança, beneficiária da aplicação das técnicas de PMA, vê-se sozinha, sem companheiro, ainda que com a mesma vontade de realizar o projeto parental sonhado por ambos.

Perante a criopreservação do material genético do companheiro falecido, a beneficiária, com o expreso consentimento do mesmo, dado antes de falecer, utiliza o sémen do mesmo e utiliza-o, aplicado uma das técnicas de PMA disponíveis, gerando um bebé, o seu filho.

É nisto que consiste a Procriação Medicamente Assistida Post-Mortem.

Todavia, a PMA Post-Mortem não consiste apenas e só na inseminação post-mortem supra referida.

A PMA Post-Mortem engloba também a técnica da fertilização in vitro post-mortem.

Estas são técnicas que se encontram tratadas, de forma clara, na Lei da PMA.

A inseminação post-mortem encontra-se disposta no artigo 22º deste diploma, determinando o referido artigo que *“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.”*⁵⁴

Por seu turno, a fertilização in vitro post-mortem encontra-se disposta no artigo 26º da Lei 32/2006 (Lei da PMA), dispondo o referido artigo que *“Se aquele que depositou o seu sémen ou ovócitos para fins de inseminação em benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação post mortem nos artigos 22.º e 23.º”*⁵⁵

⁵⁴ Retirado do texto do artigo 22º da Lei n.º 32/2006.

⁵⁵ Retirado do texto do artigo 26º da Lei n.º 32/2006.

Em palavras mais correntes, a inseminação post-mortem consiste numa técnica de PMA onde se introduz na cavidade uterina da mulher, ou seja, no útero da mulher (inseminação intrauterina), espermatozoides, previamente criopreservados, após a sua preparação laboratorial.

Já a fertilização in vitro post-mortem consiste também numa técnica de PMA onde o óvulo e espermatozoide, previamente criopreservado, fecundam em ambiente laboratorial, formando embriões que serão cultivados, selecionados e transferidos ao útero da mulher⁵⁶.

A inseminação artificial acarreta uma taxa de sucesso de 15% a 20%, já a fertilização in vitro (FIV), pela junção em laboratório do óvulo e do espermatozóide, formando um embrião e depois transportado para o útero da mulher, faz subir bastante as taxas de sucesso, passando estas para valores de 35% a 40% de probabilidades de êxito.

Ao tratar ambas as técnicas de PMA Post-Mortem, foi sempre muito utilizado o termo “criopreservados” ou até mesmo “criopreservação”.

Neste sentido, cumpre salientar, em matéria de nascimentos post-mortem⁵⁷, a importância da técnica médica, que se foi desenvolvendo ao longo dos anos, que é a técnica da criopreservação⁵⁸.

A criopreservação é uma técnica de congelamento de células e tecidos biológicos, como espermatozoides, óvulos, tecido ovariano e embriões, em uma temperatura de 196 graus negativos, com o objetivo de que possam ser utilizados posteriormente.

“A criopreservação possibilitou a doação de esperma, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides quando não cumpridos determinados parâmetros qualitativos e quantitativos, bem como a congelação de esperma quando a integridade

⁵⁶ Pode acontecer que seja a mulher a falecida e, em consequência, seja o pai a querer realizar o projeto parental. Neste caso, quando a mãe é falecida, o material genético passa pela fecundação in vitro, sendo implantado em um útero substituto.

⁵⁷ Ainda pouco comuns, mas cada vez mais comuns.

⁵⁸ A ideia da criopreservação surgiu no século XVIII, quando Lazzaro Spallanzani, em 1776 descobriu que os espermatozoides perdem motilidade com o frio. Quase um século depois, Monteggia propôs que os soldados que fossem para cenários de guerra congelassem o seu esperma, porém as técnicas de congelação revelaram-se pouco eficazes até meados do século XX. Apenas em 1953 dá-se a primeira gestação através da congelação do esperma com gelo seco. Cerca de uma década depois, a utilização de nitrogénio líquido na congelação de esperma revelava-se muito eficaz, tendo a eficácia aumentado com a introdução de crioprotetores.

futura deste se encontra ameaçada (por exemplo, tratamentos de quimioterapia ou radioterapia). ”⁵⁹.

A criopreservação é a técnica médica que serve da base à PMA Post-Mortem, uma vez que sem ela o material genético não podia ficar salvaguardado e em boas condições de utilização, pois muitos tratamentos médicos, no caso da cura de determinadas doenças, põe em risco os mesmos.

Sem a criopreservação não era possível realizar a inseminação e a fertilização in vitro, na medida em que estas técnicas só são possíveis e viáveis se existir material genético da pessoa falecida em boas condições e bom estado, permitindo que este material genético seja utilizado.

Só através da criopreservação é que é possível preservar o material genético, mantendo-o em boas condições, para, posteriormente, ser utilizado.

Portanto, quando estas duas técnicas se combinam, a criopreservação e o armazenamento, para a conceção da vida humana perante e após a morte de um dos progenitores, encontramos-nos perante a PMA Post-Mortem.

Então, que casos/situações concretas é que são consideradas PMA Post-Mortem?

A ESHRE (Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia), atualmente, estabelece três situações que são consideradas PMA Post-Mortem: 1) a fertilização e gestação que ocorrem antes da morte de um dos parceiros mas o nascimento do bebé é posterior à morte; 2) a fertilização e gestação que ocorrem após a morte do parceiro; 3) a fertilização e criopreservação de embriões que ocorrem antes da morte de um dos parceiros.

⁵⁹ FERREIRA, ANA MARGARIDA, “*Procriação Medicamente Assistida Post Mortem: aspetos médicos, legais e éticos*”, Dissertação de Mestrado, Porto, 2022, Universidade do Porto, pp.18.

2- Admissibilidade da PMA Post-Mortem

Apesar de em Portugal, a partir de 2021, como já referido, a lei permitir à mulher engravidar de um companheiro falecido (PMA Post-Mortem), este processo obriga a beneficiária a cumprir um conjunto de requisitos.

Estes requisitos encontram-se plasmados nos n.ºs 2 e seguintes do artigo 22º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, aplicando-se o disposto neles, não só aos casos de inseminação post-mortem, mas também aos casos de fertilização *in vitro* post-mortem, aplicando-se nesta matéria com as necessárias adaptações, segundo o disposto no artigo 26º *in fine* da *supra* referida lei.

O primeiro requisito e a meu ver o mais importante em matéria de PMA Post-Mortem é a existência de um projeto parental expressamente consentido.

É necessário que o sêmen recolhido e que se destine à inseminação da mulher que era casada ou unida de facto do falecido, bem como é também necessário e exigível que o progenitor tenha falecido durante o período de conservação do sêmen. Ou seja, no fundo, é necessário que, ao lado da necessidade do material criopreservado ser inseminado na mulher que era casada ou unida de facto do falecido, este tenha falecido após a criopreservação (artigo 22º, n.º 2 da Lei da PMA).

Porém, mesmo que exista material do falecido criopreservado, neste caso, recolha de sêmen, mas não tenha existido autorização expressa do mesmo para utilizarem o seu material que se encontra guardado, o processo não poderá avançar e o material recolhido será destruído pelo laboratório onde se encontrar (artigo 22º, n.º 3 da mesma Lei).

É imprescindível, mesmo com material genético do falecido devidamente recolhido e criopreservado, que exista o consentimento por escrito ou em vídeo do falecido para a utilização do seu material genético.

Este consentimento, após ter sido prestado, deve, ainda, ser comunicado ao CNPMA, de forma a esta entidade decidir, num prazo nunca inferior a seis meses, se o mesmo é conforme, permitindo à beneficiária utilizar o material genético do seu companheiro falecido (artigo 22º, n.º 4 da Lei da PMA).

A decisão de utilizar ou não utilizar o material genético criopreservado e recolhido pelo falecido impõe ainda que sejam tidos em conta muitos outros fatores, além da prestação devida do consentimento do falecido, tanto mais que, dispõe de outras consequências.

Ainda que exista consentimento para a inseminação post-mortem, a herança do progenitor mantém-se jacente⁶⁰ durante três anos após a sua morte. Esse prazo pode ainda ser prorrogado até ao nascimento da criança, caso ainda se encontrem pendentes quaisquer procedimentos da desejada inseminação.

Por outro lado, quem realizar procedimentos da mesma espécie que a PMAPM sem consentimento do dador, prejudicando, assim, possíveis interesses patrimoniais de terceiros, nomeadamente, direitos sucessórios, vê-se obrigado por lei a indemnizar estes terceiros. Estipula ainda a lei que quem tiver a intenção de obter ganho, ou causar prejuízo, participando em ato de inseminação ou transferência de embrião, sem consentimento, sujeita-se a pena de prisão até 2 anos ou multa de 240 dias.

⁶⁰ A herança jacente consiste na herança que já é conhecida, mas ainda não pode ser distribuída.

3- Caso Ângela e Hugo

A temática tratada no ponto anterior constitui, sem dúvida, um importante e determinante ponto de partida para o caso (exemplo) que irei tratar de seguida.

Imediatamente acima tratamos do que era necessário e essencial para que se admita a existência da Procriação Medicamente Assistida Post-Mortem, ou seja, para que, no fundo, se possa aplicar numa beneficiária uma técnica de PMA após a morte do seu companheiro.

Afirmou-se a necessidade de se verificarem um conjunto de requisitos para que esta admissibilidade possa existir. No entanto, destacamos, com a relevância necessária, a necessidade de existir a prestação de consentimento (escrito ou por vídeo) do companheiro falecido relativamente à possibilidade de utilização do seu material genético.

É deste ponto, da prestação de consentimento do companheiro falecido para que se possa utilizar o seu material genético, devidamente e previamente criopreservado, que se irá desenvolver o estudo do caso português: Ângela e Hugo.

O caso Ângela e Hugo, para além de ter sido o primeiro caso em Portugal onde, verdadeiramente, se discutiu e se recorreu à PMA Post-Mortem, foi um enigmático e impactante caso, que teve o poder de colocar em debate um assunto tão polémico e pouco falado, até à data, bem como teve o poder de mobilizar milhares de pessoas em função de uma causa: a Procriação Medicamente Assistida Post-Mortem.

Foi através de uma mini série, com teor documental, exibida no canal de televisão portuguesa TVI, em 2020, com o nome de “Amor sem fim”⁶¹, que Ângela, uma mulher de

⁶¹ Uma minissérie documental de quatro episódios da autoria do jornalista Emanuel Monteiro. Nas palavras do jornalista, quando começaram a perceber, com a investigação, o que é que a lei permite e o que não permite, descobriram que existia aqui um ponto discriminatório, de injustiça social.

Começaram a querer perceber o porque disto acontecer. Se era a lei que estava mal formulada, se seria legislador que entendeu desta forma e pretendeu discriminar as mulheres, e se, então se o entendeu, se deveria ter discriminado e continua a discriminar as mulheres.

A motivação foi sem a discriminação e a falta de coerência da lei.

Uma vez que o marido de Ângela, Hugo, tinha feito a criopreservação de sémen, que tinha consentido que ela utilizasse este material para engravidar, que o Hospital de São João, por sua vez, negava este pedido e que o marido teria dito que ela poderia levantar o sémen para fazer a fecundação in vitro em qualquer outro sítio do

32 anos, contou a sua linda história de amor e mostrou a sua indignação e revolta por não conseguir engravidar do marido falecido, sendo impedida, por lei, de realizar o sonho, de ambos, de ter um filho.

Ângela e Hugo conheceram-se e apaixonaram-se, tendo vivido uma bonita e forte história de amor.

Acontece que, Hugo acaba por falecer, em 2019, vítima de cancro.

Ambos viveram intensamente um grande amor que os uniu ao ponto de casarem num quarto de hospital.

Porque, desde cedo, partilhavam o sonho de serem pais, Hugo, ainda em vida, procedeu à recolha e à preservação do seu sémen⁶², de forma a preservar a futura fertilidade, uma vez que o casal já se encontrava em processo de fertilização nessa época.

mundo onde fosse legal e que, dada a impossibilidade portuguesa, ela já teria tentado levar o sémen e que o Hospital de São João não teria permitido.

A questão sempre foi o porquê de não permitirem à Ângela utilizar o material genético, criopreservado do marido, tendo ela o consentimento dele para tal, de forma a realizar um sonho que era dos dois, o de serem pais e gerarem um filho, encontrando-se a mesma impedida e num impasse por causa da formulação da lei.

Quando a petição entra na Assembleia da República, segundo Emanuel Monteiro, o legislador entende que sim, que estamos perante um caso sério, pois são mais 100.000 assinaturas (pessoas) que pedem pela alteração da lei e que se permita que esta mulher concretize o seu desejo de parentalidade com o marido falecido. Também os partidos se começam a mobilizar, no sentido de cada um apresentar o seu projeto de lei também para alterar a Lei da PMA.

No entanto, não parou por ali, numa nova etapa se entra quando se percebe que ainda é necessário que a entidade reguladora definisse as regras para que as mulheres pudessem fazer a inseminação pós-morte, e só depois, quando a entidade reguladora definisse as regras, percebeu-se que essas mesmas regras ainda são regras que discriminam as mulheres. Portanto, mais uma questão para debater, porque continuava a haver discriminação e uma interpretação da lei que era discriminadora.

A discriminação aceitava no facto de uma mulher com o fim de realizar uma gravidez sozinha, recorrendo a um banco de esperma, mas a Ângela, poderia ir também ela a um banco de esperma, mas não podia utilizar o esperma do seu marido, quando ele o consentiu que o fizesse.

Tanto mais, que casais que já estivessem a meio do processo, portanto, se já houvesse embriões criopreservados, e se o homem morresse depois dos embriões criopreservados e já houvesse consentimentos informados dos embriões, já permitia a lei que estes embriões fossem depois transferidos para a mulher mesmo após a morte dele, podendo esta engravidar e realizar o projeto parental, ainda que sozinha.

Na prática tínhamos a mesma situação, o bebé iria nascer, igualmente, sem pai, porque este já teria morrido durante o processo de reprodução medicamente assistida.

Segundo o jornalista, perceberam que na lei havia muitas questões complexas, questões muito ideológicas, infiltradas na nossa Lei da PMA.

⁶² Nas palavras de Ângela “*O Hugo (marido) fez a preservação do sémen antes dos tratamentos porque queria ser pai. Não autorizou a doação para o banco público, fez a preservação apenas para uso pessoal*”.

Ambos chegaram mesmo a dirigir-se a uma primeira consulta no Hospital de São João, mas o projeto foi interrompido com a morte de Hugo, em março de 2019. No entanto, o desejo de ter um filho ficou escrito no papel.

Mesmo após a morte do seu companheiro, Ângela manteve o desejo de realizar um projeto parental e ter um filho do seu marido.

Após várias tentativas no sentido de utilizar o material genético, criopreservado, do marido, junto do Hospital São João, no Porto, com o objetivo de tentar uma inseminação para poder engravidar, Ângela, numa luta contra o tempo, expôs a sua história e levou o parlamento a discutir a inseminação pós-morte, sem na expectativa de um desfecho positivo para a sua luta.

Ângela encontrava-se inconformada, uma vez que o seu marido, Hugo, tinha deixado escrito que prestava o seu consentimento para que ela, futuramente, utilizasse o seu material genético de forma a realizar o sonho de ambos de serem pais.

Esta mulher poderia, no fundo, recorrer a material genético de dador desconhecido, que podia estar vivo ou morto, porque se, por um lado, não existe qualquer mecanismo de controlo para aferir da sobrevivência daquela pessoa, por outro lado todos os dados referentes a dadores são confidenciais⁶³.

Apresentado o decreto que permitia mudar esta situação legislativa, Marcelo Rebelo de Sousa chegou a vetar o decreto apresentado sobre a inseminação pós-morte por considerar que o mesmo suscitava dúvidas no plano do direito sucessório e questionando a sua aplicação retroativa.

Apesar de desiludida com o sucedido, Ângela não desistiu e reuniu 20 mil assinaturas numa Iniciativa Legislativa de Cidadão⁶⁴, que levou ao projeto que acabou por consagrar a inseminação post-mortem na Lei da Procriação Medicamente Assistida.

⁶³ Sendo esta medida, nas palavras de Ângela “esta medida contraditória e desajustada”.

⁶⁴ O documento *"Inseminação Artificial / PMA Post Mortem"* refere que, tendo havido alterações à Lei nº 32/2006 recentemente, "afigura-se de extrema crueldade e discriminação que uma mulher que inicie um processo de PMA [Procriação Medicamente Assistida], durante a doença do seu marido ou companheiro, tendo criopreservado o seu sêmen e com consentimento prévio assinado, não possa dar continuidade ao desejo do casal e a um projeto de vida ponderado cuidadosamente e conjuntamente".

de espermatozoides, o que significa que estas mulheres deixaram de ter restrições nas técnicas a aplicar, podendo tentar engravidar com taxas de sucesso muito mais elevadas.

É após esta disponibilização e, no limite, alteração da interpretação da lei, que Ângela é sujeita à aplicação de uma nova técnica de PMA, uma técnica com uma taxa de sucesso mais elevada, a técnica de fertilização in vitro (FIV).

A 05 de Dezembro de 2022 procede à transferência dos embriões e é em 18 de Dezembro do mesmo ano que Ângela realiza um teste de gravidez e, finalmente, o resultado é positivo, indicando que a mesma se encontra grávida de 2-3 semanas.

Após dois tratamentos falhados, Ângela Ferreira conseguiu engravidar através de uma fecundação in vitro pós-morte.

Hugo Guilherme Castro Ferreira acaba por nascer em 16 de agosto, às 11:09 horas, no centro Materno-Infantil do Norte, no Porto.

É a primeira criança concebida em Portugal ao abrigo da lei que regulamenta a inseminação pós-morte.

4- Tendencial Proibição da PMA Post-Mortem

Já referi, por inúmeras vezes, que no campo da Procriação Medicamente Assistida sempre existiram vários e complexos problemas.

Porém, a eventual admissibilidade da aplicação das técnicas de PMA no plano post-mortem⁶⁸ sempre foi um desses pontos problemáticos⁶⁹.

A discussão passou sempre pela problemática de saber como qualificar o esperma depositado. Isto significa que, quanto ao material genético depositado pelo falecido, ele pode admitir dois tipos de qualificação: a) uma simples secreção⁷⁰, ou b) uma parte do corpo humano.

Para efeitos de jurisprudência, conclui-se que “(...) o marido ao depositar o seu esperma no banco e ao requerer o seu congelamento, constituía a vontade formal de dar à mulher a possibilidade de esta poder vir a conceber uma criança comum. Comportaria por isso para o CECOS a obrigação, não só de conservação, mas igualmente a de restituição ao dador ou a entrega a quem o esperma era destinado”⁷¹.

A meu ver e seguindo, na íntegra a posição assumida pelo Tribunal, o esperma depositado deve ser qualificado como uma simples secreção, que é disponibilizada pelo falecido, permitindo que, posteriormente, a sua mulher o utilize para conceber uma criança comum.

Ao proceder à recolha e, conseqüente, congelamento, este, ainda que implicitamente, dispõe e mostra a sua vontade em permitir que a mulher use o esperma por si depositado para realizarem um projeto parental.

Até porque, se o falecido não quisesse e consentisse que o seu material genético fosse utilizado, eventualmente, não o teria recolhido e congelado, uma vez que, tinha mais

⁶⁸ Inseminação post-mortem, fecundação in vitro post-mortem, e a transferência de embriões post-mortem.

⁶⁹ Caso *Parpalaix* (França - 1984) e caso *Blood* (Bélgica - 1995).

⁷⁰ O contrato celebrado entre o depositário com o CECOS seria um contrato de depósito.

⁷¹ SILVA, PAULA MARTINHO, MARTA COSTA, “*A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)*”, Coimbra, 2011, Coimbra Editora, pp. 30 e 32 / REIS, RAFAEL VALE, “*Procriação Medicamente Assistida: Geração de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra, 2022, Gestlegal pp.166.

que presente, que procedendo desta forma, iria abrir caminho a poder ser o seu sémen utilizado.

Apesar do exposto, já desde cedo, que a regra foi a da proibição da inseminação post-mortem⁷².

São poucos os países que, ainda hoje, apresentam alguma abertura nesta matéria.

Mesmo Portugal, antes da publicação da Lei da PMA, admitia a PMA post-mortem⁷³, apenas nos casos em que o marido ou o homem com quem a mulher a inseminar vivesse em união de facto consentisse na inseminação ou fecundação e estas tivessem lugar nos três meses seguintes ao falecimento.

Desde o início que a própria Lei da PMA proibia a aplicação das técnicas de inseminação e fertilização post-mortem⁷⁴, admitindo-se, todavia, “*a transferência post mortem de embrião, para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*”⁷⁵.

Se, eventualmente, esta proibição fosse violada e daqui nascesse uma criança, esta seria considerada filha do falecido, exceto se, há data da inseminação, a mulher tivesse contraído casamento ou se vivesse há mais de dois anos em união de facto com um homem que tivesse dado o consentimento para aquele ato.

Nesta situação aplicar-se-ia o previsto no artigo 1839º do Código Civil, mais precisamente, no seu n.º 3, dispondo que “*Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.*”⁷⁶, não lhe sendo permitido impugnar a paternidade.

“*O sémen que, com fundamento 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*

⁷² Em 1989, o Comité ad hoc de peritos em ciências biomédicas (CAHBI) do Conselho da Europa, consagrava esta proibição como um dos princípios fundamentais da regulamentação das técnicas.

Também em 1993, o CNECV, no seu parecer 3/CNE/93, excluiu a inseminação post mortem.

Na Alemanha, em 1990, se proibiu também a fertilização post mortem.

Na França também se encontra proibida a inseminação post mortem.

⁷³ Decreto n.º 415/VII, de 1999, vetado pelo PR, em Julho do mesmo ano.

⁷⁴ Artigos 22º e 26º da Lei da PMA, antes das alterações introduzidas à mesma.

⁷⁵ Artigo 22º, n.º 3.

⁷⁶ Retirado do texto do artigo 1839º, n.º 3 do Código Civil.

destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen". Este é o disposto no n.º 2 do artigo 22º da Lei da PMA.

Apenas da leitura e verificação dos n.ºs 1 e 2⁷⁷ do artigo 23º da já citada Lei, verificamos que “*o regime da PMA post mortem sempre apresentou uma congruência de difícil expressão*”⁷⁸, nas palavras sábias e corretíssimas de Rafael Vale e Reis.

Esta complexidade e congruência de difícil expressão e até de difícil entendimento, explica-se pelo simples facto de a Lei permitir que seja prestado um consentimento válido para um ato ilícito. Ou seja, o homem, na qualidade de novo marido da mulher, poderia dar consentimento para a mulher se inseminar com material genético de um homem falecido, resultando daqui o nascimento de uma criança, que iria ser considerada e tida como filha do homem que consentiu e, não do que cedeu o seu material genético para a inseminação da mulher beneficiária, estabelecendo-se, assim, um vínculo de paternidade.

Uma vez que o regime proíbe a inseminação da mulher com sémen de homem falecido, constituindo assim, tal ato, um ato ilícito, podia existir consentimento, válido, para que o mesmo se realizasse.

Chegados aqui, importa agora perceber qual foi a intenção do legislador quando legislou da forma *supra* exposta.

Será que a intenção do legislador foi tornar lícita a inseminação da beneficiária com sémen do falecido, havendo o consentimento do seu novo marido?

Será que a intenção do legislador passou, por seu turno, por admitir que a ilicitude de inseminação ilegal seja convalidada pelo consentimento desse novo marido?

Parece-me que a primeira hipótese é completamente descabida, subscrevendo na íntegra as palavras de Rafael Vale e Reis quando diz que “*Este resultado não pode deixar*

⁷⁷ No n.º 1 a lei admite que se a proibição prevista nesta mesma lei for alvo de violação e desta violação resultar o nascimento de uma criança, ela é tida como filha do falecido.

O n.º 2, por sua vez, admite uma solução diferente nos casos em que a mulher tenha contraído casamento ou viva há mais de 2 anos em união de facto com outro homem, há data da inseminação (com material genético do falecido marido) de que será alvo, tendo o mesmo prestado o seu consentimento para o este ato.

⁷⁸ REIS, RAFAEL VALE, “*Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp. 169.

de constituir uma verdadeira usurpação de material biológico criopreservado, pelo que o legislador deveria ter tido aqui maiores cautelas”⁷⁹.

Permitir que, mesmo contra a vontade do dador do material genético, um outro homem, novo marido da mulher beneficiária dê o seu consentimento para que se utilize o material genético do falecido, como se esse material fosse seu, permitindo assim criar um vínculo de parentalidade com uma criança que resultará da inseminação de material genético que também não é seu.

Esta possibilidade acaba por ser violadora dos direitos de personalidade do marido falecido.

Esta primeira solução mostra-se, no limite, desrespeitadora e mesmo egoísta, na medida em que, segundo a minha visão, um homem procede a um conjunto de comportamentos necessários para que o seu material genético seja recolhido e devidamente guardado, mantendo-o em boas condições, para depois ser possível que um outro homem, completamente terceiro em relação à situação, venha, agindo como se material genético seu se tratasse, no fundo, autorizar que se utilize esse material genético, que é de outra pessoa, para inseminar na mulher beneficiária, por sinal sua mulher, e ter um filho, realizar um projeto parental, à custa do trabalho, esforço e dedicação de outro.

É de facto, até, uma boa solução se a analisarmos do ponto de vista da economia da medicina, não permitindo que se destruía material genético que, no futuro, poderia ser utilizado, porém, não nestas circunstâncias, na minha visão.

Já quanto à segunda hipótese, também não me parece uma solução melhor. Na medida em que, se estamos perante um comportamento que é qualificado por lei como ilegal, não vamos, nem podemos, agora em contrária daquilo que é a disposição legal, permitir que um terceiro, novo marido da mulher beneficiária, porque deu o seu consentimento, validamente prestado, para a realização do ato, tornar o mesmo legal aos olhos da lei.

No fundo, não me parece de bom tom tentar combater a ilegalidade de um ato com a validade de outro.

⁷⁹ REIS, RAFAEL VALE, *“Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp. 170.

E mesmo que isto acontecesse e fosse permitido pelo próprio legislador, mostrando ser a sua vontade, outras questões se colocariam relativamente à prestação deste consentimento⁸⁰.

Aliás, além de violadora dos direitos de personalidade do falecido, como *supra* já referido, esta solução é ainda caracterizada por um desequilíbrio imenso, quando o legislador proíbe que a mulher beneficiária possa, após a morte do marido, inseminar o seu material genético, realizando, assim, um projeto parental que era desejo de ambos, não se permitindo estabelecer um vínculo de parentalidade com o falecido. Todavia, facilmente ultrapassa esta questão quando permite o estabelecimento da paternidade, complemento contra biológico, com base num consentimento que não mostra qualquer segurança.

O que verdadeiramente deveria ter sido consagrado, ao contrário do que se consagrou, era um estabelecimento do vínculo da paternidade em relação ao falecido, ao dador do material genético, quando se tenha utilizado o seu material genético⁸¹.

Por fim, cumpre-me referir que por tudo o que expus ao longo do ponto *supra*, o legislador andou muito bem quando em 2021 consagra a inseminação post-mortem, permitindo o estabelecimento da paternidade em relação ao falecido, cumprindo o já tão falado critério biologista, não havendo, parece-me, questões éticas e mesmo legislativas que não sejam ultrapassadas e solucionadas quando estamos perante casos em que o que mais importa é a vida que será gerada fruto do amor.

⁸⁰ Entre as quais: Tendo sido prestado um consentimento para ato ilícito, onde e como o mesmo foi prestado? Junto de que entidade? Esse consentimento pode considerar-se tendo sido prestado antes da aplicação da técnica, indicando uma situação de dolo? Ou apenas pode ser considerado nos casos em que tenha havido mera negligência?

⁸¹ Em nome do critério biologista que determina que a filiação resulta do facto biológico da responsabilidade dos progenitores na concepção.

CAPÍTULO III- Soluções Legais Portuguesas em Matéria de PMA Post-Mortem e Problemas Inerentes

1- Análise da Lei da PMA e alterações à lei em matéria da PMA Post-Mortem

A PMA encontra-se devida e respetivamente regulada na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. Este é a tão falada Lei da PMA.

É uma lei que se encontra devida e respetivamente estruturada contendo oito capítulos.

No primeiro capítulo são tratadas todas as disposições gerais, nomeadamente: o objeto, o âmbito, a dignidade e a não discriminação, as condições de admissibilidade, centros autorizados e pessoas qualificadas, beneficiários, finalidades proibidas, maternidade de substituição, investigação com recurso a embriões, bem como a doação de espermatozoides, ovócitos e embriões⁸².

No segundo capítulo é tratada a utilizadas das técnicas de PMA e, neste sentido, enquadram-se as matérias em termos de decisão médica e objetivação de consciência, direitos e deveres dos beneficiários, consentimento, confidencialidade, registo e conservação de dados, encargos e compra ou venda de todo o tipo de material genético⁸³.

O terceiro capítulo trata de uma das técnicas da PMA, a inseminação artificial, passando, desde 2021, a conceder o regime e as condições necessárias para a verificação de uma inseminação post-mortem. Assim, são constituintes deste capítulo artigos que tratam das seguintes matérias: inseminação com sémen de dador, determinação da parentalidade, exclusão da paternidade do dador, inseminação post-mortem e a parentalidade⁸⁴.

⁸² Artigos 1º a 10º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸³ Artigos 11º a 18º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸⁴ Artigos 19º a 23º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

O quarto capítulo trata, à semelhança do capítulo anterior, de outra técnica da PMA, a fertilização *in vitro*. É neste capítulo regulado o princípio geral desta técnica de PMA, bem como o destino a dar aos embriões e os tipos de fertilização *in vitro* (post-mortem e com gâmetas de dador)⁸⁵.

O quinto capítulo, composto apenas por 2 normas, trata de uma outra técnica de PMA, o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI), abrangendo estas normas a definição desta técnica e o rastreio de aneuploidias e as suas aplicações⁸⁶.

O sexto capítulo trata dos assuntos relativos à entidade reguladora nesta matéria, ou seja, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), explorando em que é que o mesmo consiste, na composição, mandato e funcionamento do mesmo, bem como o direito que todas as entidades têm de colaborar com esta entidade⁸⁷.

O sétimo capítulo trata das sanções que resultam da violação das disposições *supra* mencionadas, encontrando-se constituído por 3 secções que, respetivamente, tratam da responsabilidade criminal, do ilícito contraordenacional e das sanções acessórias que poderão advir, bem como do direito subsidiário aplicável⁸⁸.

Por último, o oitavo e último capítulo acrescenta as disposições finais, mencionando as restantes técnicas de PMA existentes, mas menos utilizadas, e a regulamentação da presente lei⁸⁹.

Depreendo que, da análise a nível de estruturação acima feita da Lei da PMA, estamos perante uma legislação muito bem conseguida. É uma lei devidamente organizada, tratando de todas as matérias que me parecem necessárias e relevantes, fazendo-o o legislador de forma breve e sintetizada, relevando o que é estritamente necessário e que, desde logo, será em maior quantidade em comparação com uma qualquer outra lei geral, uma vez que estamos num campo bastante complexo e que comporta muitas especificidades.

⁸⁵ Artigos 24º a 27º Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸⁶ Artigos 28º e 29º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸⁷ Artigos 30º a 33º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸⁸ Artigos 34º ao 46º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸⁹ Artigos 47º e 48º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

A análise *supra* descrita foi feita partindo da Lei n.º 32/2006, como se encontra hoje, tendo sido alvo de algumas alterações legislativas quer em 2016, quer em 2021, como já sabemos.

Neste sentido, iremos de seguida analisar as várias alterações de que foi alvo o regime da PMA, cumprindo-me, antes de mais, referir que o regime que se encontrava vertido na versão originária da Lei da Procriação Medicamente Assistida foi um regime sob o qual não se levantaram problemas até ao ano de 2016.

Em 2016 com as alterações feitas na Lei da PMA, mais concretamente, quanto à abertura do recurso às técnicas de PMA às mulheres que, isoladamente, fora do contexto de casamento ou união de facto, sozinhas, queiram realizar um projeto monoparental, começaram-se a levantar os primeiros problemas, baseados em incongruências, quanto à referida lei.

Permite-se, a partir 2016, que uma mulher, isoladamente, por si só, possa beneficiar da PMA recorrendo a gâmetas de um dador anónimo.

Constitui um contrassenso permitir o *supra* descrito e não permitir, por sua vez, que uma mulher possa beneficiar e utilizar os gâmetas masculinos do marido falecido, que foram previamente criopreservados, mesmo que exista consentimento e vontade expressamente declarada do falecido em realizar este projeto parental.

Este foi um assunto muito debatido e que criou forma em Portugal com o tão importante e debatido caso Ângela e Hugo⁹⁰.

Tendo como ponto de partida o *supra* referido caso, a maior indignação de Ângela era exatamente a que acima descrevemos. Tendo o Hugo, seu marido falecido, dado expressamente o consentimento para que a sua mulher, futuramente, utilizasse o seu material genético, criopreservado, não percebia esta o porquê, defendendo pela discriminação e desconformidade da formulação da Lei da PMA, pois uma mulher, em condições ainda mais frágeis que ela, poderia, isoladamente, recorrer à aplicação das técnicas de PMA, recorrendo a gâmetas de um dador anónimo, não tendo possibilidade a criança que deste recurso vier a

⁹⁰ Cap. II § 3 da presente dissertação.

nascer de ter, sequer, uma linha parental paterna, o que não aconteceria no caso da Ângela e do Hugo.

Depois de muito debatido e discutido publicamente o caso Ângela e Hugo e depois de até ter dado entrada na Assembleia da República uma Iniciativa Legislativa de Cidadãos, mobilizando-se também a maioria dos Partidos Políticos no sentido de apresentarem Projetos de Lei para alteração da Lei da PMA, rapidamente se percebeu que poucas ou nenhuma desvantagens traria proceder a uma alteração legislativa que permitisse, após a verificação de determinados requisitos, a PMA post-mortem.

Tanto mais que, o ponto mais frágil que constituía esta possível alteração era a aplicação retroatividade da mesma⁹¹, o que também foi, rapidamente, ultrapassado, uma vez que tal não comportaria qualquer gravidade para o sistema legislativo.

É certo que *“a aplicação retroativa das alterações relativas poderia significar a abolição completa dessa boa regra, permitindo-se, em tese, a inseminação post mortem vários anos após o falecimento do membro do casal beneficiário de quem foi recolhido o material biológico que vai ser utilizado”*⁹².

Foi exatamente por este motivo que se apontou também como problemático o tempo (máximo) que se iria estabelecer para a utilização deste material genético criopreservado, tendo acabado por ser resolvido e se encontrar ultrapassado em vista de uma solução intermédia (tratado mais à frente).

Também no contexto do consentimento prestado pelo falecido para que se possa recorrer à PMA post-mortem, a retroatividade das alterações legislativas feitas no campo da PMA poderia trazer à tona o problema de nunca se poder considerar o consentimento previa e devidamente prestado neste âmbito, pois este consentimento não poderá valer com um novo enquadramento legal da PMA post-mortem, tanto mais que, menos poderá valer se este enquadramento se fizer acompanhar de um regime sucessório inovador.

⁹¹ Tendo esta razão fundamentado um veto do PR.

⁹² REIS, RAFAEL VALE, *“Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp. 173.

De acordo me encontro com a posição assumida por Rafael Vale e Reis quando afirma que não seria descabido que, para estes casos, se pudesse prever a intervenção casuística do tribunal ou do CNPMA com vista à autorização da técnica⁹³.

Durante o debate desta matéria da PMA post-mortem foram vários os pareceres negativos e várias as posições e, conseqüente, opiniões dadas neste âmbito, não fosse este um dos temas mais polémicos da atualidade.

Aquando da apresentação da proposta para alteração legislativa em matéria de PMA post-mortem que surgiu resultado da Iniciativa de Cidadãos iniciada e incentivada pelo caso Ângela e Hugo, o CNECV em análise de algumas das Propostas Legislativas apresentadas por alguns partidos teceu o seu parecer negativo em relação ao redigido nestas propostas⁹⁴.

No seu Parecer 112/CNECV/2020⁹⁵, o CNECV teceu o seu entendimento desfavorável, negando aceitação ao argumento que põe em comparação uma mulher que recorre às técnicas de PMA post-mortem e uma mulher que, isoladamente, recorre ao acesso à PMA⁹⁶.

No mesmo sentido, nega também aceitação à comparação feita entre gâmetas e embriões.

Porém, não só de vozes que se afirmaram no sentido desfavorável às alterações da PMA post-mortem foi feito o parecer do CNECV. No mesmo parecer, André Dias Pereira que votou a favor das já referidas alterações, em concordância e sensibilidade à comparação da mulher que recorre à PMA post-mortem e a mulher que, isoladamente, recorre à PMA, afirmou e demonstrou a maior vantagem existente entre estes dois casos: o acompanhamento por duas linhas familiares (paterna e materna), da criança que irá nascer fruto da PMA post-mortem, ainda que a criança nasça sem pai⁹⁷.

⁹³ REIS, RAFAEL VALE, *“Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp. 173.

⁹⁴ Com base na análise do Projeto de Lei apresentado pelo PS (223/XIV/1) e do Bloco de Esquerda (237/XIV/1).

⁹⁵ Disponível em www.cnecv.pt

⁹⁶ *“O alargamento do acesso às técnicas traz consigo um empobrecimento da matriz cultural da família e a desvalorização do impacto que tem sobre o desenvolvimento da criança”* - Parecer 112/CNECV/2020, pp. 7.

⁹⁷ Segundo André Dias Pereira *“mantendo-se o paradigma, em vigor desde 2016, que tem por adequada a procriação por parte de uma mulher, não vejo como justificada e proporcional a proibição da inseminação post-mortem, pois “nesta forma de acesso à procriação por parte de uma mulher (sem parceiro(a)), garante-*

A par do CNECV também o CNPMA não concordou com algumas disposições previstas em alguns projetos de lei apresentados pelos partidos e em análise dos mesmos⁹⁸.

É, então, no ano de 2021 que se acaba por legislar em sentido favorável no campo da PMA post-mortem, passando agora para a análise, pormenorizada, do regime que foi introduzido pela Lei 72/2021, de 12 de Novembro⁹⁹.

A já citada Lei 72/2021 foi a Lei que foi publicada, após a aprovação do Decreto n.º 128/XIV, vem adicionar novos artigos à Lei da PMA já existe, bem como alterar a formulação dos artigos que previam a matéria da PMA post-mortem, nomeadamente, os artigos 22º e 23º, e não só. Esta lei vem também alterar a própria formulação do Código Civil no disposto nos artigos 2033º e 2046º¹⁰⁰.

Com a Lei 72/2021 os *supra* referidos artigos do Código Civil passam a ter a seguinte redação: “Artigo 2033.º [...] 1 — *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.* 2 — [...]; Artigo 2046.º [...] 1 — *(Atual corpo do artigo.) 2 — Existindo consentimento para a possibilidade de inseminação post mortem, nos termos da lei, a herança do progenitor falecido mantém -se jacente durante o prazo de três anos após*

se, pelo menos, que a criança nasce com duas linhas familiares, tendo o benefício de poder (provavelmente) contar com os avós, tios, primos e irmãos” (Disponível em www.cneqv.pt).

⁹⁸ Considerou ser “*conveniente a criação de duas disposições autónomas na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, uma relativa à transferência post mortem de embrião e outra à post mortem de espermatozoides criopreservados para a realização de inseminação artificial*”. Mais acrescenta que “*deve ser legalmente estabelecido quer um prazo mínimo, quer um prazo máximo, de reflexão para efeitos de utilização post mortem dos embriões ou espermatozoides*”. – Parecer sobre os Projetos, páginas 3 e 4.

Quanto à angústia do CNPMA relativamente à necessidade de estabelecer prazos, máximo e mínimo, para utilização da PMA post mortem funda-se em dois fulcrais motivos: a) concluir a sucessão aberta por morte do falecido⁹⁸, e b) assegurar uma decisão consciente da beneficiária.

O primeiro motivo funda-se na necessidade de se assegurar um período de reflexão da mulher viúva. O cerne desta questão será sempre a necessidade que existe em estabelecer um prazo mínimo de forma a que a mulher possa tomar a sua decisão conscientemente e não envolta num sentimento de pura tristeza e desespero, que veja na PMA post mortem e, conseqüentemente, na possibilidade de ter uma criança da pessoa que perdeu, um escape para, no fundo, cobrir a dor que está a sentir e preencher o vazio que com a morte desta pessoa advenha.

Já o segundo motivo funda-se na necessidade de se estabelecer um prazo que permita concluir a sucessão, uma vez que, como acabou se por legislar, a herança encontra-se jacente após a morte do beneficiário. Ademais, não pode a herança encontrar-se aberta *ad eternum*, tendo de se proceder às partilhas, para um normal funcionamento em termos de gestão patrimonial e porque assim o é por regra.

⁹⁹ Disponível em www.pgdlisboa.pt.

¹⁰⁰ Normas de Direito Sucessório.

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 da lei.”¹⁰¹.

No fundo, com a existência e aprovação de alterações tão grandes em matéria de PMA post-mortem, foi necessário adaptar também e alterar as normas de Direito Sucessório, uma vez que, no caso, se lida diretamente com a questão do falecimento e da sucessão de um dos progenitores da criança que irá nascer fruto da reprodução medicamente assistida.

Porém, outras normas se alteraram, sofrendo e servindo como base a esta alteração da legislação civil, falo, assim, de normas como os artigos 22º e 23º da Lei da PMA, bem como as normas que lhe foram acrescentadas, nomeadamente, artigo 22º-A e 42º-A.

É a análise destas normas que será agora o nosso ponto de partida.

O artigo 22º da já citada Lei da PMA passa a dispor, no seu n.º 1, que *“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”*.

Prevê-se ainda no n.º 2 do mesmo artigo que *“O estabelecido no número anterior é aplicável aos casos em que o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen”*.

Mais acrescenta o n.º 3 do já citado artigo 22º que *“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”*.

O n.º 4 do já referido artigo 22º vem determinar o momento para utilizar o material genético criopreservado do falecido e, por conseguinte, para aplicação da PMA post-mortem, determina, resultado do disposto no *supra* referido, que o prazo será um prazo nunca

¹⁰¹ Retirado do texto da Lei n.º 72/2021 de 12 de Novembro.

inferior a seis meses, exceto se existirem razões ponderosas quando devidamente atestadas pelo médico que acompanha o caso.

Tanto é que *“O prazo referido no n.º 1 não deve ser inferior a seis meses, salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanha o procedimento”*¹⁰².

Se, por sua vez, a lei determina no n.º 4 do artigo 22º um prazo mínimo, como que um período de reflexão, que no caso se configura em seis meses, no mínimo. O n.º 5 do mesmo artigo estabelece limites quanto ao prazo máximo para a realização do procedimento devido.

Disposto no n.º 5 do artigo 22º da Lei que procede à alteração legislativa em matéria de PMA Post-Mortem, encontra-se que *“Os procedimentos devem iniciar -se no prazo máximo de três anos contados da morte do marido ou unido de facto, podendo realizar -se um número máximo de tentativas idêntico ao que está fixado para os centros públicos”*.

Porquanto, a lei determinou um prazo relativamente alargado para a realização dos procedimentos. Esse prazo configura um prazo de anos que, cuja contagem se inicia da data da morte do marido ou unido de facto.

Estipula-se ainda neste regime, configurando esta uma das maiores preocupações e necessidades que eram apontadas pelo CNPMA, aquando da análise das Propostas de Lei apresentadas pelos vários Partidos Políticos, um número máximo de tentativas de engravidar da beneficiária através da PMA post-mortem.

No n.º 6 do artigo 22º encontra-se estipulado que *“A inseminação com sémen do marido ou do unido de facto, bem como a implantação post mortem de embrião, só pode ocorrer para a concretização de uma única gravidez da qual resulte nascimento completo e com vida”*. Ou seja, segundo as alterações introduzidas à Lei, a mulher beneficiária, recorrendo à PMA post-mortem, só poderá, por via deste recurso, concretizar uma única gravidez da qual resulte um nascimento completo e com vida, não podendo, de forma alguma, recorrer a esta mais do que uma vez, resultando da aplicação da PMA post-mortem o nascimento completo e com vida de mais do que um bebé.

¹⁰² Artigo 22º, n.º 3 da Lei 72/2021, de 12 de Novembro.

Mais acrescenta o n.º 7 do já citado artigo que *“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”*.

Cumpr-me mostrar o meu agrado e a minha, conseqüente, concordância com tudo o plasmado neste artigo, à exceção do último número.

Assim sendo, parece-me de maior relevância demonstrar a minha total concordância com o estipulado, principalmente, nos n.ºs 4 e 5 do artigo 22º, quanto aos prazos, mínimo e máximo, estipulados pela lei.

É na minha opinião o prazo de seis meses, apontado como prazo mínimo, adequado, uma vez que o prazo de seis meses parece-me um período suficiente para que a mulher, viúva, reflita sobre tudo o que aconteceu com ela e na sua vida com a morte do seu companheiro, que consiga fazer o primeiro luto, luto este de aceitação, porque, ainda que cada pessoa faça o luto à sua maneira e demore o tempo que precisar, pois não somos todos iguais, parece-me que em seis meses, ainda que seja uma morte recente e nunca podendo considerar um prazo anterior, é possível à viúva perceber o que aconteceu, aceitar o que aconteceu e, no limite, refletir sobre a sua vontade e tudo o que um procedimento de reprodução medicamente assistida comporta, ainda mais quando o mesmo ocorra num plano post-mortem.

Por seu turno, o prazo máximo de três anos, contados da morte do marido ou unido de facto da mulher beneficiário, para realizar todo o procedimento também me parece mais do que adequado, até porque, é do senso comum, que um procedimento de reprodução medicamente assistida é um procedimento demorado, com muitas etapas e fases que devem ser cumpridas devidamente para que, inclusive, se chegue a um resultado positivo e, por isso, mais do três anos também seria alongar demasiado todo este procedimento.

Tanto mais que, a mulher beneficiária se ao fim de três anos ainda não tiver iniciado este procedimento, a meu ver, parece-me que não terá vontade e até desejo e o fazer mais adiante, não havendo necessidade, se assim entendermos, de estabelecer um prazo superior a três anos para realização deste tipo de procedimento.

Urge-me, por último, mostrar o meu desagrado quanto à estipulação feita pela lei quanto ao último ponto do artigo 22º. Julgo não haver necessidade de o legislador colocar tal disposição no já citado artigo.

É lógico que o procedimento de reprodução medicamente assistida é um procedimento muito complexo, invasivo e, no limite, desgastante para quem dele beneficia, mais ainda o é quando estamos no plano post-mortem. É, assim, obrigação do próprio sistema, a partir do momento que permite que haja conceção de um bebé, por recurso à PMA, após a morte de um dos seus progenitores, acompanhar, em termos psicológicos a mulher beneficiária.

No fundo, perante a necessidade extrema e imperativa da existência deste acompanhamento psicológico, não me parece ter sido necessário legislar nesse sentido.

Além das alterações feitas com a Lei 72/2021, acrescentam-se dois artigos à Lei da PMA: artigo 22º-A e 42º-A, merecendo estes artigos, agora, a minha melhor atenção.

Com o acrescento do artigo 22º-A à Lei da PMA, acrescentam-se um conjunto de requisitos relativos ao consentimento que têm de estar verificados para que se possa realizar a inseminação post-mortem.

Dispõe o *supra* referido artigo que “1- 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.

2- O consentimento referido no número anterior pode constar do documento em que é prestado o consentimento informado previsto no artigo 14.º, desde que conste de cláusula autónoma.

3- O documento de prestação de consentimento autorizando a inseminação post mortem referido nos números anteriores é comunicado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida para efeitos do seu registo centralizado”.

Encontra-se, de forma clara, determinado neste artigo que o consentimento para inseminação post-mortem deverá ser reduzido a escrito ou registado em videograma, bem como terá de ser informado a quem o prestado, no momento, as consequências jurídicas que

da sua prestação poderão advir. Além da prestação do consentimento ter de apresentar a forma escrita ou de vídeo, o mesmo terá de ser registado junto da entidade reguladora quanto a esta matéria: o CNPMA.

A par do artigo 22º-A é acrescentado na Lei da PMA também o artigo 42º-A.

O artigo 42º-A, com menor relevância na minha opinião, vem estabelecer as consequências penais que possam advir da utilização de material genético criopreservado de marido falecido e conseqüente inseminação, para a mulher beneficiária que o faça, sem o consentimento do marido falecido¹⁰³.

Mais se estabelece com a Lei 72/2021, de 12 de Novembro, criando um regime transitório, previsto no artigo 5º, determinando uma solução para os casos em que já existia um projeto parental, devidamente consentido e estabelecido, ainda que a sua existência tenha sido anterior à entrada em vigor destas alterações legislativas.

Assim, encontra-se disposto na lei que *“A possibilidade de inseminação post mortem com sémen do marido ou do unido de facto é aplicável aos casos em que, antes da entrada em vigor da presente lei, se verificou a existência de um projeto parental claramente consentido e estabelecido, de forma livre e esclarecida quanto a todos os seus efeitos”*.

Uma vez que este projeto parental existe antes da entrada e vigor da *supra* referida lei, bem como das conseqüentes alterações legislativas, o consentimento prestado pelo falecido pode não preencher todos os requisitos previstos na norma 22º-A da Lei 72/2021. Neste caso, quando o consentimento seja insuficiente em termos de verificação dos requisitos, agora, obrigatórios, bastará que exista um documento escrito do dador, um registo em videograma da declaração do mesmo ou uma declaração sob compromisso de honra do médico que acompanhou o processo para que se confirme a prestação devida do consentimento do falecido.

Tudo o exposto resulta da alínea a) do n.º 2 do *supra* referido artigo 5º, bem como a determinação que os procedimentos têm início no prazo máximo de três anos contados da

¹⁰³ Dispõe o artigo 42º-A que *“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”*.

entrada em vigor das referidas alterações legais, resultando da alínea b) do mesmo número e artigo.

Cabe-me, no momento, mostrar a minha total concordância e animo com o disposto nesta última alínea, sendo na minha opinião uma das estipulações mais relevantes e necessárias na análise das alterações introduzidas pela Lei 72/2021.

Esta é, sem dúvida, a estipulação que a Lei 72/2021 introduz que mais espelha a intenção que está por detrás destas alterações em matéria de PMA post-mortem que é a igualdade.

A lei o permitir que um projeto parental, devidamente consentido e já existente antes mesmo da entrada em vigor da já citada lei, beneficie do mesmo período, três anos, para a realização do procedimento, demonstra que o principal objetivo da lei sempre foi e sempre será a igualar os direitos e os benefícios das pessoas, nunca prejudicando uns e beneficiando outros, encontrando-se todos na mesma situação.

Quanto às alterações feitas a nível do artigo 23º da Lei da PMA, resulta da leitura do n.º 1 deste artigo que nada se altera na lei quanto ao estabelecimento do vínculo, mantendo-se o estabelecimento da filiação, em matéria post-mortem, em relação ao falecido, uma vez que é utilizando o seu material genético que a beneficiária é inseminada, resultando daqui uma criança. No fundo, mantém-se a valoração do critério biológico, o que faz todo o sentido, não podendo ser de outra forma.

Estipula o n.º 3 do mesmo artigo que se mantém o *supra* descrito mesmo nos casos em que a mulher tenha contraído casamento ou se encontre unida de facto há mais de 2 anos com outro homem, mesmo este novo companheiro prestando o seu consentimento para que a beneficiária utilize o material genético do falecido, a criança que deste procedimento se gerar será considerada filha do falecido¹⁰⁴ e não do novo companheiro, mesmo com o seu consentimento.

¹⁰⁴ Esta solução tem fundamento não só no critério biológico, sendo certo que será sempre valorado, mas também por respeito ao direito da criança quanto a conhecer a sua “identidade genética”.

Como já referido, todas estas alterações legislativas em matéria de PMA post-mortem foram acompanhadas, como seria de esperar e o mais correto a fazer, de alterações em normas civis em matéria de direito sucessório (arts.2033º e 2046º do C.C.).

O artigo 2033º do C.C. trata dos sujeitos que apresentam capacidade sucessória, sofrendo alterações nesta matéria, passando a dispor que têm também capacidade sucessória as pessoas concebidas, nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação post-mortem.

Quanto ao artigo 2046º do C.C., este trata da matéria da herança, definindo o que se entende por herança jacente (n.º 1), passando a admitir que perante existência de consentimento para a possibilidade de PMA 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 da lei.

É clara a importância das alterações feitas no campo do direito sucessório, não podendo ser de outra maneira. Porém, e ainda que constituindo uma opinião polémica, é a meu ver o direito sucessório um pouco irrelevante em matéria de PMA post-mortem, pois quando o falecido consente que se utilize o seu material genético criopreservado e que o mesmo seja inseminado na sua mulher para gerar uma criança, este encontra-se plenamente consciente de que, a nascer a criança, esta configurará um herdeiro seu e terá de ser adaptada a abertura da sua sucessão e, conseqüente, herança.

Portanto, parecem-me questões que, além de relevantes, são ultrapassáveis.

No limite, estas questões de direito sucessório sempre serão ultrapassadas, mais que não seja, seguindo-se o que aconteceu no caso da Ângela, dispondo a mesma do seu título de herdeira em detrimento do seu filho.

Em suma, o legislador andou bem quando teve sensibilidade para discutir, debater e mais tarde proceder à realização de alterações na Lei da PMA em matéria de PMA Post-Mortem.

É certo que para se proceder a estas alterações legislativas o legislador teve de ter muita cautela e considerar muitos cenários.

Certo é também que com o alargamento no quadro de beneficiários da PMA, em 2016, a manutenção da proibição da PMA post-mortem era completamente absurda e incoerente, necessitando, como foi o caso, de ser proceder a alterações noutros campos, nomeadamente, o direito sucessório para que se permitisse a admissibilidade da mesma.

Não fazia qualquer sentido, nem faz, como é que a lei, por um lado, permitia que uma mulher, isoladamente, e utilizando sémen de um dador anónimo, pudesse recorrer à PMA para gerar uma criança, que além de nascer sem pai, pois perante o anonimato do dador, esta nunca o iria conhecer, nem nunca iria conhecer a sua “identidade biológica”, bem como nunca iria ter uma linha parental paternal, e, por outro lado, não permitia que uma mulher, utilizando o sémen do seu companheiro falecido, recorre-se à PMA e gera-se uma criança que iria conhecer o pai, por fotografias e vídeos, iria também conhecer a história de amor dos pais e ainda iria ter uma linha parental paterna.

Encontrava-se na nossa lei uma situação de pura discriminação, sendo certo que, para que se corrigisse esta situação seria necessário estabelecer um conjunto de requisitos que se teriam de verificar para que se admitisse a PMA post-mortem, o que aconteceu e que, na minha opinião, o legislador o fez eximamente.

Quando a lei determina todos os requisitos necessários e salvaguarda todos os casos, os mais e os menos complexos, desaparecem a maioria os problemas e todas as dúvidas existentes quanto à admissibilidade da PMA post-mortem.

Neste sentido e subscrevendo na íntegra as palavras de Rafael Vale e Reis “(...) desaparece drasticamente grande parte da carga dramática de uma filiação gerada depois da morte (quando a criança tiver consciência da sua condição, terão já decorrido vários anos desde esse momento) e a PMA passa a contribuir para a realização de um projeto parental claro e inequívoco, solução que só pode estar associada, como a experiência demonstra, felicidade individual”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ REIS, RAFAEL VALE, “Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”, Coimbra, 2022, Gestlegal, pp.180.

CONCLUSÃO

Do desenrolar do trabalho levado a cabo na presente dissertação foram analisados vários pontos e, conseqüentemente, foram retiradas várias conclusões.

Primeiramente, procedemos ao estudo da PMA em geral, tendo analisado a sua definição, as técnicas existentes, o acesso e consentimento nesta matéria, bem como a regulação da mesma e a breve exposição das complicações e casos médicos de responsabilidade médica neste campo.

Assim, ficou claro que a procriação medicamente assistida se entende como o conjunto de técnicas e tratamento médicos que se destinam a contribuir para estado de gravidez quando esta não seja possível alcançar de forma natural por um casal, resultado de qualquer tipo de infertilidade.

A PMA surge como solução para os casos em que um casal enfrenta um problema, que é muito comum, que é a infertilidade.

Em Portugal, esta matéria encontra-se regulada na Lei 32/2006, de 26 de Julho, determinando a mesma que a PMA deve ter um carácter subsidiário, sendo utilizada apenas para os casos em que, naturalmente, um casal não possa gerar um bebé.

A lei enumera as técnicas de PMA existentes: inseminação artificial; fertilização in vitro; injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação; outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Uma vez que estas técnicas de reprodução serão utilizadas e realizadas recorrendo ao corpo de uma mulher, é certo que essa mulher, sendo sujeita a essas técnicas, terá de consentir que o façam.

Assim sendo, quando uma pessoa é sujeita a alguma coisa, seja a técnicas de procriação medicamente assistida, seja a outro tipo de coisas, esta ideia tem subjacente, por um lado, a problemática de saber, primeiramente, quem poderá ter acesso a essas técnicas e,

por outro lado, a problemática de saber quem terá de consentir para que essas técnicas sejam utilizadas.

Desde logo, entende-se de uma forma clara, parece-me, que se uma pessoa será sujeita a uma determinada coisa, ela terá de consentir tal sujeição. Isto porque cada pessoa detém autodeterminação, sendo este princípio um dos princípios fundamentais dos direitos humanos e significa autonomia, abrangendo auto-responsabilidade, auto-regulação e livre-arbítrio de um ser humano.

Ligada, de forma direta, ao consentimento que é necessário para aplicação das técnicas de PMA, surge a necessidade de saber quem poderá beneficiar, ou seja, aceder a essas técnicas e, foi neste sentido, que concluímos que podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Quanto à regulação da PMA, tendo-se exposto os desafios que a regulação da PMA se deparou ao longo dos anos, nomeadamente, quanto à construção do direito aplicável nesta matéria, identificamos o momento decisivo para a chegada do Direito à PMA, bem como demos nota dos modelos de regulamentação da PMA, apontando-se também os novos desafios jurídicos que foram surgindo com a evolução e com a atualidade.

Como o cerne da presente dissertação é a PMA Post-Mortem, foi sobre esse tema que nos debruçamos ao longo do 2º Capítulo. Tendo sido alvo de análise não só as técnicas de PMA Post-Mortem, mas também os requisitos necessários para que se verificasse a admissibilidade da mesma, merecendo a nossa melhor atenção o tão enigmático caso Ângelo e Hugo e como este serviu de ponto de partida para as alterações legislativas feitas em 2021. Foi também tratada a tendencial proibição da PMA Post-Mortem.

Rapidamente concluímos que as técnicas de PMA Post-Mortem configuravam as mesmas que já existiam na PMA em geral, aplicando-se, agora, essas mesmas técnicas num plano em que o material genético utilizado era de uma pessoa já falecida, que previamente tinha criopreservado esse seu material genético e que, prestando devidamente o consentimento para que a sua mulher posteriormente o utilizasse, não haveria qualquer

desconformidade, até mais pelo alargamento que a lei faz, em 2016, quanto ao quadro de beneficiários da PMA.

O estudo do caso Ângela e Hugo surge exatamente porque, para além de ter sido a história de amor que mais permitiu debater e discutir publicamente a PMA Post-Mortem, foi também o caso que permitiu a alteração legislativa feita à lei da PMA em matéria de PMA Post-Mortem, admitindo esta. Ademais, o caso Ângela e Hugo primeiro caso português em que se gerou um ser fruto da PMA Post-Mortem.

Depreendemos, mais ainda, que sempre houve, ao longo do tempo, uma tendência para a proibição da PMA Post-Mortem, ainda que esta proibição fosse completamente descabida e discriminadora, face a algumas alterações legislativas feita na Lei da PMA no ano de 2016.

Na esteira das nossas capacidades e aprendizagens procedemos à análise da Lei da PMA e às alterações à lei na matéria de PMA Post-Mortem, admitindo-se, em 2021, pela admissibilidade da mesma, o que, desde já, não faria sentido se esta não fosse a solução face à incongruência relevante e à discriminação presente na lei até à data.

Concluímos que as alterações legislativas trazidas pela Lei 72/2021, em matéria de PMA Post-Mortem, foram elaboradas com excelência, qualidade esta que foi atingida pelo legislador português de forma eximia, que gerou confiança e não levantou quaisquer problemas de aplicação e interpretação. Devendo acentuar-se, desde já, a minha total concordância com o legislado.

De forma conclusiva, andou bem o legislador ao admitir a PMA, ainda que, claro, tomando a maior cautela e tendo a necessidade de se verificar o preenchimento de requisitos para que possa existir esta admissão.

Ainda assim e por tudo o exposto ao longo desta dissertação, entendemos ter o legislador feito história ao legislar em conformidade com a admissibilidade de PMA post-mortem, negando manutenção à proibição que até 2021 nos deparávamos.

BIBLIOGRAFIA E WEBGRAFIA

- COUTINHO, DIANA, “*O “Futuro” da Tecnologia Reprodutiva: O Útero Artificial*”, Centro de Investigação em Justiça e Governação
- DUARTE, TIAGO, “*In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*”, Coimbra, 2003, Almedina
- FERREIRA, ANA MARGARIDA, “*Procriação Medicamente Assistida Post Mortem: aspetos médicos, legais e éticos*”, Dissertação de Mestrado, Porto, 2022, Universidade do Porto
- LOUREIRO JOÃO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, CARLA BARBOSA, “*Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*”, volume 4, 2016, Almedina
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS, ANDRÉ DIAS PEREIRA E CARLA BARBOSA, “*Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*”, Ano 15- n.º 29, Junho de 2018, Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, “*Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*”, Coimbra, 2010, Coimbra Editora
- MANSO, LUÍS DUARTE BAPTISTA, “*Responsabilidade Civil Médica nos cuidados de Saúde Reprodutiva: a Ginecologia-Obstetrícia*”, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, 2014, Universidade de Coimbra
- NOGUEIRA, DANIELA ALEXANDRA RIBEIRO, “*O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem e as suas implicações no direito sucessório português*”, Dissertação de Mestrado, Braga, 2016, Universidade do Minho
- NETO, LUÍSA, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, Porto, 2017, Universidade do Porto
- OLIVEIRA, JOAQUIM BELCHIOR DIAS VIEIRA MONTEIRO, “*O Erro Médica nas Instituições Públicas de Saúde*”, Dissertação de Mestrado, Porto, 2013, Universidade Católica do Porto

- PAIVA, ANA CATARINA BRANDÃO FONSECA, “*Alguns Problemas de Direito das Sucessões no quadro da Procriação Medicamente Assistida*”, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2014, Universidade de Coimbra
- PEREIRA, SANDRINE RAMOS, “*Procriação Medicamente Assistida: Maternidade de Substituição*”, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2016, Universidade de Coimbra
- REIS, RAFAEL VALE, “*Procriação Medicamente Assistida: Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra, 2022, Gestlegal
- SANTOS, ANA CAROLINA SOBRAL, “*Gestação de substituição. E agora, filho(a) de que mãe?*”, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2021, Universidade de Coimbra
- SILVA, PAULA MARTINHO, MARTA COSTA, “*A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)*”, Coimbra, 2011, Coimbra Editora
- VENTORINI, THALITA ROSADO, “*Os Direitos Fundamentais na Procriação Medicamente Assistida Post Mortem*”, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2015, Universidade de Coimbra
- CNN Portugal, “*Especialistas não entendem lei promulgada por Marcelo. Consequência: famílias impedidas de fazer inseminação post mortem*”. Consultado em: <https://cnnportugal.iol.pt/conselho-nacional-de-procriacao-medicamente-assistida/cnpma/especialistas-nao-entendem-lei-promulgada-por-marcelo-consequencia-familias-impedidas-de-fazer-inseminacao-post-mortem/20220216/61fd442d0cf2cc58e7e1085e>
- CNN Portugal, “*Inseminação pós-morte: Ângela Ferreira iniciou finalmente os tratamentos para ter um filho do marido que morreu em 2019*”. Consultado em: <https://cnnportugal.iol.pt/videos/inseminacao-pos-morte-angela-ferreira-iniciou-finalmente-os-tratamentos-para-ter-um-filho-do-marido-que-morreu-em-2019/6269972b0cf2ea367d38b02d>
- CNN Portugal, “*Inseminação pós-morte: nasceu Hugo Guilherme, a primeira criança concebida em Portugal após a morte do pai*”. Consultado em: <https://cnnportugal.iol.pt/inseminacao-pos-morte/hugo-guilherme/inseminacao-pos->

[morte-nasceu-hugo-guilherme-a-primeira-crianca-concebida-apos-a-morte-do-pai-em-portugal/20230816/64dcfa7ad34e72171a0c30b7](https://www.cnnportugal.pt/morte-nasceu-hugo-guilherme-a-primeira-crianca-concebida-apos-a-morte-do-pai-em-portugal/20230816/64dcfa7ad34e72171a0c30b7)

- CNN Portugal, “*Inseminação pós-morte: acabou o impasse, mulheres já podem recorrer a todas as técnicas para engravidar*”. Consultado em: <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>
- CNPMA, “*PMA em Portugal*”. Consultado em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos>
- CNPMA, “*Testes genéticos de diagnóstico*”. Consultado em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/Testes-geneticos-de-diagnostico.aspx#:~:text=O%20diagn%C3%B3stico%20gen%C3%A9tico%20pr%C3%A9%20implanta%C3%A7%C3%A3o,doen%C3%A7a%20gen%C3%A9tica%20grave%20C3%A0%20descend%C3%Aancia>
- CNPMA, “*Técnicas de PMA*”. Consultado em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/tecnicas-de-pma.aspx>
- DecoProTeste, “*Inseminação "Post-Mortem": Gerar Vida além da morte*”. Consultado em: <https://www.deco.proteste.pt/familia-consumo/bebes-criancas/noticias/inseminacao-post-mortem-gerar-vida-alem-morte>
- Diário de Notícias, “*Mulher solicita alterações à lei para poder engravidar do marido que morreu*”. Consultado em: <https://www.dn.pt/pais/mulher-solicita-alteracoes-a-lei-para-poder-engravidar-do-marido-que-morreu-11814725.html>
- Diário de Notícias, “*Nasceu a primeira criança concebida após a morte do pai em Portugal*”. Consultado em: <https://www.dn.pt/sociedade/nasceu-a-primeira-crianca-concebida-apos-a-morte-do-pai-em-portugal-16869475.html>
- Expresso50, “*A lei de Hugo: quatro anos separaram a morte do pai do nascimento do filho, quatro anos de uma mulher convertida em mãe que mudou o país*”. Consultado em: <https://expresso.pt/sociedade/saude/2023-09-15-A-lei-de-Hugo-quatro-anos-separaram-a-morte-do-pai-do-nascimento-do-filho-quatro-anos-de-uma-mulher-convertida-em-mae-que-mudou-o-pais-c0a51e5c>
- Expresso 50, “*Nasceu Hugo Guilherme, o primeiro bebé concebido através de inseminação pós-morte*”. Consultado em: <https://expresso.pt/sociedade/2023-08-16->

[Nasceu-Hugo-Guilherme-o-primeiro-bebe-concebido-atraves-de-inseminacao-pos-morte-35b8afbe](#)

- Expresso50, “*Polémica com inseminação pós-morte: mulheres só podem recorrer a um tratamento com baixa taxa de sucesso e querem mais*”. Consultado em: <https://expresso.pt/sociedade/2022-05-06-Polemica-com-inseminacao-pos-morte-mulheres-so-podem-recorrer-a-um-tratamento-com-baixa-taxa-de-sucesso-e-querem-mais-418611a6>
- Lusíadas, “*Centro de Procriação Medicamente Assistida*”. Consultado em: <https://www.lusíadas.pt/hospitais-clinicas/hospital-lusíadas-lisboa/servicos/centro-procriacao-medicamente-assistida>
- MedicalPort, Medical Solutions Abroad, “*Procriação Medicamente Assistida: Taxas de Sucesso acima da média europeia*”. Consultado em: <https://www.medicalport.org/pt/procedimentos-medicos-turismo/procriacao-medicamente-assistida/procriacao-medicamente-assistida>
- País ao Minutos, “*Inseminação 'post mortem': 'Estou orgulhosa do meu país', diz Ângela*”. Consultado em: <https://www.noticiasaoiminuto.com/pais/1611650/inseminacao-post-mortem-estou-orgulhosa-do-meu-pais-diz-angela>
- País ao Minuto, “*Após luta, "amor sem fim" de Ângela e Hugo deu frutos. "Sonho tão mágico"*”. Consultado em: <https://www.noticiasaoiminuto.com/pais/2382024/apos-luta-amor-sem-fim-de-angela-e-hugo-deu-frutos-sonho-tao-magico>
- País ao Minuto, “*Hugo já nasceu. É a 1.ª criança concebida após morte do pai em Portugal*”. Consultado em: <https://www.noticiasaoiminuto.com/pais/2381786/hugo-ja-nasceu-e-a-1-crianca-concebida-apos-morte-do-pai-em-portugal>
- Portal do Paciente “*Doação de sêmen*”. Consultado em: <https://ivi.pt/tratamentos-procriacao-assistida/donacion-de-semen/>
- Portal do Paciente, “*Procriação Medicamente Assistida*”. Consultado em: <https://ivi.pt/tratamentos-procriacao-assistida/>
- Público, “*Procriação Medicamente Assistida: Será possível a uma mulher engravidar do parceiro já morto: Marcelo promulgou novo decreto da inseminação post-mortem*”. Consultado em:

<https://www.publico.pt/2021/11/05/politica/noticia/marcelo-anuncia-promulgacao-novo-diploma-inseminacao-postmortem-1983888>.

- Público, “*Procriação Medicamente Assistida: Nasceu o primeiro bebé em Portugal com recurso a inseminação pós-morte*”. Consultado em: <https://www.publico.pt/2023/08/16/sociedade/noticia/nasceu-bebe-portugal-recurso-inseminacao-posmorte-2060419>
- Sábado, “*Nasceu a primeira criança concebida após a morte do pai em Portugal*”. Consultado em: <https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/nasceu-a-primeira-crianca-concebida-apos-a-morte-do-pai-em-portugal>
- Sapo, “*Ângela já pode engravidar do marido, que morreu em 2019. Acabaram as restrições técnicas para a inseminação pós-morte*”. Consultado em: <https://magg.sapo.pt/atualidade/atualidade-nacional/artigos/angela-ja-pode-engravidar-do-marido-que-morreu-em-2019-acabaram-as-restricoes-tecnicas-para-a-inseminacao-pos-morte>
- Saúde bemestar.pt, “*PMA*”. Consultado em: <https://www.saudebemestar.pt/pt/clinica/ginecologia/pma/>
- Sic Notícias, “*Nasceu Hugo Guilherme, o bebé concebido após a morte do pai*”. Consultado em: <https://sicnoticias.pt/pais/2023-08-16-Nasceu-Hugo-Guilherme-o-bebe-concebido-apos-a-morte-do-pai-6ed9e326>
- TVI 7 Dias, “*Ângela Ferreira: Nasceu Guilherme, o primeiro bebé concebido após morte do pai*”. Consultado em: <https://www.tv7dias.pt/angela-ferreira-nasceu-guilherme-primeiro-bebe-concebido-morte-pai>