



DANIELLA ALOISE BORGES

O REGIME JURÍDICO DA PROcriação Medicamente Assistida Post MORTEM: QUADRO GERAL E IMPLICAÇÕES SUCESSÓRIAS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), com Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho.

Coimbra, 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DANIELLA ALOISE BORGES

O REGIME JURÍDICO DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*: QUADRO GERAL E IMPLICAÇÕES SUCESSÓRIAS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), com Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho.

COIMBRA

2014

AGRADECIMENTOS

A feitura deste estudo só foi possível porque tive a sorte de contar com o exemplo, o apoio e o incentivo de algumas pessoas, a quem presto, agora, a merecida referência.

Em primeiro lugar, agradeço, à minha família, em particular, aos meus pais e meus avós, sou grata, sobretudo, por apoiarem em todas as minhas decisões e estarem sempre presentes. A vocês todo o meu amor.

Em especial, ao meu companheiro João Silva, por me compreender, ajudar, incentivar e ser a principal razão de eu conseguir suportar os momentos difíceis. Muito obrigada pelo seu amor, carinho, atenção e dedicação para comigo e com o nosso relacionamento. Sem esquecer a imensa gratidão a toda a sua família, nomeadamente, Maria, Fernando, Joselina e José que me acolheram como filha e me deixaram menos saudosa de casa.

Agradeço, também, ao Excelentíssimo Doutor Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Francisco Manuel Brito Pereira Coelho, que muito me ensinou nesses últimos anos, merecendo as minhas gratidões, principalmente, por ter aceitado me orientar neste projeto.

Aos amigos, por poder contar com eles mesmos na distância e por entenderem as minhas ausências. De forma especial, muito obrigada a Fernanda Rebouças, Artemis Paiva, Gabriella Dias, Alana Leão, Fernanda Moura, Mariana Pereira, Beatriz Rivera, Fabianne Mousinho, Marcos Souto, Nathalia Trindade, Juliana Porto e Isabela Gonçalves.

E, finalmente, muito obrigada a Coimbra, esta cidade que encanta pela sua beleza, história e que se torna fonte de inspiração para os estudantes que aqui passam.

DANIELLA ALOISE BORGES

**O REGIME JURÍDICO DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST*
MORTEM: QUADRO GERAL E IMPLICAÇÕES SUCESSÓRIAS**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho
Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDDL – Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

Al. – Alínea

Art(s). – Artigos

CC – Código Civil português

Cfr. – Conferir

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

Coord. – Coordenação

CP – Código Penal português

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGPI – Diagnóstico Genético Pré-Implantação

Ed. – Edição

FIV – Fecundação *in vitro*

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

HFEA – *Human Fertilization and Embryo Act*

IA – Inseminação Artificial

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

Lei da PMA – Lei n.º 32/2006

N.º(s) – Número(s)

Org. – Organização

P(p.). – Página(s)

PMA – Procriação Medicamente Assistida

Ss. – Seguintes

SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

TC – Tribunal Constitucional

Trad. – Tradução

V. – Volume

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

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS	7
---------------------------	---

CAPÍTULO I

OS ASPECTOS GERAIS DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA	10
--	----

1.1. A evolução histórico-científica	10
1.2. A procriação medicamente assistida e o direito à reprodução.....	12
1.3. O desenvolvimento das normas disciplinadoras.....	14
1.4. As principais técnicas.....	18
1.5. A procriação homóloga e heteróloga	23
1.5.1. <i>O caráter gratuito ou oneroso do material genético</i>	26
1.5.2. <i>O vínculo paterno-filial na procriação medicamente assistida</i>	28
1.5.3. <i>A maternidade de substituição</i>	32
1.5.4. <i>O anonimato do(a) dador(a)</i>	38
1.5.5. <i>Os beneficiários das técnicas</i>	42

CAPÍTULO II

A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	47
---	----

2.1. Situando a problemática.....	47
2.2. A Inseminação ou FIV <i>post mortem</i>	47
2.2.1. <i>A classificação jurídica do material genético</i>	48
2.2.2. <i>A disposição do material genético após a morte</i>	50
2.2.3. <i>A admissibilidade da inseminação ou FIV post mortem</i>	52
2.2.4. <i>O enquadramento da questão na doutrina e na lei</i>	55
2.2.5. <i>Alguns casos envolvendo a inseminação post mortem</i>	59
2.3. A transferência do embrião <i>post mortem</i>	62
2.3.1. <i>O estatuto jurídico do embrião</i>	63
2.3.2. <i>Os embriões excedentários</i>	67
2.3.2.1. O poder de decisão sobre o destino dos embriões excedentários.....	69
2.3.2.2. A previsão legal dos embriões excedentários	70
2.3.2.2.1. <i>A criopreservação</i>	72
2.3.2.2.2. <i>A doação</i>	73
2.3.2.2.3. <i>A investigação científica</i>	75
2.3.2.2.4. <i>A destruição</i>	78
2.3.3. <i>O enquadramento da questão na doutrina e na lei</i>	80

CAPÍTULO III

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	83
3.1. A procriação medicamente assistida <i>post mortem</i> e o direito das sucessões ...	83
3.2. Noções gerais do direito das sucessões	84
3.2.1. A vocação sucessória	86
3.2.1.1. A designação prioritária	87
3.2.1.2. A existência.....	88
3.2.1.3. Capacidade sucessória.....	94
3.2.2. A situação jurídica da sucessão dos nascituros e concepturos	95
3.2.2.1. A vocação dos nascituros	99
3.2.2.2. A vocação dos concepturos	102
3.3. A partilha	104
3.3.1. Comunhão temporária obrigatória	104
3.3.2. Partilha judicial aproximativa	105
3.3.3. Partilha dos bens sob a condição resolutiva	106
3.4. A tutela sucessória do filho póstumo	106
3.4.1. A filiação na Procriação Medicamente Assistida <i>Post mortem</i>	107
3.4.1.1. A questão do consentimento	113
3.4.1.2. O registro civil.....	117
3.4.2. Sucessão do nascido mediante inseminação <i>post mortem</i>	118
3.4.3. Sucessão do nascido mediante transferência <i>post mortem</i>	122
3.5. A petição de herança	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS	133
JURISPRUDÊNCIAS	144

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Desde que o desenvolvimento da medicina, mediante avanços tecnológicos e científicos, fez surgir as mais diversas técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)¹, passou-se a ter mais possibilidades de os casais com dificuldades de conseguir a gravidez espontaneamente, pelas mais diversas razões, buscarem essas técnicas para alcançar o objetivo do tão almejado filho(a).

Atualmente, já nasceram em todo o mundo vários bebês por meio das técnicas da PMA, no entanto, os seus procedimentos ainda trazem questões de enorme complexidade para o direito. Os conflitos são desencadeados em razão desses tratamentos por um lado se relacionarem com a melhoria das possibilidades de reprodução, mas por outro se entrechocarem com a tutela da personalidade humana².

Um dos temas que suscita discussão é o da PMA *post mortem*. Imagina-se que feito o armazenamento do sêmen do marido ou companheiro para posterior fecundação nos ovócitos da esposa, ou ainda que, feita a fecundação do sêmen *in vitro*, houvesse um excedente de embriões que foram conservados para nova tentativa posterior, e, que venha o marido ou companheiro a falecer antes que o sêmen armazenado ou ovócitos já fecundados fossem implantados no útero da mulher. Como ficaria a utilização desse material pela então viúva? Seria possível a esta solicitar a amostra do sêmen do falecido marido para fertilizar os seus ovócitos, ou solicitar os embriões decorrentes da fertilização *in vitro* para implantar em seu útero? E no caso em que o sêmen não é do marido ou o embrião não tem sua participação genética?

A complexidade se acentua quando se tem em conta a pessoa que venha a nascer. Qual seria a relação desta com aquele que forneceu o material genético para sua concepção mesmo após a sua morte? Qual seria o fenômeno sucessório desencadeado para a criança que foi concebida após a morte daquele que contribuiu geneticamente para a sua formação? E caso não existisse qualquer compatibilidade genética da criança com o *de*

¹ Também chamada de procriação artificial. Guilherme de Oliveira critica o termo procriação artificial por acreditar ser depreciativo e condescendente, pois além de parecer desvalorizar as práticas médicas, não condiz com a realidade, visto que “os momentos essenciais do processo reprodutivo permanecem tão naturais como sempre – não há uma fusão de gâmetas «artificial» nem uma gestação «artificial». E nunca se viu um embrião «artificial», um feto ou um filho que não fossem absolutamente naturais” (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Legislar sobre Procriação Assistida. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 127, n. 3840, p. 74, 1994).

² DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas?: A procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 9.

cujus, seria possível verificar algum vínculo deste com a criança? Ou ainda, gerar efeitos sucessórios?

A maioria dos ordenamentos jurídicos não regulamenta essa problemática; da mesma maneira, a doutrina vem produzindo de forma tímida, muitas vezes, limitando-se a fazer pequenos comentários ao assunto, em geral, restritos à admissibilidade ou não da concepção de um novo ser após a morte de seu genitor, sem se manifestar no que diz respeito aos aspectos filiatórios e sucessórios daquele(a) que é gerado(a).

Em Portugal, a procriação medicamente assistida é regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da PMA). Essa lei autoriza a transferência após a morte dos embriões criopreservados, mas veda o uso do sêmen conservado. Enquanto no primeiro caso não faz referência quanto aos efeitos paterno-filiais e sucessórios, no segundo caso, malgrado ser proibido, reconhece efeitos filiatórios à criança que nascer, mas sem comentar as questões sucessórias.

Nesse ínterim, vem esta dissertação refletir os principais questionamentos acerca da procriação medicamente assistida *post mortem*, vislumbrando sua admissibilidade e os efeitos decorrentes de acordo com as regras constitucionais e atuais legislações.

Vale salientar que o enfoque será na procriação medicamente assistida *post mortem* do membro masculino do casal, pois no caso de falecimento da mulher é preciso utilização da figura da maternidade de substituição pelo marido, instituto atualmente vedado no ordenamento jurídico português (art. 8.º da Lei n.º 32/2006).

Ademais, apesar de a PMA produzir inúmeras questões éticas, morais, religiosas, jurídicas, sociais, econômicas que fazem “do problema um campo por excelência de aplicação prática de uma salutar multidisciplinaridade”³, a exposição vem se deter apenas no campo jurídico, mais especificamente aos problemas que as técnicas de manipulação da reprodução impõem ao Direito Civil (familiares e sucessórios), sem deixar de fazer referência às áreas conexas quando necessário.

O presente estudo se divide em três partes: a primeira trata do âmbito geral da procriação medicamente assistida e o tratamento dispensado pela Lei n.º 32/2006; na segunda parte passa-se a falar mais especificamente da procriação medicamente assistida *post mortem*, sua admissibilidade e implicações gerais; a terceira trata de desenvolver os aspectos sucessórios, buscando-se então determinar a tutela sucessória dispensada à pessoa

³ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 16.

gerada após a morte daquele que forneceu material genético ou consentiu para sua concepção.

CAPÍTULO I

OS ASPECTOS GERAIS DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

1.1. A evolução histórico-científica

O desejo de procriar e constituir família é muito antigo. Remonta aos antepassados em “relatos de lendas, mitos ou simplesmente histórias de tentativas, mais ou menos conseguidas”, à vontade de ultrapassar o “desígnio insondável da natureza de negar a alguns aquilo que concede a outros em abundância⁴”.

De acordo com a mitologia, Zeus engravidou por “inseminação” Danae, filha de Acrísio, enclausurada para não dar à luz um herdeiro. Enquanto em mito egípcio, Isis procura reconstituir os restos de Osíris⁵ para mediante eles obter fecundação⁶. Lendas orientais retratam mulheres que ficavam grávidas ao retornarem “inseminadas” do templo de *Vanijiin*, deusa da fertilidade⁷.

O próprio livro do Gênesis⁸ relata que Abraão, pai das três grandes religiões monoteístas (judaísmo, cristianismo e islamismo), possuía uma esposa, Sara, afetada pela esterilidade. Ela convida Abraão a ter relações com sua escrava, Agar, para através da dela conceber um filho. Posteriormente, Sara, diante de uma “intervenção miraculosa”⁹, concebeu um filho a Abraão, chamado Isaac¹⁰.

Tudo indica que a primeira inseminação, que não fora mito nem lenda, aconteceu na Espanha. Seria a rainha Joana, casada com Henrique IV, a primogênita a usar a prática médica, com o consentimento do rei de Castela. João Álvaro Dias¹¹ retrata que essa inseminação não foi bem-sucedida, pela total esterilidade do rei¹².

⁴ DUARTE, 2003, p. 17.

⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁶ O que seria hoje uma tentativa de inseminação *post mortem*.

⁷ CARNEIRO, Nelson. Os aspectos jurídicos da inseminação artificial e a disciplina jurídica dos bancos de esperma. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 7, p. 241, 1988.

⁸ Gênesis, capítulo 16, versículos 1-8.

⁹ LOUREIRO, João Calos. Filho(s) de um Gâmeta Menor?: Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3, n. 6, p. 10, 2006.

¹⁰ Consultar também: Gênesis, capítulo 30, versículos 1-6 e capítulo 30, versículos 9-13.

¹¹ DIAS, J., 1996, p. 18.

¹² Deve-se atentar que o relato da evolução histórica das técnicas de PMA sofre pontos de contradições entre os autores. Diferentemente de João Álvaro Dias, Nelson Carneiro (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 242) afirma que foi bem-sucedida, tendo o rei repudiado a esposa e negado reconhecer a criança. Diante dessa incerteza histórica, em que um autor traz o sucesso e o outro o insucesso dessa inseminação, Tiago Duarte coloca que

Em que pese, datam do final do século XVIII as experiências de reprodução com humanos, ocorrendo na Inglaterra, considerada o berço da inseminação artificial humana, em 1791, o primeiro caso de inseminação homóloga que teve sucesso, realizado por John Hunter. Depois, em 1884, Doutor Robert Dickinson realizou a primeira inseminação heteróloga¹³, usando material genético de terceiro devido ao marido ser completamente estéril.

Durante o século XIX as técnicas de procriação evoluíram. Foi possível em 1953 a conservação do sêmen em azoto líquido, o que resultou na criação de bancos de esperma¹⁴, e, posteriormente, em 1969, no desenvolvimento da técnica de fertilização *in vitro* (FIV). Tanto foi assim que em 1978, nasceu Louise Brown, o famoso “bebê de proveta”, a primeira nascida de fertilização *in vitro*¹⁵, nas mãos do Doutor Robert Edwards.

O surgimento da FIV abriu diversas portas para o desenvolvimento das técnicas de PMA, teria sido no ano de 1983 a primeira gravidez decorrente de um embrião congelado, realizado pela equipa australiana dirigida pelo Doutor Wood¹⁶ e, em 1993, o nascimento da primeira criança proveniente de uma doação de ovócito¹⁷.

Como se vê, foi um longo caminho até o surgimento e aprimoramento das técnicas da procriação medicamente assistida, que ainda continuam em constante evolução, mas percebe-se que os métodos de reprodução humana assistida “são apenas, e afinal, as novas mandrágoras, para satisfazer os mesmos velhos anseios que suscitam as eternas angústias”¹⁸. As situações apresentadas como adultério consentido ou pedido de procriação

sucedido ou não “este foi o primeiro relato da utilização da técnica de reprodução assistida fora do mundo das fantasias”, portanto vale a menção (DUARTE, 2003, p. 19).

¹³ Diferentemente, Amélia Costa e João Carlos Loureiro retratam como primeiro caso de inseminação heteróloga a realizada pelo Doutor Pancoast, também datado em 1884, nos Estados Unidos, mas que só veio a conhecimento em 1909 (COSTA, Amélia. *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000, p. 15; LOUREIRO, 2006, p. 11).

¹⁴ Os bancos de esperma em Portugal remontam ao ano de 1985 no Porto e em 1986 em Lisboa (LOUREIRO, 2006, p. 12).

¹⁵ Dez anos depois em 25 de fevereiro, pela equipe do Doutor Pereira Coelho, nasceu o primeiro bebê de proveta em Portugal, do sexo masculino, chamado Carlos Miguel (COSTA, J. Pinto da. Um Problema Médico-Legal Actual: Procriação Artificial. *Revista de Investigação Criminal*, Porto, n. 24, p. 6, 1987).

¹⁶ O embrião congelado a -196°C foi descongelado e implantado no útero da mulher, que na segunda tentativa, deu origem a uma criança chamada Zoé (BARBAS, Stela Marco de Almeida Neves. *Direito ao Património Genético*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2006, p. 33).

¹⁷ LOUREIRO, op. cit., p. 11.

¹⁸ OLIVEIRA, 1994, p. 98.

aos deuses (ou Deus), surgem agora vestidas com nova roupagem¹⁹ sob a forma de técnicas de inseminação ou da maternidade de substituição.

Observa-se que ao longo da história sempre existiu uma busca incansável para acabar com as barreiras impostas pela natureza à reprodução, o que só ressalta a importância que o homem lhe tem conferido desde muito tempo, seja ela para perpetuação da espécie, por exigência social, por prorrogação da existência (concepção religiosa) ou como realização pessoal. Em razão disso, tem-se falado num verdadeiro direito a procriar, ainda quando a natureza não a permite.

1.2. A procriação medicamente assistida e o direito à reprodução

A reprodução conduz à transmissão da vida e propagação do patrimônio genético de suma importância para cada um individualmente, “não apenas no estrito plano biológico, mas também, e porventura, sobretudo, nos planos afectivo, social e inclusive patrimonial”²⁰.

Com efeito, verifica-se que da grande maioria das uniões resulta um desejo de procriar, fazendo este parte do projeto de felicidade e de realização pessoal do casal, com a consequente frustração particular e social, quando não realizada. É com base nesta lógica que o Professor Diogo Leite de Campos²¹ entende que o direito de procriar se trata de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos e deve ser assegurado por constituições e leis ordinárias²².

Diante disso, justifica-se a configuração do direito reprodutivo²³ como um direito fundamental, não expresso diretamente, mas que é possível extrair do art. 36.^{o2425} da

¹⁹ DINIS, Joaquim José de Sousa. Procriação Assistida: Questões Jurídicas. *Coletânea de Jurisprudência*, ano 18, tomo 4, p. 8, 1993.

²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais, e das duas mães). *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 38, 2007a.

²¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito*. Coimbra: [s.n.], 2008. (Separata de Estudos de Direito da Bioética). p. 85.

²² No mesmo sentido cfr. também: SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 35; DUARTE, 2003, p. 70.

²³ A reprodução como um direito surgiu na jurisprudência norte-americana, como denota nas decisões *Eisentadt v. Baird*, de 1972, e *Roe v. Wade*, de 1973. Essas decisões refletem sobre o direito à procriação dentro do direito à intimidade e à reserva da vida familiar. O conceito de *privacy* desenvolvido pela jurisprudência desse país é de que em razão do livre desenvolvimento da personalidade sem intromissões do Estado, os cidadãos possuem direito de celebrar os contratos que melhor se adequem aos seus interesses. No contexto português, a privacidade é consagrada no art. 26.º da CRP, porém tem conteúdo diverso (a proteção

Constituição da República Portuguesa (CRP). Assim, o direito de formar família deve ser entendido como um direito de estabelecer relações, inclusive a de filiação, independentemente da constituição de casamento²⁶. Clarificam Jorge Miranda e Rui Medeiros que o artigo estabelece não apenas um direito de reproduzir, mas também um direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e maternidade²⁷, conclusão que se encontra, assim, em expressa harmonia com a proteção conferida pelo art. 68.º da Lei Fundamental²⁸.

O que se coloca agora em questão é se faz parte deste direito a reproduzir, a procriação medicamente assistida.

Atenta-se que o legislador ao elaborar a norma não considerou a PMA, pois à época esta ainda não existia, no entanto, isso não significa que a situação não possa ser estendida, uma vez que a interpretação das normas deve ser feita de forma dinâmica, de maneira que o direito não se torne obsoleto e desadequado²⁹.

Desse modo, a norma deve ser entendida também como o direito à utilização dos meios científicos aptos à procriação³⁰. Não é diverso o posicionamento de Guilherme de Oliveira ao afirmar que o preceito tem a intenção de eliminar os obstáculos ao estabelecimento jurídico das relações de filiação e, apesar de não ter sido elaborado com o

da difusão de informação sobre a vida privada) do norte-americano, não sendo possível transpor o mesmo raciocínio. Para maiores detalhes sobre a origem da reprodução como um direito ver: RAPOSO, Vera Lúcia. *Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012a, v. 1, p. 78-250.

²⁴ Vera Lúcia Raposo acredita que os direitos reprodutivos derivam desde logo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) e implicitamente do direito a constituir família (art. 36.º, n.º 1 da CRP) e do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1 da CRP) (RAPOSO, V. op. cit., p. 265).

²⁵ Apresentando-se em sentido contrário, Paulo Otero afirma que não existe aí um direito fundamental, mas apenas uma tutela constitucional do direito de procriar, inclusive através do recurso às técnicas biomédicas (OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 19 e ss).

²⁶ RAPOSO, V., op. cit., p. 209.

²⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Tomo 1. p. 399.

²⁸ Possui o mesmo posicionamento: COELHO, Francisco Manuel Pereira. Procriação Assistida com Gâmetas do Casal. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2). p. 13.

²⁹ RAPOSO, V., op. cit., p. 265.

³⁰ Em posição contrária Augusto Lopes Cardoso refere que o direito de constituir família, aplicado às técnicas de PMA, seria posto em causa, pois iria contra a essência da sociedade conjugal, que tem por natureza a “integração psico-física do homem e da mulher, e, assim, à continuidade da família que resulta da procriação, integração não conseguida com práticas diversas da relação sexual física” (CARDOSO, Augusto Lopes. *Procriação Humana Assistida: Alguns Aspectos Jurídicos*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, v. 1, p. 9, 1991).

fim de garantia ao acesso do recurso às novas tecnologias, nada exclui sua aplicação, tratando-se, portanto, de “uma faceta de um pretensão direito subjectivo ao que é tecnologicamente possível”³¹, desde que, logicamente, sejam processos médicos aceites.

Ressalta-se que, sendo um direito fundamental, o direito a constituir família não é absoluto, estando sujeito a limitações nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP³².

É necessário, ainda, ter em atenção que este direito a procriar comporta duas dimensões distintas, constituindo, em simultâneo, um direito positivo e um negativo. Enquanto direito negativo, significa que todos têm direito a reproduzir sem a interferência de ninguém; já numa dimensão positiva, pressupõe um direito à assistência na reprodução³³.

A doutrina majoritária tem entendido que o Estado tem de se abster de controlar ou interferir nas escolhas privadas dos cidadãos, mas quanto à vertente positiva, não é possível exigir do Estado a organização dos instrumentos de modo a permitir o acesso dos indivíduos aos novos meios da procriação assistida, sendo um tipo de prestação com custo demasiadamente pesado para este carregar. Conforme exprime Vera Lúcia Raposo³⁴ nem sempre o Estado tem o dever de intervir economicamente, de modo que a infertilidade deve ser considerada para efeitos de acesso à PMA, mas não para o financiamento público dos serviços necessários; portanto, deve-se separar a vertente jurídica da económica, sendo demasiadamente oneroso falar em garantia do Estado de uma saúde reprodutiva, mas não é possível que este se esquive de regulamentar esse campo, de modo a garantir o acesso de todos aos instrumentos que ajudem a se reproduzir³⁵.

1.3. O desenvolvimento das normas disciplinadoras

³¹ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 49, v. 3, p. 768, 1989.

³² OTERO, 1999, p. 21.

³³ Cfr.: DUARTE, 2003, p. 66.

³⁴ A autora entende que o direito reprodutivo por ser um direito a constituir família, que por sua vez está entre os Direitos de Liberdade e Garantias Fundamentais, não é identificável como um Direito Económico, Social e Cultural, que demande do Estado o dever de assegurar economicamente o acesso das técnicas de reprodução (RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 268). Já Amélia Costa acredita que o recurso às técnicas de PMA não é considerado como parte integrante do Direito à Saúde e, portanto, não pode ser incluído nos chamados cuidados básicos de saúde. Dessa forma, os custos da utilização dessa técnica não devem ser suportados pelo Estado, até mesmo por uma questão de justiça social, pois na realidade portuguesa existem carências na área de saúde que devem ser consideradas prioritárias em relação aos problemas de infertilidade (COSTA, A., 2000, p. 54-55).

³⁵ RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 268.

A falta de consenso no campo ético, ideológico e político dificultou a previsão de tratamento jurídico adequado às questões que se apresentam da PMA na atualidade. Os conflitos existem até quanto à necessidade de sua regulamentação legal. A doutrina se divide naqueles que entendem que não há necessidade de o Estado intervir no assunto e naqueles que acham que é necessário legislar (entendimento majoritário).

No primeiro grupo se encontram os que defendem que a PMA deveria ser deixada à livre consciência dos particulares e da deontologia dos profissionais, bastando os princípios e normas já existentes para regulamentar as situações concretas de conflito³⁶. Contra a existência de uma legislação, argumenta-se a presença de um grande dissenso entre os juristas³⁷, a inconveniência da legislação para a evolução científica³⁸ e que esta seria inútil na medida em que poderia rapidamente ser ultrapassada pela evolução das técnicas de reprodução.

Já quem defende a legislação³⁹ afirma que a sua inexistência torna tudo o que é tecnicamente possível, mas não é juridicamente proibido, admissível, o que seria perigoso. E que a ausência de legislação não elimina o surgimento de problemas que precisam de solução jurídica, de modo que a lacuna, na verdade, gera insegurança⁴⁰.

De fato, a falta de regulamentação estatal parece não se justificar, pois “apesar do seu potencial polémico global”⁴¹, a PMA contém alguns aspectos que já possuem consenso

³⁶ Sustentando essa posição: ARAÚJO, Fernando. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 171.

³⁷ Luís Archer acredita que enquanto a sociedade não refletir sobre a problemática e encontrar um consenso pacífico não será oportuno legislar sobre o assunto e questiona se já não existem análises “meta-jurídicas, regras administrativas e formas de analogia jurídica que permitam, para já, evitar os maiores males, sem comprometer, na precipitação de um tema em rápida mudança a dignidade da Lei?” (ARCHER, Luís. *Procriação Artificial: Reflexão sobre Pessoas e Coisas*. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 13-14, p. 195, 1990).

³⁸ Nesse sentido, José Manuel Cardoso da Costa adverte que a situação gera interrogações, pois não é possível “antecipar-se com segurança o futuro, e não tendo o direito, de resto, essa primacial vocação, seria certamente perversa uma intervenção da disciplina jurídica, no domínio que nos ocupa [...] e que viesse, afinal, a converter-se num «travão» do futuro, tolhendo as esperanças (e não só os riscos) que ele também encerra” (COSTA, José Manuel Cardoso da. *Genética e Pessoa Humana*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, v. 1, p. 462, 1991).

³⁹ Como podemos citar: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e Bioética*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, v. 2, p. 444, 1991; OTERO, 1999, p. 26-27; DIAS, J., 1996, p. 33 e; RAPOSO, Mário. *O Estatuto do Embrião e Problemas Conexos*. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2). p. 269.

⁴⁰ Cfr. COELHO, F., 1993, p. 12; PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação Medicamente Assistida*. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (Coord.). *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005b. v. 1. p. 762; OLIVEIRA, 1994, p. 100.

⁴¹ PINHEIRO, 2005b, p. 763.

geral⁴², para mais, uma comunhão de opiniões convergentes seria impossível nessa área, assim como em diversas outras do direito⁴³, cabendo ao legislador encontrar o equilíbrio necessário para assegurar uma proteção jurídica mínima. Além disso, a rápida desatualização da disciplina em razão dos progressos científicos só ocorrerá a depender da própria letra da lei, afinal, “são mais resistentes ao tempo os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e os enunciados dos princípios fundamentais”⁴⁴.

Foi no meio dessas discussões que se desenvolveu a regulamentação da PMA em Portugal. O primeiro passo importante no progresso legislativo foi dado com o Despacho n.º 37/86, de 14 de abril, do então Ministro da Justiça, Mário Raposo, que criou a Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias⁴⁵. Esse Despacho foi acompanhado de três projetos de lei: um sobre a utilização das técnicas de procriação assistida; um sobre a regulamentação dos Centros de procriação assistida e; outro sobre o Conselho Nacional de Bioética a instituir⁴⁶.

Como resultado da Comissão surgiu o primeiro diploma que tratou diretamente da procriação assistida, o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro⁴⁷. Previa normas relativas à procriação assistida heteróloga e disciplinava a atividade de bancos de esperma. A legislação “se mostrou insuficiente”⁴⁸, tanto que remeteu a definição das condições para autorização de recolha, manipulação, conservação de esperma e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação assistida, a um decreto regulamentar que nunca existiu.

⁴² OLIVEIRA, 1994, p. 100.

⁴³ RAPOSO, M., 1993, p. 105.

⁴⁴ PINHEIRO, loc. cit.

⁴⁵ Conferir o discurso proferido pelo então Ministro Mário Raposo e os referidos projetos em: CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO. Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias. *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*. Coimbra: [s.n.], 1990. 118 p. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 1).

⁴⁶ O primeiro não chegou a vingar, o segundo deu base ao Decreto-Lei n.º 319/86 e o último só instituiu o Conselho Nacional em 1991 – através da Lei n.º 14/90, de 9 de junho que constituiu o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – (CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.). In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1. p. 351).

⁴⁷ Legislação que surgiu do trabalho da Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, diante da necessidade de uma regulamentação mínima em tempos de pandemia da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA. Dessa forma, a lei visou regulamentar, principalmente, o uso de esperma fresco de dador (LOUREIRO, 2006, p. 12).

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 67, n. 3, p. 977, 2007.

Outros projetos elaborados posteriormente⁴⁹ foram abortados pelas divergências apresentadas⁵⁰, inclusive, alguns deles nem sequer chegaram a ser objeto de apreciação pela Assembleia da República.

Apenas em 1997, com a revisão constitucional, um salto maior foi dado. A Constituição da República Portuguesa passou a prever no seu art. 67.º, n.º 2, alínea e), que incumbe ao Estado a proteção da família e a regulamentação da procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana e, no seu art. 26.º, n.º 3, que a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

Mas ainda assim, em 1999, o Decreto n.º 415/VII⁵¹ que chegou a ser aprovado pela Assembleia da República, em 17 de junho de 1999, foi frustrado por veto⁵² do então Presidente da República, em 30 de julho de 1999. Em justificação, o presidente alude que ainda não havia amadurecimento suficiente e existiam demasiadas controvérsias sobre a matéria.

Durante muitos anos ainda se mantiveram as discussões em relação à PMA⁵³, tendo sido apenas no início de 2006⁵⁴ a aprovação e promulgação de uma lei referente à técnica, a Lei n.º 32/06, de 26 de julho⁵⁵, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro

⁴⁹ Foram esses: Projeto de Lei n.º 90/IX, apresentado pelo Partido Socialista (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 29, de 7 de outubro de 2002); o Projeto de Lei n.º 371/IX⁴⁹, apresentado pelo Bloco de Esquerda (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 12, de 5 de novembro de 2003); o Projeto de Lei n.º 512/IX⁴⁹, apresentado pelo Partido Comunista Português (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 16, de 18 de novembro de 2004).

⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de junho). *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3, n. 6, p. 89, 2006.

⁵¹ Referente à proposta de Lei n.º 135/VII (Publicado no Diário da Assembleia da República, II série A, n.º 80, de 01 de agosto de 1997), apresentada pelo Governo após ter sido aprovada pelo Conselho de Ministros no dia 30 de julho de 1997.

⁵² Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 82, de 3 de agosto de 1999.

⁵³ A ausência de legislação específica levou à consideração das conclusões exprimidas pelo Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida (CNECV). O primeiro parecer foi o Relatório Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida n.º 3/CNE/93 de 1993, depois veio o Relatório e Parecer n.º 15/CNECV/95 de 1995 e, por último, o Relatório e Parecer n.º 44/CNECV/04 de 2004.

⁵⁴ Resultado do debate parlamentar provocado pelo Projeto de Lei n.º 176/X, apresentado pelo Partido Social Democrata (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 59, de 22 de outubro de 2005); o Projeto de Lei n.º 141/X apresentado pelo Bloco de Esquerda (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 34, de 20 de julho de 2005); Projeto de Lei n.º 151/X apresentado pelo Partido Socialista (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 47, de 07 de setembro de 2005); o Projeto de Lei n.º 172/X apresentado pelo Partido Comunista Português (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 55, de 13 de outubro de 2005). A discussão, em sede de comissão, culminou numa proposta de redação da lei que foi aprovada e depois promulgada.

⁵⁵ O art. 5.º e n.º 2 do art. 16.º da Lei n.º 32/2006 foram regulamentados pelo Decreto n.º 5/2008, de 11 de fevereiro, alterado em 2010 pelo Decreto n.º 1/2010 de 26 de abril.

(relevante a nível das contraordenações). Essa lei foi uma resposta (demorada) do legislador, mas que tenta dar soluções aos diversos problemas no âmbito da PMA, através de um equilíbrio entre progresso das ciências, a liberdade de investigação e a garantia ao respeito e salvaguarda dos interesses ou bens jurídicos fundamentais.

1.4. As principais técnicas

As técnicas da procriação medicamente assistida substituem ou facilitam alguma etapa que seja deficiente no curso reprodutivo natural⁵⁶, com o fim de satisfazer a pretensão humana mais genuína de procriação àqueles que não conseguem sem nenhum tipo de ajuda.

A PMA possui cunho subsidiário e não alternativo⁵⁷ da reprodução (art. 4.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006), visto que não há um direito a escolher livremente entre a reprodução mediante o uso de técnica científica e o ato sexual. Assim, nem todos que desejam ter filhos podem utilizá-la, sendo apenas admissível quando verificada a infertilidade, esterilidade⁵⁸ ou ainda em caso de tratamento de doença grave ou de elevado risco de transmissão de doenças de ordem genética, infecciosas ou outras (art. 4.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006).

Dessa forma, a PMA se caracteriza por ser um método terapêutico, em que a escolha de qual técnica a ser utilizada dependerá do problema de fertilidade⁵⁹ que o casal apresenta. As mais usadas são (art. 2.º da Lei n.º 32/2006): a inseminação artificial (IA); a fertilização *in vitro* (FIV); a injeção intracitoplasmática de esperma (ICSI); a transferência

⁵⁶ Antunes Varela define que o modo natural de procriação “abrange três momentos fundamentais: o da relação carnal entre duas pessoas de sexo diferente, chamada relação de cópula; o da concepção, que é a formação do embrião humano, graças à fecundação natural do óvulo da mulher pelo esperma do homem, um e outro provenientes da excitação do acto sexual; e o da gestação, que é o desenvolvimento do óvulo fecundado no seio do útero materno, até o acto do nascimento” (VARELA, Antunes. *A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 127, n. 3843, out. 1994; n. 3844, nov. 1994, p. 194).

⁵⁷ Para Jorge Duarte Pinheiro o princípio da dignidade da pessoa humana opõe-se à utilização da procriação assistida como um processo alternativo à procriação natural, pois a aceitação de seu uso repercute numa vulgarização do fenómeno reprodutivo (PINHEIRO, 2005b, p. 770).

⁵⁸ A esterilidade pode-se definir como ausência de gravidez após um ano de práticas sexuais sem utilização de métodos contraceptivos. Já a infertilidade é a incapacidade de levar a gravidez a termo pela ocorrência de abortos repetidos, de gravidezes ectópicas, ou partos prematuros, ou seja, existe fecundação, mas o produto da concepção não é levado a termo (SANTOS, Teresa Almeida; RAMOS, Mariana Moura. *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 9).

⁵⁹ A *World Health Organization* aponta que em 2009 a percentagem de mulheres inférteis em Portugal era de 1.4% (Disponível em: <http://www.who.int/whosis/whostat/EN_WHS2011_Full.pdf?ua=1>. Acesso em: 18 mar. 2014, p. 154 e 155).

intratubária de gametas (GIFT); a transferência intratubária de zigotos (ZIFT) e; o diagnóstico genético pré-implantação⁶⁰.

A **inseminação artificial** consiste na introdução por meio de um cateter de esperma masculino nos órgãos genitais da mulher. O sêmen é extraído por masturbação e após sofrer tratamento laboratorial é introduzido na cavidade intrauterina. Pode ser feita com a ovulação normal ou induzida na mulher (mediante estimulação da produção de ovócitos, por meio de aplicação hormonal)⁶¹.

Diferentemente da IA, na **fertilização *in vitro***⁶², a fecundação do espermatozoide no ovócito é realizada em tubo de ensaio que reproduz artificialmente o ambiente das trompas de falópio (local em que se processa naturalmente a fecundação). Nesse caso não só os espermatozoides são extraídos, como também os ovócitos da mulher são retirados por meio de punção para depois serem colocados no meio laboratorial apropriado para que ocorra a fecundação. É necessário que antes haja a estimulação da produção de ovócitos, pois quanto mais ovócitos produzidos, maior o número que poderão ser fecundados pelos espermatozoides selecionados, logo, aumentam as chances de sucesso da técnica. Uns dias depois de fecundado, verifica-se a viabilidade dos embriões⁶³, de forma que só serão

⁶⁰ No intuito de facilitar o entendimento dessas técnicas se faz necessária uma síntese do ciclo reprodutivo. De início, ocorre a união do espermatozoide com o ovócito, que dá impulso ao processo de fecundação. Durante parte substancial desse processo, os 23 pares de cromossomos derivados dos gametas masculino e feminino permanecem separados, cada um no seu respectivo pró-núcleo, e apenas se fundem cerca de um dia após a concepção. Está completa a fecundação no momento da fusão dos dois pró-núcleos, formando uma célula diploide (contém um conjunto de cromossomos pares), chamada zigoto, que dá origem a um novo genoma distinto dos genomas paterno e materno. O zigoto inicia o seu caminho em direção ao útero setenta e duas horas após a fecundação, enquanto passa por sucessivas multiplicações celulares. Já instalado no útero, em forma de blastocisto (por volta do sexto ou sétimo dia), vai destruindo a zona pelúcida e aderindo ao endométrio. O processo em que o embrião se fixa na parede do endométrio é denominado nidação e se verifica cerca de 7 a 14 dias após a fecundação. Com a nidação se dá o desenvolvimento da linha primitiva, rudimento do sistema nervoso, que assinala o início de uma sensibilidade individual. Marca também a finalização do arranjo ordenado de células (gástrula) e vislumbra o começo do desenvolvimento de todas as importantes estruturas e órgãos (embriogênese ou ontogênese). Só depois de diversas e complexas etapas se dá o nascimento do novo ser no oitavo mês de gestação. Vale mencionar que o início da vida cerebral ocorre após a formação das sinapses nervosas na 12ª semana de gestação, momento em que o novo ser passa a se chamar feto (SANTOS, Agostinho Almeida. Reprodução Humana. In: SERRÃO, Daniel; NUNES, Rui (Coord.). *Ética em Cuidados de Saúde*. Porto: Porto Editora, 1998, p. 134-135).

⁶¹ RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 2, n. 3, p. 117, 2005b.

⁶² Segundo Marco António Zanellato, a inseminação diz-se *in vivo* pela fertilização se dar no organismo da mulher e *in vitro* quando *extra corpore* (ZANELLATO, Marco António. Fertilização artificial: efeitos jurídicos. *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura*, Universidade Lusitana Editora, Porto, n. 1-2, p. 218, 2003).

⁶³ São utilizados critérios morfológicos para indicar a probabilidade dos embriões se implantarem no útero e originarem uma gravidez. Atualmente os embriões são transferidos no segundo ou terceiro dia, quando este tem de quatro a oito células (O'REILLY, Barry; BOTTOMLEY, Cecilia; RYMER, Janice. *Livro de bolso de ginecologia e obstetrícia*. Tradução do inglês: Fernanda Azevedo Silva Moreira Rato. Loures: Lusodidacta, 2008, p. 57).

selecionados aqueles que têm maior chance de implantação para transferência ao organismo materno. Vale deixar claro que, apesar da fecundação acontecer em meio laboratorial, ela é natural, tendo em vista que ocorre de forma espontânea, em que o espermatozoide mais forte e rápido fecunda o ovócito, originando o embrião⁶⁴.

A **injeção intracitoplasmática** de espermatozoide, popularmente chamada ICSI – sigla inglesa para *intracytoplasmic sperm injection* –⁶⁵, é uma variação da fertilização *in vitro*, que foi utilizada pela primeira vez em 1992. É recomendada em casos mais complexos de insuficiência de produção ou qualidade de espermatozoide, que à partida necessitariam de doação de sêmen. Nessa técnica, a fecundação não ocorre de forma natural, como ocorre na FIV, na verdade é manipulada em laboratório, sendo o espermatozoide selecionado (aquele que apresenta morfologia e mobilidade adequada), injetado diretamente no citoplasma do ovócito⁶⁶.

Na **transferência intrafalopiana de gametas**, denominado GIFT – da sigla inglesa *gamete intrafallopian transfer* –, o procedimento inicial é semelhante ao da fertilização *in vitro*, no entanto a fecundação não ocorre em laboratório. Os materiais genéticos previamente recolhidos e selecionados são depositados nas trompas de falópio⁶⁷, para que lá ocorra a fecundação.

Já a **transferência intrafalopiana do zigoto** ou ZIFT – *zigote intrafallopian transfer* – dá-se com a fecundação *in vitro* e a imediata transferência do zigoto (óvulo antes de se dividir e formar o embrião), para a trompa, diferindo da FIV apenas pelo tempo que se mantém *in vitro* e o local onde é introduzido no organismo materno⁶⁸.

E, por fim, vale mencionar o **diagnóstico genético pré-implantação**⁶⁹ (DGPI)⁷⁰ que consiste na realização de testes de genética em embriões⁷¹ antes da transferência para a

⁶⁴ RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 279.

⁶⁵ Maiores detalhes sobre essa técnica em: FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, p. 242.

⁶⁶ RAPOSO, V., 2005b, p. 117.

⁶⁷ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34-35.

⁶⁸ Existem diversas outras técnicas de PMA e ainda muitas estão em desenvolvimento, para maiores detalhes ver: FERNANDES, S., 2005, p. 49-50.

⁶⁹ O DGPI está previsto na Lei da PMA como uma das técnicas, todavia, ela não é uma técnica em si mesma, mas sim uma prévia seleção de embriões que serão utilizados nas técnicas da PMA (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporânea*. 3. ed. Reimpr. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 236). No entanto, em razão da previsão da lei, ela será colocada neste tópico.

⁷⁰ Sobre o assunto ver: OLIVEIRA, Guilherme de. Um caso de selecção de embriões. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 7-13, 2007.

mulher, com o objetivo de detectar doenças⁷². É uma seleção positiva na medida em que se escolhem embriões com determinadas características genéticas, e, negativa devido a excluir da implantação os que possuem as características indesejadas.

É uma prática criticada⁷³, pois da mesma forma que o método previne doenças hereditárias, pode conduzir à escolha de seres humanos com características pré-selecionadas, seja por desejo dos progenitores, ou dos governantes, para fins econômicos ou políticos (as chamadas práticas eugênicas). Assim, na medida em que permite a livre seleção de certas características, abre portas para o tratamento da criança como mercadoria, devendo esta preencher determinados requisitos assim como um produto⁷⁴.

Por esses motivos, o entendimento atual é de que o DGPI não é possível em todos os casos de transferência embrionária por meio de técnicas de PMA, mas apenas para prevenir doença grave de pessoas provenientes de famílias com alterações cromossômicas que causem morte precoce e quando existir risco elevado de transmissão à descendência (art. 29, n.º 1 e n.º 2 da Lei n.º 32/2006), excluindo a escolha deliberada do sexo ou de características físicas⁷⁵. A intenção do legislador é evitar uma gravidez que pode não chegar a termo pela inviabilidade do feto ou evitar o nascimento de uma criança que pode

⁷¹ Com três dias de desenvolvimento, no momento em que o embrião é composto por 6 a 10 blastômeros, mediante uma operação denominada biópsia embrionária, recolhe-se um ou dois blastômeros para análise do ácido desoxirribonucleico (ADN). Hoje em dia essa prática vem sendo tentada até aos 5 ou 6 dias de desenvolvimento do embrião, pois nessa altura é possível se extrair uma maior quantidade de blastômeros para atingir melhor resultado da técnica sem danificar o embrião (RAPOSO, Vera Lúcia. Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n. 8, p. 60, 2007b).

⁷² Vale a pena diferenciar o Diagnóstico Genético Pré-Implantação da Engenharia Genética, enquanto naquela não há qualquer alteração no código genético sendo apenas examinado o resultado da combinação do ADN dos progenitores, nesta o patrimônio genético é modificado seja retirando, inserindo ou alterando genes. Para maiores detalhes quanto à Engenharia Genética, cfr.: ARCHER, Luís. Uma Tecnologia nas Fronteiras do Humano. In: CENTRO DE ESTUDOS DE BIO-ÉTICA. *Genética e Pessoa Humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1991. (Coleção “Temas de Bio-Ética”, 1). p. 5-18.

⁷³ Sobre as diferentes posições leia-se: MENDONÇA, Marta. Melhoramento Humano em Geral: Perspectiva Ética. In: SILVA, Paula Martinho da (Coord.). *Investigação Biomédica, Reflexões Éticas* (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida). Lisboa: Gradiva, 2008, p. 205 e ss.

⁷⁴ PINHEIRO, 2005b, p. 770.

⁷⁵ John A. Robertson defende uma posição mais liberal, em que as características dos filhos podem ser escolhidas desde que sejam essas decisivas para os pais, pois estar-se-á dentro do conteúdo da liberdade reprodutiva, mas essa liberdade tem uma limitação que esbarra no direito das crianças nascerem normais e saudáveis (ROBERTSON, John A. *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 152-156).

falecer com pouco tempo de vida por ser portadora de grave anomalia ou de doença genética⁷⁶.

O problema se coloca quando se questiona que doenças genéticas ou anomalias são graves ao ponto de garantir o uso dessa técnica. Apesar de a lei não determinar quais sejam essas doenças, deve-se ter por base que o DGPI só deve se operar perante um elevado risco de transmissão ou necessidade de tratamento de doença grave, devendo sempre serem consideradas as boas práticas médicas e as recomendações do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que possui competência para definir o critério para aferição de doença ou anomalia grave (art. 28.º, n.º 3 e art. 30.º, n.º 2, al. f)).

O DGPI também é permitido para a escolha do sexo quando se está diante de uma doença grave ligada ao gênero, ou seja, doenças em que a transmissão só ocorre ao homem ou à mulher (art. 28.º, n.º 1 da Lei da PMA). Atenta-se para o fato de que não é permitido o procedimento para a escolha simplesmente do sexo, como uma característica desejável pelos pais, somente será possível quando esteja este ligado a uma doença grave.

Será admitido ainda o recurso ao DGPI quando for ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (da sigla inglesa *Human Leukocyte Antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave de terceiro, desde que previamente deliberado pela CNPMA (art. 30.º, n.º 2, al. q)). A lei abre assim exceção para o caso de seleção de embrião com o fim de gerar um ser compatível que forneça células estaminais, linfócitos, medula óssea ou órgãos, para tratar um irmão que padeça de uma doença grave a qual não encontra dador compatível, o denominado “bebê medicamento” ou “bebê salvador”⁷⁷.

É mais uma situação do DGPI que gera discussões, pois por um lado tem-se o direito à vida do doente que não encontra nenhum dador compatível para preservar a sua existência, e de outro o direito a não venalização da criança, que é utilizada como meio para tentar salvar a vida do doente. Os que negam esse procedimento defendem que há

⁷⁶ Para Paula Martinho e Marta Costa esta prática pode acabar por ser entendida como uma verdadeira discriminação em relação a quem tem determinada doença genética. As autoras dão o exemplo da fibrose cística e questionam se quando se rejeita embriões portadores desta doença, não se estará a considerar a vida dessa pessoa “menos valiosa do que a de uma pessoa saudável?” (SILVA; COSTA, 2011, p. 50). Também reporta Vera Lúcia Raposo o risco de no lugar de se ter “uma sociedade que tenta lidar com as diferenças e as especificidades de cada um” ter-se “uma sociedade a etiquetar de 'doentes' todos aqueles que são diferentes, e a impor-lhes uma cura que os torne semelhantes aos demais”, em vez de lidar-se com as particularidades que demandam uma adequação da sociedade a essas características próprias. Mas, como afirma a autora, se é possível optar entre “o nascimento de algumas criaturas em detrimento das restantes, não tem sentido proporcionar existência àquelas que morrerão em breve ou viverão em dor, e simultaneamente negar a existência aos que mais a poderiam desfrutar” (RAPOSO, V., 2007b, p. 61).

⁷⁷ RAPOSO; PEREIRA, 2006, p. 94.

uma verdadeira instrumentalização do filho concebido; ademais, apelam para o quanto esse tipo de prática pode ferir a integridade psíquica da criança que venha a nascer apenas como cura para o irmão e não como vontade livre e de amor dos seus pais. No entanto, o legislador parece concordar que o nascimento para salvar um irmão não é maléfico para a criança que vai ser concebida e extremamente benéfico para o irmão doente⁷⁸, de modo que não existe diminuição da dignidade do filho concebido com a finalidade de cura do irmão, pois além de a atitude não provocar grande sacrifício, dá ensejo de o segundo filho desempenhar um papel digno de solidariedade⁷⁹. Além do mais, é inconcebível pensar que a criança gerada será considerada apenas como fonte de tecidos, capaz de garantir a existência do irmão, não como sendo fruto de amor que qualquer pai e mãe devota a um filho.

A DGPI ainda é possível em outros tipos de doenças, a que se reporta o final do n.º 2 do art. 4.º da Lei da PMA. De acordo com o Tribunal Constitucional⁸⁰ são aquelas as quais se venham a verificar cumulativamente: ser possível prevenir o risco de transmissão através do recurso a uma técnica de PMA; ser grave e; não ser possível obter a prevenção do risco ou cura por outro método de prática clínica.

1.5. A procriação homóloga e heteróloga

Em função do uso dos gametas, diferencia-se a procriação medicamente assistida em homóloga e heteróloga. No primeiro caso a fecundação é realizada com espermatozoides de marido ou companheiro e com o ovócito da própria mulher, sem intervenção de terceira pessoa e; no segundo caso o espermatozoides ou ovócito⁸¹, ou ambos, é fornecido por dador(a)

⁷⁸ Como questiona Vera Lúcia Raposo, será que os motivos que levam ao nascimento do bebê salvador são tão penosos que este preferiria nunca ter nascido? (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 209-210).

⁷⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. O Direito Civil em Face das Novas Técnicas de Investigação Genética. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, número extraordinario, p. 153, 2006.

⁸⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101*. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 03 de março de 2009.

⁸¹ A dação é precisa quando a mulher não consegue produzir ovócitos, cujos ovários são inacessíveis, deficientes ou ainda quando estes são retirados cirurgicamente por questões de saúde. Essa dação não é tão facilmente aceite como a dação de sêmen, em razão da recolha do ovócito resultar em poucas tentativas de fecundação (a mulher apenas produz um por mês) e a estimulação de maior produção de ovócitos ser perigosa para a saúde da mulher, pois demanda um tratamento prévio, o qual envolve terapias hormonais dolorosas e que podem desencadear risco de esterilidade. Ademais, a extração do ovócito é muito mais complexa, requer um procedimento mais invasivo, associado aos riscos de um procedimento cirúrgico. Para aprofundamento, vide: O'REILLY; BOTTOMLEY; RYMER, 2008, p. 57.

estranho(a) ao casal⁸², seja por inexistência, insuficiência ou má qualidade do material genético.

Hoje não mais se discute a legalidade da procriação medicamente assistida heteróloga em Portugal como outrora⁸³, mas alguns autores ainda criticam a sua utilização: primeiro, por surgir uma pessoa estranha que quebra a intimidade do casal e afeta a harmonia da unidade familiar; segundo, por existir uma quebra do vínculo genético que liga o filho a um ou ambos os genitores, gerando maiores dificuldades de aceitação por aqueles atrelados à filiação como uma condição biológica⁸⁴; e também por não conseguirem aceitar essa invasão de um terceiro, quando existe a possibilidade de adoção que resolve simultaneamente o desejo de reprodução com as situações de grave carência social⁸⁵.

Acontece que o argumento de que o dador pode destruir a relação do casal não pode ser considerado absoluto, pois nem em todos os casos o terceiro prejudica a relação familiar, sendo a interferência, por vezes positiva, visto que o próprio direito à procriação ao ser negado, àquele que não pode fazê-lo com gametas próprios, pode degradar uma união. Ter um filho é uma das mais antigas pretensões do ser humano, uma das que se manifestam de forma mais forte, e mesmo dolorosa quando frustrada, capaz até mesmo de pôr fim a um relacionamento entre um casal quando não alcançada. A interferência na vida familiar não é totalmente estranha ao direito, tanto que o ordenamento jurídico atual prevê diversos dispositivos em que o terceiro a interfere, para ilustrar, o art. 1839.º, n.º 3, do CC, que regulamenta a adoção singular do filho do cônjuge; o art. 1883.º do CC, que possibilita o filho de apenas um dos cônjuges viver no lar conjugal. O que se observa, de forma geral, é apenas a imposição do consentimento “como condição da 'biointerferência'”⁸⁶.

⁸² A procriação heteróloga se divide em total ou parcial, na primeira nenhum material genético é proveniente do casal, enquanto na segunda o material genético de pelo menos um dos membros do casal é utilizado. A autora Silva da Cunha Fernandes faz ainda referência a uma terceira possibilidade, a procriação medicamente assistida heteróloga bisseminal. Nesse caso se emprega material genético masculino de duas pessoas distintas, o marido ou companheiro e do dador. Para maiores detalhes verificar: FERNANDES, S., 2005, p. 30-31.

⁸³ A PMA heteróloga é expressamente proibida em alguns países como a Itália, como dispõe o art. 4.º, n.º 3 da Lei n.º 40 de 19 de fevereiro de 2004.

⁸⁴ Ideia perfilhada por: CAMPOS, 2008, p. 84.

⁸⁵ Nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Procriação Assistida e Direito*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez. Coimbra: Almedina, 2000b. v. 1. p. 649.

⁸⁶ PINHEIRO, 2005b, p. 776.

Ademais, por muitas vezes a adoção não soluciona o desejo psicológico do casal de ter um filho que seja fruto seu. Como bem afirma Vera Lúcia Raposo⁸⁷, esse anseio não é apenas de ter filhos juridicamente reconhecidos, por força da lei ou de uma sentença judicial, como ocorre no caso da adoção, mas filhos aos quais se esteja vinculado biologicamente. Negar isso e invocar a adoção seria não apenas subestimar a “importância real da ligação biológica-genética, mas fazer vacilar muitas normas morais e jurídicas cuja existência deriva da primazia que é expressamente reconhecida a essa ligação”⁸⁸.

E por último, como adiante será tratado de forma mais detalhada, atualmente, não mais predomina o entendimento de que a filiação é decorrente do vínculo genético, sendo totalmente arbitrário o posicionamento daqueles que advogam em favor de uma relação filial apenas voltada para a identidade genética.

O fato é que, superados esses posicionamentos contrários, a Lei n.º 32/2006 prevê as duas modalidades de PMA, quando admite também a possibilidade de os casais se reproduzirem por meio de dadores, nos termos do art. 10.º. No entanto, a procriação heteróloga só pode acontecer subsidiariamente à homóloga⁸⁹, quer dizer, a utilização da procriação heteróloga só deve ser permitida quando a procriação por meios homólogos não for possível, face aos conhecimentos médico-científicos disponíveis ou quando implicar elevados riscos de saúde aos beneficiários ou ao nascituro.

São diversos os debates nessas duas formas de procriação assistida. No âmbito da reprodução homóloga, destaca-se a problemática em torno da inseminação ou transferência de embriões após morte do marido (foco dessa exposição) e o destino dos embriões excedentários (que será tratado mais à frente). Já a reprodução heteróloga, além dessas dificuldades que também ocorrem na inseminação homóloga, desencadeia outras problemáticas, destacadamente, quanto à questão da filiação, da gratuidade da dádiva de gametas, do anonimato do dador e do uso da maternidade de substituição.

Apesar de não ser o tema central desta dissertação, é preciso fazer menção sobre estes principais conflitos, visto que além de serem mencionados ao longo do texto, servirão

⁸⁷ RAPOSO, V., 2005b, p. 112.

⁸⁸ ARAÚJO, F., 1999, p. 35

⁸⁹ Por se estar diante de valores importantes como a integridade da família e a inalienabilidade da vida e dignidade humana, J. C. Vieira de Andrade entende que não se permite a procriação heteróloga por simples capricho, comodidade ou experimentação (ANDRADE, J.C. Vieira. Procriação Assistida com dador: o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2). p. 49-65).

para entendimento da abordagem que se propõe a tratar ao longo do trabalho. Passa-se a uma breve explicação e comentário dos principais pontos trazidos por essas formas de PMA.

1.5.1. O caráter gratuito ou oneroso do material genético

Primeiramente cabe colocar em pauta a discussão se se permeia a onerosidade ou gratuidade do material genético que é utilizado na PMA. Podem os gametas ser alvo de troca comercial ou apenas podem constituir um ato de dação sem qualquer forma de retribuição?

Os defensores da alienação dos gametas pugnam pelo princípio da autonomia da vontade, em que o indivíduo tem o direito à autodeterminação, ou seja, tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências, portanto, podem dispor do seu corpo, de suas partes isoladas e de seus produtos da forma que lhes aprouverem, com ou sem contraprestação⁹⁰.

Contudo, a autonomia da vontade, como um princípio que é, existe apenas dentro de limites (art. 81.º e art. 280.º, CC), podendo ser restringido quando se está diante de atos contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

No caso da comercialização do corpo humano, das suas partes e consequentemente dos seus produtos segregados se observa que a autonomia da vontade esbarra com o princípio da não instrumentalização do ser humano⁹¹. Dessa forma, prepondera o caráter *extra commercium* do material genético em face da não venalização do corpo humano⁹², independentemente, de ele ser considerado coisa, pessoa ou um *tertium genus* – entre pessoa e coisa (polêmica quanto a sua natureza jurídica que será tratada mais detalhadamente no próximo capítulo).

⁹⁰ Posição defendida por Augusto Lopes Cardoso que considera válida a onerosidade da dádiva de esperma à luz do art. 281.º do CC. Para o autor o fim do negócio jurídico seria contrário à ordem pública e aos bons costumes apenas quanto ao dador, pois "tratar-se-ia de negócio em que apenas «o fim» era contrário à ordem pública e aos bons costumes, mas tal fim não era comum a ambas as partes, pelo que só seria o negócio nulo quanto ao dador" (CARDOSO, A., 1991, p. 17-18). Jorge Duarte Pinheiro rebate esse entendimento afirmando que é a comercialização das células reprodutoras em si mesmas que ofende a ordem pública sendo, portanto, nula conforme o art. 280.º, n.º 2 do CC (PINHEIRO, 2005b, p. 776).

⁹¹ De acordo com Vera Lúcia Raposo é a própria dignidade da pessoa humana que veda a atribuição de valor monetário à pessoa e suas partes (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 81).

⁹² LOUREIRO, 2006, p. 38; PINHEIRO, 2005b, p. 776.

Não é diferente o entendimento da Lei n.º 32/2006 que considera a disposição do material genético um ato de autonomia individual pautada pelos valores de solidariedade⁹³, acolhendo a gratuidade e proibindo a compra ou venda de material genético, embriões ou qualquer material biológico decorrente da aplicação das técnicas de PMA (art. 18.º).

Apesar dos centros de PMA não poderem atribuir qualquer valor ao material genético nem aos embriões doados, a regra de que os gametas não têm preço não quer dizer que o dador não possa receber uma compensação pelos gastos que teve com a dação ou com os atos técnicos que a envolvam (como recolha, teste, armazenagem, cultura e transporte)⁹⁴, como decorre do art. 22.º, n.º 3 da Lei n.º 12/2009, de 26 de março, relativa ao regime jurídico da dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos de origem humana. Assim sendo, pode o dador receber uma compensação pelos incômodos e encargos em razão da dádiva, desde que não seja um valor atribuído ao material biológico em si mesmo⁹⁵.

A questão é que não se sabe quais são os limites para aferir esse valor, de forma que ele realmente represente uma compensação e não acabe por se tornar uma forma de pagamento pelo material genético doado. Na tentativa de evitar desvio da lei e proteger o ser humano da exploração que qualquer contrapartida possa acarretar, o CNPMA fez em maio de 2010 uma recomendação⁹⁶ sobre a atribuição de compensação aos dadores de células reprodutivas. Nesse sentido, a compensação de doação de ovócitos foi fixada no montante máximo de uma vez e meia o valor do Indexante dos Apoios Sociais (Lei n.º 53-B, de 29 de dezembro), e a compensação para dação de espermatozoide no valor máximo de um décimo do valor do Indexante dos Apoios Sociais (ambos em vigor no momento da dádiva⁹⁷), e não atribuição de qualquer compensação no caso de dação de embriões.

⁹³ Enfatiza Sandra Marques Magalhães que o ovócito é uma célula que não se produz constantemente ao longo da vida da mulher, ele possui um número limitado de quantidade definida que vai reduzindo ao longo da vida, de modo que a dação de ovócitos resulta numa diminuição da capacidade de reprodução e só encontra amparo se baseada na ideia de solidariedade (MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 43).

⁹⁴ SILVA; COSTA, 2011, p. 105.

⁹⁵ CARDOSO, A., 1991, p. 17.

⁹⁶ CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA. *Recomendação sobre a atribuição aos dadores de células reprodutivas das compensações previstas no art. 22.º da Lei n.º 12/2009, de 26 de março* (Disponível em: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Recomendacao_CompensacoesDadores.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014).

⁹⁷ A Professora Doutora Margarida Silvestre, da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra em palestra proferida sobre a “Procriação medicamente assistida – Aspectos médicos e éticos”, afirmou que,

1.5.2. O vínculo paterno-filial na procriação medicamente assistida

As regras do estabelecimento da paternidade⁹⁸ operarão, se a mulher for casada, pela presunção *pater is est quem nuptiae demonstrat*, presente no n.º 1 do art. 1826.º do CC⁹⁹. Tal presunção pode ser ilidida pelo marido, mãe, filho (representado quando necessário) ou Ministério Público, mediante ação de impugnação da paternidade, como resulta dos n.ºs 1 e 2 do art. 1839.º, CC¹⁰⁰. Contrariamente, se a mulher não for casada (art. 1847.º, CC), a paternidade estabelecer-se-á ou pela perfilhação (art. 1849.º a 1863.º, CC) ou através da ação de investigação de paternidade (art. 1869.º a 1874.º, CC).

Com o surgimento da PMA com recurso de dador houve uma dissociação entre a figura do genitor biológico e o pai jurídico, fazendo questionar se as regras gerais de filiação se aplicam nessa nova forma de reprodução.

Tem-se reconhecido que mesmo quando a gravidez seja decorrente de práticas de PMA, não se excluem as regras gerais, sendo o espírito da lei suficiente para abranger esses casos "dada a marca muito forte da proveniência do casal"¹⁰¹. Sendo assim, da mesma forma, opera a presunção, que é *juris tantum*, podendo ser afastada pelas pessoas dispostas no art. 1839.º, n.ºs 1 e 2 do CC. Contudo, a própria lei prevê uma exceção a essa possibilidade de impugnação, no n.º 3 do art. 1839.º do CC, quando estabelece que em caso

atualmente, os valores adotados em Portugal são de: 628 euros para dação de ovócitos e 41 euros para a dação de espermatozoides (Conferência sobre PMA e Medicina Pré-Natal, de 27 de março de 2014, na Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, realizada pelo Centro de Direito Biomédico e o Departamento de Ciências Médicas, Legais e Ético-deontológicas da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra).

⁹⁸ Sobre a filiação *vide*: MENDES, João Castro de; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Direito da Família*. Lisboa: AAFDL, 1990/1991, p. 214-238.

⁹⁹ Jorge Duarte Pinheiro alerta para o fato de que a extensão do casamento aos homossexuais prevista no art.º 5.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, não autoriza a extensão da presunção da filiação nesses casos (PINHEIRO, 2005b, p. 167).

¹⁰⁰ José António de França Pitão afirma que a presunção *pater is est* pode ser encontrada no art. 1831.º, n.º 1, do CC quando fala que a presunção da paternidade renasce "quando se provar que no período legal da concepção existiam relações entre os cônjuges, que tornam verossímil a paternidade do marido ou que o filho, na ocasião do nascimento, beneficiou de posse do estado relativamente a ambos os cônjuges". Aplicar-se-ia, então, a união de fato por analogia, pois esta pressupõe uma comunhão de vida análoga à dos cônjuges (PITÃO, José António de França. *União de facto no direito português*: a propósito da Lei nº 135/99, de 28/08. Coimbra: Almedina, 2000, p. 76-77). Jorge Duarte Pinheiro defende que em relação ao art. 1826.º do CC não é possível fazer uma analogia para esses casos, a menos que se alterem as regras no que concerte à extinção da união de fato, pois para funcionar a presunção há necessidade da certeza quanto à existência do vínculo da mãe e do pretenso pai, o que não acontece com a união de fato em que a constituição e extinção está desvinculada de qualquer formalidade (PINHEIRO, 2011, p. 165-166).

¹⁰¹ ASCENSÃO, 2000b, p. 655.

de consentimento há presunção de paternidade que não pode o que tiver consentido contestar.

Em outras palavras, quando se estiver diante das técnicas de PMA, entende-se que valerá a regra geral de que o filho é do marido, o ordenamento jurídico não exclui essa presunção quando há a utilização de técnicas de procriação assistida, mas, quando existir consentimento, não será possível afastar a paternidade pela impugnação do art. 1839.º, n.ºs 1 e 2, CC, à exceção de quando ficar comprovado que o consentimento não foi dado, não foi dado para o ato que foi prestado, ou que esse foi viciado¹⁰².

No caso da mulher viver em união de fato valerá a mesma regra, caso o homem que com ela conviva tiver consentido na inseminação não será possível a impugnação (art. 20.º, n.º 1, Lei da PMA). Somente poderá contestar a paternidade da mesma forma que é concebida ao marido, ou seja, a perfilhação deverá fundar-se em relação ao consentimento, jamais em relação ao vínculo biológico¹⁰³.

Tendo em conta que a disposição do material genético pelo dador é pautada pela solidariedade num ato de autonomia individual, sem qualquer manifestação de vontade em adquirir paternidade, na verdade, possui expectativa legítima de não ser reconhecido como pai, o dador não assume qualquer vínculo paterno-filial, poder parental, expectativa sucessória e qualquer direito ou obrigação com a criança que venha a nascer (art. 10.º, n.º 2 e art. 21.º da Lei da PMA) ou com as pessoas envolvidas no projeto parental.

Percebe-se nesse contexto que o vínculo biológico não é fator absoluto para caracterização da filiação¹⁰⁴, a criança pode ter um vínculo paterno-filial sem ser biológico, isto é, pode vir a ser atribuída a paternidade ao marido ou companheiro da mulher, apesar desse não ter contribuído com o seu material genético (procriação heteróloga).

¹⁰² Há uma tendência na doutrina de justificar a impossibilidade de impugnação do marido ou convivente que consente na inseminação artificial no abuso de direito na modalidade do *venire contra factum proprium* (Vide sub. art. 1839.º, n.º 3, notas. 9-11 em: LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil: Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 187-191. v. 5). Guilherme de Oliveira critica essa posição por acreditar, na verdade, que existe uma justificação de natureza familiar e social que constitui o fundamento da norma, ou seja, a justificação da norma não está no abuso de direito, mas o epicentro do preceito está na aceitação voluntária do novo vínculo de paternidade que faz com que não possa depois ser recusado por aquele que o aceitou (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Critério Jurídico da Paternidade*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1998, p. 351-452).

¹⁰³ Nesse sentido: OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Procriação Assistida com dador: Tópicos para uma intervenção. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2). p. 39-40.

¹⁰⁴ CORTE-REAL, 2002, p. 775.

Atualmente, tem se verificado uma importância do consentimento para o estabelecimento de filiação que não se baseia na prática de ato sexual, no entendimento de que "não intervindo o elemento biológico forçoso se torna que intervenha o elemento volitivo"¹⁰⁵, tanto é assim no caso de procriação assistida, como no caso da adoção, em que há necessidade de declaração de vontade de adotar.

Esse consentimento, no caso da PMA, precisa ser expresso por escrito e prestado perante o médico (art. 14.º, n.º 1 da Lei da PMA)¹⁰⁶, possuindo dois efeitos, o de autorizar o uso das técnicas de PMA e de reconhecer a filiação do filho que vier a nascer. Só não poderá ser válido o segundo efeito, caso o consentimento tenha sido dado, mas sem os devidos esclarecimentos (em relação ao estatuto jurídico de pai), nos termos do art. 14.º, n.º 2, da mesma lei.

Da leitura do art. 1839.º, n.º 3 do CC se extrai que há criação de um vínculo de filiação natural presumido por lei, contudo, estar-se-á diante de um pensamento errôneo, uma vez que a filiação natural é fundada em razão do caráter biológico, o que não acontece no caso da procriação assistida heteróloga. Esse artigo parece instituir outro tipo de filiação que "afasta-se do vínculo natural de filiação e antes se aproxima da filiação adoptiva. Mas também não se confunde com esta"¹⁰⁷. Assim, o ordenamento prevê atualmente três tipos de filiação: a natural; a adotiva e; a filiação por inseminação artificial consentida pelo cônjuge¹⁰⁸ ou companheiro.

Sobre o assunto, a doutrina ainda traz outra discussão: se o marido da esposa que consentiu não pode impugnar por força do n.º 3 do art. 1839.º do CC, podem as demais pessoas do n.º 1 do art. 1839.º do CC?

Para Antunes Varela¹⁰⁹, não apenas o marido que não consentiu, mas também o filho e qualquer dos cônjuges que não consentiu (até mesmo a mulher que não se

¹⁰⁵ DUARTE, 2003, p. 59.

¹⁰⁶ Entende José de Oliveira Ascensão que o consentimento deve ser expresso não apenas para o ato de inseminação, mas também dirigido ao vínculo de filiação. Assim, ambos devem ser dados e possuem seus efeitos jurídicos, no entanto o vínculo de filiação só existirá se o consentimento tiver sido dado para esse fim, pois o "epicentro do preceito está na própria aceitação de um vínculo de novo tipo de paternidade" (ASCENSÃO, 2000b, p. 662-664; Id., 1991, p. 454).

¹⁰⁷ Id., 2000b, p. 660.

¹⁰⁸ Carlos Pamplona Corte-Real também compreende que não existe no art. 1839.º, n.º 3 uma norma excepcional, mas uma norma especial que consagra "uma nova modalidade de constituição de um vínculo de filiação, não necessariamente genética porque legitimada precisamente por situações de infertilidade, mas situada bem ao lado da filiação biológica e da filiação adoptiva" (CORTE-REAL, op. cit., p. 356-357).

¹⁰⁹ Vide sub. art. 1839.º, n.º 3, notas. 9-11 em: LIMA; VARELA, 1995, p. 187-191 e; PEREIRA, Joana Cabral. Considerações sobre o artigo 1839º nº 3 do Código Civil: implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga. *Scientia Iuridica*, Braga, n. 292, tomo 51, p. 151-175, 2002.

apercebeu da fecundação ou julgou ter concebido com esperma do marido) podem impugnar o consentimento, excluindo apenas o dador através do Ministério Público, justificando no Decreto-Lei n.º 319/86^{110 111}.

Todavia, não é possível a ninguém a não ser o cônjuge que não consentiu na inseminação artificial de impugnar a paternidade conferida no art. 1839.º, n.º 3 do CC. Conforme enfatiza Tiago Duarte¹¹², quando a inseminação é consentida não há uma imputação de uma falsidade biológica, mas o estabelecimento de novo vínculo filial motivado por razões que não são biológicas¹¹³. Desta forma, não se mantêm os motivos previstos no art. 1839.º, n.º 1 do CC que possibilitam a impugnação da paternidade, pois “não existe nenhuma presunção contrária à verdade que seja passível de impugnação. Em relação ao marido da mãe que consentiu na inseminação não se presume que é o pai biológico, mas ‘pai social’ pelo que, não havendo ‘farsa’, a ninguém deve ser dado o poder de ilidir a presunção de paternidade impugnando uma ‘mentira’, afinal, inexistente”.

No mesmo sentido, julga Remédio Marques¹¹⁴ não ser possível a aplicação das normas dos arts. 1828.º a 1834.º do CC, visto que na PMA a filiação não tem correspondência necessária com a verdade biológica e todas essas normas pretendem afastar a presunção de filiação dos nascidos e concebidos na constância do casamento.

Apesar da tendência a se igualar a filiação ao vínculo genético (tanto é assim que se permite o uso dos exames de sangue como meios de prova nas ações relativas à filiação – art. 1801.º, do CC), as relações de filiação estão além dos vínculos biológicos e genéticos, originam-se “por toda uma rede relacional que envolve o projecto familiar, a criação, a educação e o afecto (os laços designados socioafectivos)”¹¹⁵, de modo que não é

¹¹⁰ VARELA, Antunes. A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 128, n. 3846, jan. 1995; n. 3848 mar. 1995; n. 3849, abr. 1995; n. 3852, jul. 1995; n. 3853, ago. 1995, p. 66-67.

¹¹¹ Tiago Duarte discorda da posição de Antunes Varela, pois para o autor se referir apenas ao Decreto-Lei n.º 319/86 de 25 de setembro não resolve o problema de saber como tratar a questão desde 1977 até 1986, além disso, reforça que o referido diploma não soluciona dúvidas interpretativas quanto ao art. 1839.º, n.º 3, mas apenas estabelece “uma moratória na prática de inseminação heteróloga, em centros que ainda não estivessem a funcionar, até a matéria das autorizações necessárias ao funcionamento dos mesmos ser pública”. Diante desse quadro, o autor coloca que não há qualquer sentido em permitir impugnação às pessoas referidas no n.º 1 do art. 1389.º do CC, mas não permitir ao dador do material genético mediante o Ministério Público (DUARTE, 2003, p. 64-65).

¹¹² *Ibid.*, p. 63.

¹¹³ Possui também esse entendimento: ASCENSÃO, 2000b, p. 664.

¹¹⁴ MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões* - Notas Breves. Disponível em: <<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3753>>. Acesso em: 29 jun. 2014. p. 17.

¹¹⁵ MAGALHÃES, 2010, p. 45.

possível contestar uma filiação baseada no consentimento, quando esta não tiver raízes genéticas¹¹⁶.

1.5.3. A maternidade de substituição

Surge a maternidade por substituição, maternidade substituída, ou barriga de aluguel¹¹⁷ quando uma mulher não pode levar adiante a gravidez, por não possuir estrutura física adequada, mas apenas mediante o uso do útero de outra mulher. Nas palavras de Vera Lúcia Raposo esse instituto se dá quando há um acordo mediante o qual “uma mulher se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente entregá-lo a terceiro, renunciando em favor deste a todos os direitos sobre a criança, inclusivamente à qualificação jurídica de ‘mãe’”¹¹⁸.

Pode ocorrer nas seguintes situações: quando há fecundação com gametas de um casal e transferência do embrião para uma mulher que apenas gerará a criança; quando há fecundação do ovócito da mulher que levará a gravidez com esperma do marido do casal ou com esperma de terceiro dador e; ainda quando há fecundação do ovócito da mulher parte do casal com o esperma de um dador ou fecundação do ovócito de uma dadora com o sêmen do marido ou de um dador, sendo o embrião resultante implantado dentro do útero de uma terceira mulher que suportará a gravidez.

Os poucos que defendem a barriga de aluguel sustentam o direito de a mulher dispor do seu corpo e de partes dele (princípio da autonomia da vontade), bastando o seu consentimento para que a prática seja possível¹¹⁹. Advogam no sentido de que se houver

¹¹⁶ Numa perspectiva psicológica, Eduardo Sá expõe: “(...) é-se filho de alguém por causa do código genético, ou apesar disso? Obviamente, apesar disso. Daí que, num plano psicológico, falar-se duma filiação genética representa uma falsidade porque apelando ao rigor ético, filiação é uma experiência relacional e afectiva e, em circunstância alguma exclusivamente biológica (...) é ter uma visão reducionista da relação e desprezar a função que ela desempenha no modo como um ser humano a utiliza para se reconhecer nos seus ascendentes” (SÁ, Eduardo. Problemas Psicológicos da Fecundação com Esperma de Dador. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2). p. 46).

¹¹⁷ Esse termo é usado quando há negócio oneroso entre as partes.

¹¹⁸ A maternidade de substituição não é uma técnica de procriação medicamente assistida propriamente dita, visto que “todo o processo se pode desenrolar sem recorrer à ciência médica”, o que acontece é a utilização anterior de uma técnica de procriação (RAPOSO, V., 2005b, p. 118).

¹¹⁹ Fernando Araújo se posiciona a favor da maternidade de substituição por não ser necessariamente danosa e acreditar que a condenação do aluguel do útero e não a venda de esperma pode traduzir-se numa discriminação à mulher. Para uma análise detalhada do posicionamento, consultar: ARAÚJO, F., 1999, p. 29-31.

retribuição no contrato será referente ao serviço pessoal que é prestado pela gestante¹²⁰ (como se paga a um médico para fazer uma fertilização *in vitro*)¹²¹, acrescido de uma compensação por esta abdicar da criança e dá-la ao casal.

A possibilidade da maternidade de substituição onerosa faz a maioria da doutrina repugnar essa prática por entender que fere a dignidade da pessoa humana, tanto em relação à criança, por equipará-la à mercadoria, como também em relação à mulher que levará a gestação, por utilizá-la como meio para um serviço, sobretudo quando se considera que haverá uma exploração das mulheres pobres pelas ricas, pois o pagamento (por vezes de grande vulto) conduz as mulheres (em regra mais pobres) a se submeterem a essa prática que de outra forma jamais se submeteriam¹²².

O contrato não oneroso¹²³ não gera tantas confusões¹²⁴, pois o consentimento da mulher será prestado de forma clara¹²⁵, não influenciada por questões patrimoniais, revelando-se a solidariedade e altruísmo da ação capaz de garantir o direito à reprodução daqueles pais que não podem ter filhos senão por meio do útero de outra mulher¹²⁶.

Todavia, ainda assim, existe uma corrente a considerar que de qualquer forma a maternidade de substituição denota coisificação da pessoa humana, porque apesar de não se comercializar a criança, ela é objeto de um contrato, situação que não é possível nem mesmo gratuitamente (princípio da não instrumentalização do ser humano), além de que as cláusulas impostas por esse tipo de contrato, como, por exemplo, aquelas em que se obriga

¹²⁰ Essa teoria causa estranheza quando se pensa que é possível considerar exigências na qualidade dos serviços e perfeição do produto final (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma (duas)*: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 16-17).

¹²¹ Exemplo trazido por: *Ibid.*, p. 23.

¹²² Cfr.: PINHEIRO, 2005b, p. 778.

¹²³ A favor do contrato não oneroso desde que observadas algumas regras vê-se: DINIS, 1993, p. 12-13 e RAPOSO, Vera Lúcia. *De Mãe para Mãe: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005a, p. 128-129.

¹²⁴ O Brasil não possui uma norma específica que regulamente a PMA, sendo as normas de deontologia médica que dispõem sobre essa técnica. Assim a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/92, alterada pela Resolução n.º 1.957/2010, prevê a gestação de substituição, não onerosa, desde que a doadora temporária do útero pertença à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

¹²⁵ Questiona Sandra Magalhães até a validade do consentimento da mãe gestacional, pois não “é possível aduzir que a gestante realmente conheça todos os aspectos envolvidos na sua manifestação de vontade”, ela “não sabe ainda os vínculos psicológicos ou afetivos que criará com o ser que se desenvolverá em seu ventre, os sentimentos que nutrirá durante esse desenvolvimento e com o nascimento” (MAGALHÃES, 2010, p. 47-48).

¹²⁶ Jorge Duarte Pinheiro leva a defesa da plena validade do contrato no caso que a mãe de recepção seja também a mãe genética, por não haver colisão com aquele que seria o critério predominante de estabelecimento da filiação (genético), além de se estar também a evitar uma discriminação dos casais em que a mulher não possa levar a cabo a gestação com sucesso, perante os casais inférteis que já poderiam ter filhos mediante o recurso às técnicas de PMA (PINHEIRO, 2005b, p. 778).

a realizar diversos exames, de abortar, de se abster da prática de relações sexuais sem métodos contraceptivos até que a fecundação aconteça, entre outras cláusulas de comportamento, colidem com o direito de liberdade pessoal da mulher¹²⁷.

Nesse quadro, Guilherme de Oliveira¹²⁸ considera que pelo ordenamento jurídico atual é preciso concluir que esse tipo de contrato é inválido, pois o consentimento da mãe gestante quanto à entrega da criança, sendo prestado antes da concepção, ofende o art. 1982.º, n.º 3 do CC que prevê que o consentimento da adoção só pode ser dado pela mãe do adotado decorridas seis semanas após o parto, dispositivo que quis garantir a plena consciência no consentimento, o que aplicado analogicamente¹²⁹, visto que os interesses envolvidos no contrato de gestação são semelhantes, torna nulo o consentimento do contrato de gestação (art. 81.º, n.º 1 e art. 280.º do CC), por violar¹³⁰ os princípios básicos da regulamentação do estado de família, designadamente, o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores, podendo afirmar que é contrário à ordem pública¹³¹.

Essa também foi a opção do legislador na Lei da PMA, prevendo no art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006 a nulidade dos negócios jurídicos que tenham por objeto, a título gratuito ou oneroso, a gestação de uma criança.

No entanto, atualmente existe uma tendência a sugerir que a proibição da maternidade de substituição não vai acabar com a sua existência, nem com a procura de sua realização em países em que esta seja permitida¹³², de modo que é preciso uma

¹²⁷ Sobre os diversos argumentos *vide*: RAPOSO, V., 2005a, p. 44-62.

¹²⁸ OLIVEIRA, 1992, p. 64.

¹²⁹ Joaquim José de Sousa Dinis critica essa ideia de que existe uma analogia entre contrato de gestação e a adoção, pois essas situações, à partida, são diferentes, embora se reconheça terem pontos comuns não devem ser tratadas da mesma forma (DINIS, 1993, p. 13).

¹³⁰ Igualmente: SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995, p. 226.

¹³¹ Contrariamente, Jorge Duarte Pinheiro fala que os motivos apontados não são decisivos, pois "na eventualidade de coincidência entre a mãe genética e a mãe de recepção, é discutível quer a existência de uma violação das regras legais de regulação do destino dos menores, dado o predomínio do critério biológico no estabelecimento da filiação (que, por isso, tende a orientar a definição da titularidade dos direitos e deveres parentais), quer uma aplicação analógica do regime da prestação do consentimento da mãe no adoptando à prestação do consentimento da mãe de gestação, já que o regime da adopção pressupõe que os adoptantes não sejam também genitores biológicos". Por isso, defende que a maternidade por substituição viola os "princípios de ordem pública em matéria de Direito da Personalidade uma vez que esse contrato impõe a uma das partes que ela suporte 'uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição da mulher', em que há uma instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra venha a receber um filho" (PINHEIRO, 2005b, p. 779).

¹³² O fato de um país próximo prever uma norma contrária pode gerar o perigo do turismo em busca da PMA, ainda mais quando se está diante da União Europeia em que existe a livre circulação de pessoas e prestação de serviços. A restrição do acesso de certas pessoas à PMA acaba por dar azo ao turismo da procriação

regulamentação a conferir adequada proteção às partes envolvidas. Tanto é assim que, à época de conclusão deste trabalho, estavam em andamento três projetos de lei com o intuito de legalizar a maternidade de substituição em Portugal¹³³.

Assim, parece mais sensato aceitar que a proibição não “produzirá os almejados resultados”, visto que a maternidade de substituição continuará a ser praticada clandestinamente, deixando as partes em total desproteção, de maneira que é melhor regulamentar a situação, tutelando as condições atentatórias à dignidade das pessoas envolvidas, mediante uma legislação dotada de requisitos e condições contratuais¹³⁴. Ademais, em defesa da validade do instituto se está também a evitar uma discriminação dos casais em que a mulher não possa levar a cabo a gestação com sucesso e que não poderiam ter filhos de outra forma.

Outro problema que surge pelo fenómeno da maternidade de substituição é a possibilidade de dois ou mais vínculos maternos para um mesmo ser humano: com a mãe portadora ou de gestação, aquela que é responsável apenas pela gestação da criança; com a mãe substitutiva que é dadora do óvulo (que pode ser ou não também a mãe portadora) e; com a mãe de recepção, de destino ou social¹³⁵, aquela que tem um projeto parental.

O legislador, na intenção de desanimar esse tipo de contrato, afirma que será a mulher gestacional a mãe da criança que vier a nascer para todos os efeitos (art. 8.º, n.º 3, da Lei da PMA)¹³⁶. Essa solução, ao sancionar a mulher que se submeter à maternidade de substituição, esquece completamente a criança envolvida na situação. Ao confiar a maternidade a uma mulher que na maioria das vezes não demonstra qualquer interesse em ser mãe da criança, o legislador no lugar de colocar em interesse prioritário o bem-estar do

assistida, em que os cidadãos de um Estado Membro da União procuram outro país que permita realizar o que seu país de origem não admita. Assim Filipa Cabral afirma que a natureza transfronteiriça da matéria exige uma ação comunitária dos países "para o intercâmbio de experiências, divulgação de informações e, ao mesmo tempo, para definir as fronteiras entre o progresso da ciência e os direitos da pessoa humana", sendo necessária uma coadunação de regras comuns sobre algumas questões (SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de. A procriação medicamente assistida na União Européia: harmonizar ou reagir? *O Direito*, Lisboa, ano 140, n. 4, p. 891, 2008).

¹³³ Projeto de Lei n.º 131/XII de autoria do Partido Socialista (publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 95, de 11 de janeiro de 2012) e Projeto de Lei n.º 138/XII de autoria do Partido Social Democrata (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 100, de 18 de janeiro de 2012).

¹³⁴ Cfr. DINIS, 1993, p. 13 e; RAPOSO, V., 2005a, p. 141.

¹³⁵ Nomenclatura referida por ASCENSÃO, 2000b, p. 666-667.

¹³⁶ A atribuição da maternidade à mãe gestacional é criticável. Tiago Duarte não concorda com esse posicionamento da lei por não fazer sentido que a mãe genética receba como punição a "pena perpétua" de ficar sem o "seu filho", enquanto a mãe que dá à luz a uma criança que não possui qualquer ligação genética deva ser considerada mãe, olvidando completamente a existência da pessoa que transmitiu material genético para esta (DUARTE, 2003, p. 87-88).

filho(a), na verdade, tornou-a "de todo menosprezado"¹³⁷. Surge, então, a necessidade de como resolver a situação da relação materno-filial da criança que nasce mediante essa técnica, ainda quando esta não seja permitida.

Relativamente à mãe, entende-se que a filiação resulta do fato do nascimento (art.º 1796.º, n.º 1, do CC), no entanto, no caso da maternidade resultante da procriação medicamente assistida, esse artigo não pode ser utilizado, pois como afirmar que é mãe aquela responsável pela gestação do bebê¹³⁸, mas que não possui nenhum vínculo genético, nem de projeto parental com a criança? Representa esse entendimento o melhor interesse da criança?

Certamente, “não é possível utilizarmos as mesmas respostas que utilizamos em caso de maternidade natural quando nos encontrarmos perante situações novas e completamente diferentes”¹³⁹. A hipótese de separação do ato sexual e a reprodução não foram previstas à época da feitura da norma, de modo que com o surgimento das técnicas de PMA, as regras de filiação não podem se reger mais pela letra da lei¹⁴⁰.

Dessa forma, José de Oliveira Ascensão considera que prevalece para caracterização da maternidade a relação genética, porque a mera portadora não pode ser mãe, por a gestação não ter caráter decisivo na maternidade, de modo que não adianta dizer que o legislador deu prevalência à mãe de gestação, pois da mesma forma que ele refere a gestação como reconhecimento da filiação refere a derivação biológica quando prevê a possibilidade de impugnação no art. 1807.º do CC . Portanto, o autor afirma que se o ovócito é da gestante, essa é a mãe; se o ovócito é da beneficiária, não há dúvidas de que essa é mãe por manter vínculos biológicos com a criança e esses não serem disponíveis por negócio jurídico; se o óvulo é de uma dadora que não se confunde com a mãe gestacional, o novo ser gerado não possui mãe¹⁴¹. Nesse último caso, o autor impõe como saída para

¹³⁷ ASCENSÃO, 2007, p. 997.

¹³⁸ Para Francisco Manuel Pereira Coelho a intenção do preceito não foi dizer que a mãe é aquela que dá à luz, mas na verdade que a maternidade independe de “um acto de ‘reconhecimento’ da mãe (‘sistema de filiação’), e não parece leal atribuir à norma um sentido que manifestadamente não era o seu” (COELHO, F., 1993, p. 11).

¹³⁹ COSTA, A., 2000, p. 76.

¹⁴⁰ Já Antunes Varela diz que ainda assim a preferência deve caber à mãe gestante, pois há um intenso laço que se fortalece ao longo dos nove meses de gestação que não se compara ao “vínculo que o orgasmo feminino momentâneo cria entre a mulher sexualmente excitada e o óvulo que o seu ovário produz ou do que a caprichosa vontade que possua a mulher estéril de possuir um filho que a Natureza lhe nega” (VARELA, 1995, p. 68).

¹⁴¹ ASCENSÃO, 2007, p. 998.

afastar a hipótese de um filho sem mãe a denominada adoção uterina, situação em que há adoção do feto ainda durante a gestação¹⁴².

Apesar de apresentar algum raciocínio lógico, a posição de José de Oliveira Ascensão não parece razoável em razão de considerar apenas a filiação biológica, quando o próprio ordenamento prevê outras formas de filiação.

Tem que ser ter em conta que a mãe gestacional, à partida, não possui interesse na criança que venha a dar à luz, não tendo qualquer sentido reconhecê-la à maternidade apenas porque a regra é de que a mãe é aquela que gera a criança; também não se deve confundir a mulher que tem o seu óvulo fecundado pelo esperma do seu marido, consentindo depois que o embrião já fecundado seja transferido para o útero de uma terceira pessoa, “com uma mera dadora de ovócitos, porque nela não existe um espírito desinteressado de entrega do embrião para que outrem possa engravidar”¹⁴³; mas também não se pode falar que se o ovócito é de uma dadora, que não se confunde com a mãe gestacional, o novo ser não possui mãe, sem considerar a mulher que imbuída num projeto de maternidade, pretende ter, mediante PMA, um filho que não consegue obter de modo natural.

O entendimento que parece mais coerente, inclusive com o reconhecimento do consentimento para o estabelecimento da filiação paterna, é o respaldado por Jorge Duarte Pinheiro: no caso da mãe de recepção coincidir com a mãe que doa o ovócito não há dúvidas que será conferida a essa a maternidade pela junção do elemento genético com o volitivo¹⁴⁴. Quando a mãe de recepção não contribuir com o ovócito (seja esse proveniente da mãe gestacional), a maternidade será estabelecida em relação àquela, pois irá predominar a vontade de assumir o projeto parental, só não será assim caso a mãe gestacional declare a sua vontade na maternidade, pois nessa situação existirá o elemento volitivo mais o biológico. Já quando o ovócito advenha de uma terceira dadora, que não a mãe social nem a mãe gestacional, também prevalecerá o caráter volitivo. Contudo, havendo mais de uma pretensão de maternidade sobre a criança, será essa conferida à mãe

¹⁴² Id., 2000b, p. 668-670.

¹⁴³ DUARTE, 2003, p. 86-87.

¹⁴⁴ Nesse sentido, Vera Lúcia Raposo defende que a maternidade é sempre da mãe que deseja a criança e tem um projeto parental definido, ainda que não tenha qualquer vínculo genético (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 136).

gestacional, não porque o parto se configura como um critério de filiação, mas porque “a gestação se configura como um sucedâneo (biológico) do elemento genético”¹⁴⁵.

É de salutar também o estabelecimento da paternidade nos casos de maternidade de substituição. Diante da confusão de opiniões que esse instituto suscita quanto à aferição da maternidade, esquece-se que a paternidade se torna ainda mais confusa.

Como visto, a paternidade, no caso da mulher casada, funciona de acordo com a presunção, logo, considerando que a mãe é a que carrega o filho (seja ela dadora dos ovócitos ou não), conforme prevê a lei, o filho será considerado do seu marido ou companheiro. Veja-se o conflito que é gerado quando a mãe gestacional é inseminada com sêmen do pai do projeto parental ou de um terceiro dador, será considerado pai o marido ou companheiro da gestante que não possui qualquer vínculo genético com a criança e que, à partida, não a desejou (e no caso em que o ovócito também for de uma dadora, nem mesmo terá vínculos com sua mulher). Nesse caso o pai biológico poderá contestar e interpor uma ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 1801.º do CC?

Caso não haja consentimento do marido da mãe gestacional ou que o filho não nasça da inseminação para que o consentimento foi prestado (n.º 5 do art. 20.º da Lei da PMA), pode ser impugnado e ser estabelecida a paternidade em favor do dador de esperma que possui um projeto parental em relação à criança (que não se confunde com o dador anônimo, pois a este não serão atribuídos quaisquer direitos ou deveres relativamente à criança nascida, como dispõe o art. 21.º da Lei da PMA), ao contrário, o marido da mãe gestacional será considerado pai da criança, ainda que não seja pai biológico¹⁴⁶.

Essa dúvida já não existirá quando se basear na maternidade volitiva, conforme se propõe. Resolvendo a maternidade, com base nos parâmetros apontados, a paternidade será estabelecida mediante as regras gerais do CC, sendo, então, o pai o marido ou companheiro da mãe que consentir na prática, seja pai genético ou não.

1.5.4. O anonimato do(a) dador(a)

Originalmente, o anonimato do dador surgiu como uma forma de salvaguardar os interesses dos participantes da PMA, mas a partir de certa altura começou-se a discutir

¹⁴⁵ PINHEIRO, 2005b, p. 783-784.

¹⁴⁶ MARQUES, [s.d.], p. 33-34.

outra posição no sentido de permitir a identificação do dador para garantir o direito à identidade pessoal e genética da criança¹⁴⁷.

Na Europa se formaram duas correntes, uma de influência anglo-saxônica e germânica que defende o não anonimato do dador¹⁴⁸ e a corrente dos países de influência francesa que reconhecem o anonimato.

Quem sustenta o anonimato, posiciona-se no sentido de que o melhor seria o sigilo, pois de forma contrária estaria a ferir os direitos de privacidade e de intimidade da vida familiar (art. 26.º, n.º 1, da CRP) do casal usuário da técnica¹⁴⁹, que pode ter a família abalada com a intromissão de um estranho (por prejudicar a relação da criança com o pai legalmente constituído), bem como relativamente ao dador, que não deseja ser procurado por ser pai de alguém que não tem interesse em ser¹⁵⁰. Além disso, a identificação do dador pode resultar numa diminuição no número de dadores “indispensável à superação dos problemas de infertilidade”¹⁵¹, embaraçando o acesso ao uso da técnica por parte daqueles que não podem gerar com material genético próprio.

Na segunda corrente, o entendimento é de que a PMA não deve ser utilizada apenas voltada ao interesse dos pais, mas, sobretudo no da criança que venha a nascer, dessa maneira, deverá ser possível a identificação do dador¹⁵², como reconhecimento do direito à identidade pessoal (art. 26.º, n.º 1, CRP)¹⁵³ e do direito à identidade genética (art.

¹⁴⁷ De acordo com João Loureiro isso decorre dos efeitos do tempo, é "a radicalização da ideia de autenticidade da modernidade, a apontar para uma exigência de verdade e abertura" (LOUREIRO, João Carlos. O nosso pai é o dador n. XXX: A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 212).

¹⁴⁸ A Suécia foi um dos primeiros países a reconhecer o direito ao conhecimento da identidade do dador, como se prescreve no art. 4.º da Lei n.º 1140, de 20 de dezembro de 1984, o direito da criança maior de idade conhecer os dados do(s) seu(s) progenitor(es) biológico(s).

¹⁴⁹ Na verdade o segredo garante não só a defesa da intimidade da vida privada, como protege “da insensibilidade que resultaria de considerar a inseminação como algo de vulgar que não fizesse diferença vulgar” (CARDOSO, A., 1991, p. 23).

¹⁵⁰ ARCHER, Luís. Procriação Medicamente Assistida: Evolução do Pensamento Ético de 1986 a 1999. In: NEVES, Rui; MELO, Helena (Coord.). *Genética e Reprodução Humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000, p. 31.

¹⁵¹ CORTE-REAL, 2002, p. 354.

¹⁵² Essa é a posição de: CAMPOS, 2008, p. 82-85; BARBAS, 2006, p. 175; LOUREIRO, 2012, p. 197-270; OTERO, 1999, p. 73; COSTA, A., 2000, p. 128.

¹⁵³ De acordo com Canotilho e Vital Moreira, a identidade pessoal abrange “aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular e irreduzível, (ele abrange seguramente), além do direito ao nome, um direito à «historicidade pessoal»”. Sendo que o direito à historicidade pessoal abarca “o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores podendo fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade”. Os autores levantam a questão se isso implicaria num direito ao conhecimento dos progenitores e afirmam que “nesse sentido, o direito à identidade pessoal postularia mesmo o direito à

26.º, n.º 3, da CRP)¹⁵⁴. Assim, o direito de procriar (ver tópico 1.2., do capítulo 1) poderá ser limitado¹⁵⁵, nos termos do art. 18.º, n.º 2 da CRP, para assegurar o direito à identidade da criança, cuja estabilidade psicológica depende disso¹⁵⁶. Antes de tudo, consideram que o sigilo não deve ocorrer principalmente “por amor à própria *verdade*, para cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital do seu nascimento¹⁵⁷”.

Numa posição intermediária estão os que defendem que não é necessária a identificação do dador, mas apenas o acesso à sua identidade genética, ou seja, ao seu ADN. Sendo assim, o anonimato do dador não significa que tudo constitui segredo, podendo “configurar-se vários graus de segredo a que correspondem vários graus de revelação”¹⁵⁸, em que seria possível numa primeira fase, revelar ao filho que este nasceu mediante uma técnica de PMA, e numa segunda fase, seria permitido conhecer os antecedentes genéticos do dador, sem chegar a revelar a identidade.

Da redação do art. 15.º, da Lei n.º 32/2006, extrai-se que o ordenamento prevê primeiro o anonimato (n.º 1), logo depois flexibiliza com a revelação de dados de natureza genética, bem como podem obter informações sobre a existência de impedimentos legais de casamento junto ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mas sem

identidade genética como seu substituto” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: Anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1. p. 462).

¹⁵⁴ Segundo Vera Lúcia Raposo a identidade genética possui três vertentes: o direito de que ninguém altere a identidade genética (manipulação genética); que ninguém copie a identidade genética (clonagem) e o direito a conhecer a ascendência genética. O direito à historicidade pessoal também está abarcado no direito à identidade genética, pois “expressa o conhecimento das nossas raízes genéticas, mesmo que estas não façam parte da nossa história pessoal/social” (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 112). Já para João Carlos Loureiro, o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores não está ligado ao direito à identidade genética, sendo esse um direito que aponta para que o genoma humano seja inviolável e irrepitível, mas na dimensão da identidade e da historicidade pessoal (LOUREIRO, João Carlos. O direito à identidade genética do ser humano. *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 40, Colloquia 2, p. 290-291, 1999).

¹⁵⁵ Para Guilherme de Oliveira caso se adote esse regime, tem-se que revogar o art. 1978.º do CC, que estabelece confidencialidade do ato de adoção e de ocultação do progenitor biológico, visto que ambos os institutos prevêem problemas paralelos (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 49, v. 3, p. 780, 1989).

¹⁵⁶ Defendendo a ausência do anonimato do dador, Vera Lúcia Raposo propugna que não é possível dar primazia ao direito à privacidade quando os dadores têm a livre opção de participar ou não da criação de uma nova pessoa. No momento da dação esses estão cientes que sua ação pode vir a acarretar a revelação da sua identidade, cabendo a ele sob pesar suas motivações, o custo da revelação e não deixar a criança às cegas sobre sua identidade biológica (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 107).

¹⁵⁷ VARELA, 1995, p. 101.

¹⁵⁸ DINIS, 1993, p. 10.

revelar a identidade do dador (n.ºs 2 e 3)¹⁵⁹, e, por fim, excepciona com a identificação por “razões ponderosas”, a serem definidas judicialmente¹⁶⁰ (n.º 4).

Destarte, por outras palavras, no ordenamento português prevalece o anonimato do dador, salvo se este permitir a sua identificação (final do n.º 3 do art. 15.º da Lei da PMA), podendo as pessoas nascidas através da PMA com dador recorrer junto aos órgãos competentes para obter informações apenas de natureza genética que lhes digam respeito, ou recorrer ao CNPMA para buscar informações sobre eventual impedimento legal (impedimento dirimente ou meramente impediante) ao casamento menos à identificação do dador. Contudo, a lei apresenta uma exceção, sendo possível obter informações sobre a identidade do dador desde que haja razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial¹⁶¹.

Com essa posição gradual o legislador tentou harmonizar as soluções, contudo, concretamente, não parece ser a melhor opção a adotada. Essa definição legal evita o surgimento de intervenções indesejadas e a diminuição dos dadores de ovócitos e espermatozoides, mas só garante o direito à identidade genética de forma excepcionalíssima.

Em busca de um equilíbrio se destaca a teoria de Rafael Reis¹⁶² que defende a admissibilidade do conhecimento do dador e, excepcionalmente, mediante reconhecida decisão judicial, outros valores poderiam paralisar a revelação. O autor coloca que esses casos só ocorreriam em situações de demonstrado “prejuízo maior que aquele que a

¹⁵⁹ Dentre as suas atribuições está centralizar todas as informações relevantes acerca da PMA, nomeadamente o registro de dadores, beneficiários e crianças nascidas através da prática de PMA (art. 30.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006).

¹⁶⁰ Acerca do n.º 4.º do art. 15.º da Lei da PMA, Remédio Marques considera que o é suficientemente aberto de modo a permitir à criança nascida mediante uso dessas técnicas intentar uma ação declarativa contra as pessoas que negaram o conhecimento das suas raízes biológicas desde que haja um "concreto interesse processual", que para o autor se justifica, por exemplo, em caso de ausência de bem-estar psíquico (MARQUES, [s.d.], p. 22). Já para Loureiro uma leitura aberta se demonstra errônea, afirma que "em sede de hermenêutico-constitucional não se ignora a importância do princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, mas também não se desconhece que este tem tido como fronteira do admissível o respeito pela *ratio legis*, se nos movermos na abordagem metodológica tradicional. É inequívoco que o legislador não quis ceder aqui aos ventos suecos que, há mais de vinte anos, associaram inseminação heteróloga e direito ao conhecimento da sua ascendência genética [...] as 'razões ponderosas' terão de ser consideradas como excepcionais, embora ainda aí haja uma paleta de possibilidades de concretização". Sendo assim, para o autor, as razões ponderosas são o conhecimento para fins de tutela da saúde (LOUREIRO, 2012, p. 249-250). Apesar de todos esses entendimentos serem válidos, somente a jurisprudência, com o tempo, irá definir quais são as razões ponderosas.

¹⁶¹ A referida lei, em alguns de seus artigos, foi alvo de ação de inconstitucionalidade, sendo julgado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 101/2009. No que concerne à questão do anonimato, decidiu o Tribunal que não infringia a Lei Magna, na medida em que não existia um anonimato absoluto, mas um regime mitigado que não violaria o direito (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101*. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 03 de março de 2009).

¹⁶² REIS, 2006, p. 365.

efetivação do direito de conhecimento das origens genéticas poderia evitar”, a exemplo, da proteção dos núcleos familiares estabelecidos ou da saúde psíquica do dador. Nesse contexto, mediante requerimento do dador, as razões ponderosas serviriam para justificar a quebra do anonimato e não o contrário, de modo a salvaguardar o direito ao conhecimento das origens genéticas, sem interferir em grande escala, na quantidade da doação de esperma.

1.5.5. Os beneficiários das técnicas

Os beneficiários¹⁶³ são aqueles que podem ter acesso às práticas da PMA. De acordo com a lei só podem ser as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de fato, ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006)¹⁶⁴. Além disso, devem possuir mais de 18 anos e não se encontrarem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica (art. 6.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006)¹⁶⁵.

A lei nada fala em relação à pessoa solteira ou aos casais homossexuais, assim, tem-se defendido que não é permitido a essas pessoas buscarem os meios da PMA, argumentando que o direito de procriar está intimamente limitado pela salvaguarda do desenvolvimento integral da criança (art. 69.º, CRP), então, deve ser dada preferência à paternidade/maternidade àqueles que estão em melhores condições de proporcioná-la "um ambiente familiar normal"¹⁶⁶. Nesse consentâneo, o interesse da criança é visualizado na bilateralidade, ou seja, o ideal é que a criança possua um pai e uma mãe e não uma mãe ou pai ou um casal constituído por duas mães ou dois pais, de maneira que a PMA só deve ser

¹⁶³ O termo “beneficiários” usado na Lei da PMA foi cuidadosamente escolhido, pois alberga não só os pais biológicos, mas também aqueles que nada têm a ver com a constituição biológica da criança, são os “pais de destinação ou sociais” (ASCENSÃO, 2007, p. 980-981).

¹⁶⁴ Apesar de a doutrina portuguesa não considerar a união de fato como uma relação familiar, de certo que ela é uma relação parafamiliar em que muito se assemelha com a família matrimonializada e que embora se dissolva pela vontade livre das partes, não significa que "se trate de uma união sociologicamente mais instável que a união conjugal" (PINHEIRO, 2005b, p. 774). Na perspectiva do melhor interesse da criança, não é possível dizer que uma união de fato possa trazer menos estabilidade ou um ambiente menos saudável para seu crescimento quando a "estabilidade almejada é a do lar, a que se baseia numa comunhão real, num relacionamento afectivo, e não a que decorre da dificuldade de extinção de um vínculo jurídico preexistente entre dois pais" (Id., 2011, p. 251).

¹⁶⁵ José Oliveira Ascensão critica esse artigo por não fazer qualquer referência à possibilidade de um dos beneficiários ou ambos sofrerem notoriamente de anomalia psíquica, mas não se encontrarem interditados ou inabilitados (ASCENSÃO, op. cit., p. 980). Não obstante a ausência de referência da lei, Jorge Duarte Pinheiro aduz que se aplica por analogia o art. 1850.º, n.º 1 do CC de modo a vedar o acesso à PMA também nesses casos (PINHEIRO, 2011, p. 252).

¹⁶⁶ PINHEIRO, 2005b, p. 767.

acessível aos casais heterossexuais que *a priori* podem fornecer uma maior estabilidade à criança para o crescimento em um ambiente são.

No que tange à pessoa solteira, ainda que se ponha em questão a existência fática (e crescente) das famílias monoparentais (não apenas aquelas causadas por divórcio ou morte de um dos progenitores, mas também aquelas em que a pessoa se reproduz sem possuir qualquer vínculo jurídico com outra) e a possibilidade de adoção singular pelo ordenamento jurídico (art. 1979.º, n.º 2 do CC), alega-se ser incomparável a família composta por apenas um dos genitores ou a adoção singular com a família formada na PMA por um dos genitores, porque no momento da decisão sobre o vínculo adotivo está-se perante uma criança que já existe e que carece de progenitores, então, entende-se que se ela não pode ter dois, que ao menos tenha um; enquanto que no momento de se decidir sobre a procriação medicamente assistida a criança ainda não existe, logo, não se admite o uso de técnicas para o nascimento de uma criança que apenas terá um progenitor, não é, portanto, do seu melhor interesse¹⁶⁷ uma “monoparentalidade projectada”¹⁶⁸.

Já em relação aos homossexuais, apesar de não lhes ser negado o direito de procriar e o art. 13.º, n.º 2 da CRP recusar qualquer discriminação em razão da orientação sexual, o entendimento dominante na sociedade é de não considerar a família heterossexual igual à homossexual¹⁶⁹. Existe uma tendência a não conferir direitos a essa última, inclusive, em não considerá-la como uma instituição familiar. Mesmo com a mudança da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que mediante o art. 1577.º, veio permitir a celebração de casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo, alterando a noção de casamento que até então vigorava em Portugal, esse pensamento ainda predomina na sociedade.

Paula Martinho e Marta Costa¹⁷⁰ entendem que com a entrada em vigor dessa lei, pela leitura literal, se criou uma diferença entre os conviventes hetero e homossexuais, quando o casamento entre pessoas do mesmo sexo é permitido e o acesso à PMA por parte dos conviventes de diferentes sexos é consentido, o que parece afirmar que a PMA é

¹⁶⁷ Ibid., p. 772-773.

¹⁶⁸ LOUREIRO, 2006, p. 34.

¹⁶⁹ Nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro: "a homossexualidade já não escandaliza profundamente a maioria da sociedade. Todavia, continua a ser uma orientação minoritária que ainda não é tida como 'normal'. A ideia, por exemplo, de um casal de lésbicas com um filho causa estranheza. Na óptica social dominante, é aconselhável que a parentalidade seja exercida por um casal 'mais padronizado'" (PINHEIRO, op. cit., p. 773).

¹⁷⁰ SILVA; COSTA, 2011, p. 26.

permitida para os cônjuges homossexuais e heterossexuais e os unidos de fato heterossexuais¹⁷¹.

No entanto, João Carlos Loureiro¹⁷² alerta que aberto o instituto do casamento a relações entre pessoas do mesmo sexo, não decorre necessariamente, com a entrada em vigor do diploma, o poder de aceder às técnicas de procriação medicamente assistida, nem mesmo que a nova lei viria reforçar a insustentabilidade da leitura de exclusão dos homossexuais do rol de beneficiários do art. 6.º, n.º 1 da Lei da PMA. Para o autor a exclusão do legislador foi proposital, pois o tratamento aos casais heterossexuais e homossexuais deve ser dado de forma diferenciada, tanto que a adoção conjunta não é permitida pelo ordenamento jurídico português (art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio)¹⁷³. Para o autor, quando o legislador criou as regras da PMA, fê-las tendo em conta duas pessoas de sexo diferente, tanto assim que o previu especificamente para os unidos de fato de sexo diferente, não fazendo o mesmo para o casamento, uma vez que na altura em que esta lei foi aprovada não havia ainda casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A alteração processada na norma veio então abrir o casamento civil a cônjuges do mesmo sexo, referindo expressamente a proibição para a adoção, mas esqueceu-se de se referir quanto às técnicas de PMA.

Ocorre que, diante dessa alteração legislativa que nega adoção conjunta por casais homossexuais, mas nada refere quanto à filiação em razão da PMA, o que antes era indiscutível, isto é, apenas os casais heterossexuais podiam recorrer legalmente às técnicas de PMA, passou a ser discutível. Fica aberta a interpretação legislativa no sentido de admitir a PMA a essas pessoas.

Considerando que o desejo a ter uma descendência conectada por laços de sangue é um direito reprodutivo fundamental, como já tratado, todas as pessoas são em abstrato, titulares desse direito¹⁷⁴, então, qualquer posicionamento contrário à PMA em relação às

¹⁷¹ Esse também é o entendimento de: RAPOSO, Vera Lúcia. Crónica de um casamento anunciado: O casamento entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Ministério Público*, ano 30, n. 120, p. 157-190, 2009.

¹⁷² LOUREIRO, João Carlos. Há mais vida para além da letra: A questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei de procriação medicamente assistida. *Revista Portuguesa de Bioética*, ano 19, n. 11, p. 278 e ss, 2010.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 284.

¹⁷⁴ Vale transcrever o posicionamento de Ana Paula Guimarães: "Encarando as técnicas de procriação artificial não só como uma terapia de combate à esterilidade, mas também como um novo meio de procriação colocado à disposição de todos aqueles que pretendem, em qualquer circunstância, dar expressão à sua liberdade, especificamente, à sua liberdade procriativa, terá de se concluir pela não limitação desta liberdade, ou seja, pela possibilidade da mulher decidir se quer ser mãe e de optar pelos meios disponíveis sejam os naturais, sejam os artificiais. É o que resulta do respeito pela liberdade de procriação em toda a sua extensão.

pessoas solteiras¹⁷⁵ e aos homossexuais é atentatória aos princípios constitucionais da igualdade e do respeito pela liberdade de orientação sexual^{176 177}.

O Estado apenas pode colocar limites ao exercício desse direito, desde que esses tenham fundamento em critérios legítimos, devendo manter-se afastadas todas as considerações de “caráter moral desprovida de qualquer fundamento”¹⁷⁸. No entanto, não é isso que se verifica nesse caso, como bem afirma Vera Lúcia Raposo esse posicionamento reporta-se a “uma concepção de família fundada na santíssima trindade – pai, mãe e filho”¹⁷⁹ em que se “assomam considerações morais, se não mesmo religiosas, sobre opções pessoais de vida”¹⁸⁰ e que inclusive não possuem estudos científico-psicológicos conclusivos¹⁸¹ quanto aos riscos que essa ausência de biparentalidade pode causar na formação da personalidade da criança¹⁸². O interesse que está em causa é o de um ambiente saudável onde a criança possa nascer e se desenvolver, mas o fato é que não se pode

Na verdade, nos nossos dias, enquanto o homem precisa da mulher para procriar, a mulher não necessita de intervenção do homem, basta recorrer a um banco de esperma, pode até procriar a partir de uma célula sua, sem necessidade de gâmetas masculinos. Por outro lado, somos confrontados com uma dificuldade: a afirmação do direito à maternidade sem quaisquer reservas pode ser prejudicial do ponto de vista dos interesses do filho" (GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 38-39).

¹⁷⁵ A lei espanhola (Lei n.º 14/2006, de 26 de maio) prevê no art. 6.º o acesso à PMA a toda mulher casada, ou não.

¹⁷⁶ Cfr.: CORTE-REAL, 2002, p. 356 e; CARDOSO, A., 1991, p. 10.

¹⁷⁷ Vera Lúcia Raposo lembra que o direito ao casamento difere do direito a constituir família, sendo assim, ainda que não fosse consagrado o direito a essas pessoas ao casamento nada impede que possam formar família, conforme a segunda parte do art. 26.º, n.º 1 da CRP (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 55).

¹⁷⁸ Id., 2005b, p. 120.

¹⁷⁹ Id., 2007a, p. 39.

¹⁸⁰ Ibid., p. 41.

¹⁸¹ Os estudos “psicossociológicos ainda não demonstraram cabalmente que esse tipo de formações familiares entrave de facto o crescimento saudável da criança [...]. De modo que a argumentação apresentada, assentando embora em motivações legítimas (o bem estar da criança, que não pode ser instrumentalizada a intenções e desejos que lhe são estranhos, tais como o desejo a ser mãe ou a ser pai), parte de uma petição de princípios: a definição daquilo que seja o interesse e o bem estar da criança emerge demasiado conotada com concepções moralistas” (Id., 2005b, p. 121).

¹⁸² Para a autora “este raciocínio defronta-se com três ordens de aporias: primeiro, funda-se em motivações mais moralistas do que empíricas, porquanto a ciência ainda não foi capaz de demonstrar que estes sujeitos (os excluídos pelo art. 6.º) são incapazes de desempenhar cabalmente o papel parental; depois, porque se assim fosse, e na expectativa de sermos congruentes com o suposto princípio básico da sua incompetência, teríamos igualmente que impedir de procriar por via natural; finalmente, e obedecendo ainda à regra da congruência, teríamos que avaliar a capacidade de cada potencial progenitor e impedir concomitantemente todos aqueles outros considerados inadequados (alcoólicos, toxicodependentes, psicóticos... e porque não os deficientes?), o que é demasiado aberrante para ser levado a sério” (RAPOSO, V., 2007a, p. 48-49). Em sentido contrário, Amélia Costa expõe que “do ponto de vista afectivo e de estruturação da personalidade da criança, situações desse género, podem, segundo o actual estágio de desenvolvimento da ciência e da psicologia, vir a acarretar consequências que poderão vir a mostrar-se, em certos casos, praticamente irremediáveis” (COSTA, A., 2000, p. 50).

afirmar que a família tradicional (mãe, pai e filho) constitui esse ambiente, enquanto a família constituída por casais homossexuais não constitui.

Na realidade do mundo hodierno se vislumbra a construção dos mais variados tipos de família baseadas no afeto¹⁸³, o que demonstra o que alguns já defendem de que “a família se funda mais em laços sentimentais do que em laços jurídicos ou mesmo genéticos”¹⁸⁴.

Não existem razões jurídicas para desconsiderar essas pessoas, quando se está diante de uma família monoparental que se prolifera a cada dia; a possibilidade de adoção singular pelo ordenamento jurídico (art. 1979.º, n.º 2 do CC) e; o casamento e uniões de fato homossexuais serem tuteladas como as demais (art. 1.º da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto e art. 1577.º, CC).

¹⁸³ Não há dúvida que as crianças nascidas com uso das técnicas de PMA são fruto de um ato de amor, seja ela de apenas um genitor ou com dois genitores independentemente da opção sexual, o que se comprova pelos sacrifícios, custos pessoais e psicológicos suportados (COSTA, A., 2000, p. 52).

¹⁸⁴ SÁ, 1993, p. 48.

CAPÍTULO II

A PROcriação Medicamente Assistida *POST MORTEM*

2.1. Situando a problemática

Depois de fazer uma inclusão geral no tema da procriação medicamente assistida, passa-se ao assunto central deste estudo, qual seja, a procriação medicamente assistida *post mortem*.

O problema surge quando durante o procedimento das técnicas de PMA, um dos membros do casal falece, seja antes da inseminação, restando sêmen conservado (inseminação ou FIV *post mortem*), ou até mesmo após a inseminação já ter ocorrido e estar-se-á diante de um embrião criopreservado (transferência de embrião *post mortem*).

Como consequência, o membro sobrevivente do casal se vê diante de um quadro em que o seu desejo de prole é tolhido, assim, vislumbra na PMA *post mortem* uma possibilidade de realizar esse anseio, pelos mais diversos pretextos, seja na tentativa de prolongar a vida da pessoa amada, de obter consolo, de evitar solidão¹⁸⁵, ou até mesmo, de apenas realizar a vontade do defunto de ter um filho(a)¹⁸⁶.

Independente do motivo em que se busque a PMA *post mortem*, a possibilidade de sua utilização gera diversos posicionamentos por parte da doutrina, inclusive, a situação, a par das já tratadas, é uma das mais controversas no âmbito da procriação medicamente assistida, principalmente, diante da lacuna em que a Lei n.º 32/2006 deixou quanto aos efeitos filiatórios e sucessórios decorrentes, gerando um problema de insegurança na aplicação das leis nesse ramo do direito.

2.2. A Inseminação ou FIV *post mortem*

Com a criação dos bancos de esperma e a facilidade de congelá-lo para ser usado no futuro, hoje, a pessoa que sofre de uma doença grave, por exemplo, câncer, cujo tratamento pode torná-la estéril, tem a chance de posteriormente ter um filho biológico.

¹⁸⁵ Para Luís Archer são inúmeros os casos em que o desejo de ter filhos está balizado pelo "egoísmo, narcisismo, e volúpia de auto-afirmação" (ARCHER, 1990, p. 191-195).

¹⁸⁶ Esse interesse pode estar ligado ao desejo do falecido de imortalidade ou de resolver problemas sucessórios (PINHEIRO, 2005b, p. 780).

Essa possibilidade, apesar de ser muito positiva por garantir o direito à reprodução daqueles que padecem de uma enfermidade, pode também acarretar complicações, caso aconteça o falecimento dessa pessoa antes do uso desse material genético.

Surge aí a problemática da inseminação ou FIV *post mortem* que tanto pode ocorrer no transcurso do procedimento, como, antes de se ter iniciado a técnica de PMA, quando o defunto apenas deixou sêmen armazenado para uma futura utilização.

No intuito de entender melhor essa questão, começar-se-á pelo estudo do estatuto jurídico do material genético e do direito de disposição deste mesmo após a morte, para depois adentrar no tratamento conferido à inseminação¹⁸⁷ após o falecimento do genitor.

2.2.1. A classificação jurídica do material genético

Quando se está a tratar de estatuto jurídico do material genético os autores se dividem: uma parte o considera como coisa, por estar separado da pessoa; outra entende que possui caráter personalíssimo, por ser parte da pessoa ainda que destacado do corpo; ou, ainda, considera um *tertium genus* (entre pessoa e coisa).

Até mesmo para os que consideram as partes do corpo como coisa, ou seja, tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas (art. 202.º, n.º 1 do CC), a extensão desse conceito para o material genético se encontra de difícil sustentação, quando existe uma diferença clara deste para os demais órgãos e produtos do corpo humano¹⁸⁸. Enquanto algumas partes do corpo humano têm o cunho de salvar vidas, os gametas possuem o código genético capaz de gerar uma nova pessoa, de modo que não podem ser tratados da mesma maneira. Assim, José de Oliveira Ascensão defende que as partes do corpo humano detêm dignidade e esta é “acrescida quando essas partes se mostram aptas a desempenhar uma função”, a qual no caso de ovócitos e sêmen, traduzem na “potência de vida que contêm”¹⁸⁹. Dessa forma, não é possível falar que o material genético é coisa e que seja propriedade de alguém. Para o autor "todo elemento genético é da ordem das pessoas"

¹⁸⁷ Nesse trabalho usar-se-á apenas o termo inseminação para fazer referência tanto a inseminação como a FIV *post mortem*.

¹⁸⁸ As partes separadas do corpo humano para parte da doutrina não se encontram na esfera dos direitos da personalidade, mas dos direitos patrimoniais, tornando-se com a separação da pessoa uma *res nullius*, objeto de direito privilegiado de ocupação da pessoa da qual proveio (CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 91-92).

¹⁸⁹ ASCENSÃO, 1991, p. 448-449.

ainda que não aceite que sejam pessoas "devem reconhecer que são da ordem das pessoas"¹⁹⁰, portanto, não podem ser tratados como se fossem coisa¹⁹¹.

Não obstante o seu caráter diferenciado das demais células do corpo humano, também não é possível assumir que os gametas sejam pessoas, visto que apesar de seu potencial de gerar um novo ser, não conseguem isso, por si só, ao contrário do embrião intrauterino¹⁹².

A tese intermediária defende um meio termo por não se conseguir vislumbrar nem uma pessoa, nem uma coisa¹⁹³. Assim, não existe um direito de propriedade sobre o material genético, pois não são coisas em *stricto sensu*, possuem contornos específicos diante do caráter diferencial dessa célula que contém parte do código genético de um novo ser humano, mas também com esse não se confunde¹⁹⁴.

Dessa forma, o sêmen e o ovócito não são coisa nem pessoa, são bens jurídicos que compõem o acervo de determinada pessoa¹⁹⁵, sobre eles pode ser exercida uma forma de domínio, sem caráter patrimonial¹⁹⁶.

Com isso tudo, o que se percebe, é que o desenvolvimento da genética reclama novos conceitos e instrumentos que expressem o diferente poder exercido sobre os materiais genéticos. Enquanto nada é feito, deve-se adequar essas situações, de modo que não se vê motivo "para que não se use o conceito de «propriedade» e de «coisa» com as devidas e consideráveis adaptações"¹⁹⁷.

É nesse contexto que se permite mediante consentimento a doação de material genético, pois mesmo que à partida o contrato de doação apenas incidida sobre coisas

¹⁹⁰ ASCENSÃO, 2007, p. 989.

¹⁹¹ O doutrinador Luis Archer critica veementemente o estatuto de coisa para os gametas isolados, posto que "teria que aceitar-se o direito a escolhê-los, rejeitá-los, modificá-los e decidir sobre eles", o que poderá provocar um paralelismo com a prática de doação de sangue ou órgãos para transplante, mas "enquanto o sangue que dá ou o órgão que se transplanta não vão interferir com a identidade da pessoa do receptor (nem com a do dador), os gametas são precisamente as células que especificam a identidade da eventual pessoa vindoura" (ARCHER, 1990, p. 193).

¹⁹² RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 74.

¹⁹³ João Carlos Loureiro nega a tese que sustenta que o estatuto do gameta é *tertium genus*, ou que possui uma pré-personalidade ou personalidade parcial. Segundo o autor "não se pretende reeditar uma versão *aggiornata* dos homúnculos do pré-formacionismo, sendo também de rejeitar as teses de uma personalidade parcial". Assim, coloca que apesar de autonomamente serem elementos do corpo e coisas não são livremente disponíveis, apresentando um caráter personalíssimo no seu estatuto (LOUREIRO, 2006, p. 30 e 39).

¹⁹⁴ Refere-se Rafael Gómez-Ferrer aos gametas como "*cosas especiales*" (SAPIÑA, Rafael Gómez-ferrer. Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones. *Revista Juridica del Notariado*, enero-marzo, p. 192, 1995).

¹⁹⁵ QUEIROZ, 2006, p. 149 *apud* MAGALHÃES, 2010, p. 61.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, 2006, p.155.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 155-156.

passíveis de ser objeto de propriedade, nesse caso, o contrato será possível desde que se considerem as devidas adaptações pela particularidade do domínio que se verifica sobre os gametas¹⁹⁸.

Diferentemente do embrião, o destino das células reprodutivas não sofre grandes discussões, há uma concordância quanto à disponibilidade deste, em nome do princípio da autonomia privada, sendo lícito dispor deste como do corpo humano e de suas partes destacadas, desde que respeitados a lei e os bons costumes.

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

2.2.2. A disposição do material genético após a morte

Nos termos do art. 68.º do CC, a personalidade jurídica cessa com a morte; portanto, quando se está diante de uma inseminação *post mortem* entende-se não ser possível mais falar em direitos reprodutivos, visto que a aptidão para ser sujeito das relações jurídicas se extinguiu com a pessoa.

Mas, como afirma Capelo de Sousa, o fim da personalidade jurídica não impede que existam bens que continuem a perdurar no mundo das relações jurídicas, na verdade, para o autor "mais do que uma mera tutela de bens jurídicos, a nossa lei estabelece uma permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte"¹⁹⁹. Nesse consentâneo, o art. 71.º do CC confere alguns direitos ao falecido, pois apesar da personalidade findar com a morte, nada impede que ela continue a produzir certos efeitos²⁰⁰.

A doutrina, as leis, os juízes afirmam a permanência, com o fim da vida, de certo número de interesses, vontades e de direitos próprios do falecido em vida que perduram após a morte, o que se comprova pelo testamento em que a vontade do morto subsiste e

¹⁹⁸ Em razão disso Vera Lúcia Raposo considera que o contrato é *sui generis*, não podendo considerar como de doação por não se estar diante de uma coisa propriamente dita (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 79).

¹⁹⁹ SOUSA, R., 1995, p. 189-193.

²⁰⁰ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1961. v. 1. p. 183-184.

predomina; o direito à sepultura e à sua proteção; o direito ao seu cadáver e de decidir o seu destino; o direito ao nome; o direito moral de autor; etc.²⁰¹.

Como assevera Ana Cláudia Pirajá Bandeira, dentro do contexto dos transplantes *post mortem*²⁰², essa proteção para além do falecimento, trata-se do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação a ver respeitadas as suas intenções mesmo para depois da morte. Assim sendo, a disposição do material genético decorre desse espaço de liberdade, em que se fundamenta a utilização do sêmen após o falecimento do *de cuius* no direito deste se perpetuar e de ultrapassar a sua vida por meio da PMA²⁰³.

Nesse sentido, os gametas podem ser ato de disposição pessoal, a fim de ser utilizados após a morte de quem dispôs. Não se vê razão para negar eficácia à disposição para um uso concreto *post mortem* dos próprios gametas desde que devidamente consentido. Esse também é o posicionamento de Francisco Rivero Hernández²⁰⁴, para o qual é possível a utilização do sêmen, pois é permitido dispor para depois da morte não apenas de relações jurídicas patrimoniais. Justifica o autor na liberdade fundamental do ser humano “*la de dar vida o de no darla*”, sendo a inseminação uma manifestação ou prolongação da capacidade reprodutiva da pessoa de quem procede o sêmen, e por isso, só esta pode decidir sobre seu uso.

Igualmente, Capelo de Sousa²⁰⁵ defende a possibilidade da utilização do sêmen após a morte desde que a admissibilidade dessa manifestação de vontade esteja condicionada à impossibilidade ou ineficácia de relacionamento sexual ou inseminação artificial em vida²⁰⁶.

Nota-se que existem posicionamentos antagônicos, que não vislumbram a possibilidade do uso da célula reprodutiva após a morte. Se destaca a opinião de Eduardo de Oliveira Leite²⁰⁷ que considera não ser possível tal disposição por contrariedade aos

²⁰¹ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade. Coimbra: [s.n.], 1992. (Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). p. 43-45.

²⁰² BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 157.

²⁰³ GUIMARÃES, 1999, p. 37.

²⁰⁴ HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. La Fecundación Artificial «Post Mortem». *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, n. 4, p. 884, 1987.

²⁰⁵ Em nota 427: SOUSA, R., 1995, p. 215-216.

²⁰⁶ No entender de Vera Lúcia Raposo não só os casais que já tenham iniciado o processo de PMA como os casos em que a reprodução poderia ser levada independentemente da PMA em vida, mas em razão da morte não ocorreu, podem fazer uso da PMA *post mortem* (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 126). Esse posicionamento vai de encontro com os requisitos gerais do acesso à PMA (art. 4.º da Lei n.º 32/2006).

²⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 236.

princípios gerais de direito privado e à ordem pública, então, qualquer disposição nesse sentido deve ser considerada nula.

Sublinha-se que a disposição *post mortem* quando aceite não deve ser considerada ilimitada diante do fato dos gametas não serem coisas propriamente ditas e apresentarem caráter personalíssimo. Além de ser necessário observar os requisitos previstos na lei, deve-se atentar ao desejado pelo defunto, ou seja, ser em favor de quem o *de cujos* planejou a paternidade (sua esposa ou companheira).

O mesmo caráter personalíssimo da disposição de substâncias do corpo também torna inaceitável que se alegue que o sêmen criopreservado possa ser objeto de sucessão²⁰⁸, isto é, que componha o acervo patrimonial do *de cujos* e deva ser partilhado ou atribuído a um ou mais sucessores, legítimos ou testamentários^{209 210}. O testamento apenas pode servir de meio para que o progenitor possa expressar a sua vontade de deixar o seu sêmen a fim de que seja utilizado depois da sua morte²¹¹.

Assim, a esposa não tem o necessário e conseqüente direito de empregar o material genético sem a imprescindível manifestação do falecido em vida, pois qualquer utilização de produtos corporais de uma pessoa sem o seu consentimento ocorrerá em ofensa à sua integridade física (art. 25.º, CRP), devendo apenas ser realizadas as práticas que contenham autorização de intervenção.

2.2.3. A admissibilidade da inseminação ou FIV *post mortem*

Apesar do desejo do homem de perpetuar a vida para além da morte ser um sentimento natural e respeitável, alguns defendem a proibição da inseminação *post mortem* afirmando que a livre disposição do material genético deveria ser restringida à vida do esposo ou companheiro, *vide* os principais motivos encarados pela doutrina:

a) Essa técnica fere o princípio da biparentalidade (art. 67.º da CRP), de modo que, caso fosse permitida, a criança iria viver desde o momento do seu nascimento

²⁰⁸ Com esse posicionamento: SAPIÑA, 1995, p. 195.

²⁰⁹ Para Francisco Rivero Hernández esse é um direito que “*nace «ope voluntatis» y en virtud de la disponibilidad del sêmen de que hablé má arriba, pero no, debe luego, «iure successionis», aunque el acto o instrumento jurídico empleado sea «mortis causa»*” (HERNÁNDEZ, 1987, p. 887).

²¹⁰ Diferentemente, María Carcaba, se referindo a legislação espanhola, admite, ainda que de forma restrita, que o sêmen se transmita por meio de um legado à mulher, sendo um novo caso de conteúdo atípico do testamento (FERNÁNDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 93).

²¹¹ HERNÁNDEZ, op. cit., p. 884.

desprovida de um pai e de todo o apoio que a figura paternal deverá representar, gerando perturbações emocionais e ferindo o seu bem-estar (69.º, n.º 1 da CRP)²¹²;

b) Pela impossibilidade de dissociar a filiação da responsabilidade que implica. Da paternidade emerge o direito e dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (art. 36.º, n.º 5 da CRP), o que no caso da PMA *post mortem*, o progenitor falecido nunca poderá viver a experiência de ser pai para assumir esse poder-dever de natureza personalíssima;

c) Em razão de na altura do procedimento da PMA *post mortem* não se estar mais diante de um casal, visto que esse se dissolveu com a morte, o que contraria um dos principais requisitos para o uso da técnica de PMA (art. 6.º, n.º 1 da Lei da PMA) e, ainda;

d) Por, algumas vezes, a reprodução após a morte do marido, estar balizada apenas por motivos econômicos, em que a motivação da mulher é, na verdade, de “fabricar herdeiros”²¹³.

Quanto ao primeiro argumento, não faz sentido exigir a biparentalidade quando o que se verifica no atual ordenamento jurídico é que ela não é requisito absoluto, tanto que é possível a adoção plena por pessoa singular. Como fundamenta Capelo de Sousa não se pode proibir a PMA *post mortem* em razão da família biparental quando o art. 1979.º, n.º 2 do CC permite a adoção por pessoa solteira ou viúva, de forma que “o direito da criança a uma família não é absoluto, sob pena de se negar à própria criança o direito à existência em casos específicos de intenso desejo de gerar por parte de ambos os progenitores, mas em que a procriação natural surja dificultada por causas alheias à vontade destes”²¹⁴.

Além do que, da mesma forma a criança viverá sem o pai, nos casos em que a mãe concebendo por meios naturais, optar por não revelar a identidade do pai ao filho ou nem mesmo sabe quem é ele²¹⁵. Dessa forma, demandar a biparentalidade em caso da PMA *post mortem* e não exigi-la quando a criança nasce por meios naturais demonstra uma “certa hipocrisia jurídica”²¹⁶.

Inclusive, o caso em que a criança nasce sem saber a identidade do seu pai, apresenta-se muito mais danoso do que PMA *post mortem*, visto que neste o filho só viverá

²¹² Jorge Duarte Pinheiro entende que programar o nascimento de uma criança órfã de pai representa uma secundarização do interesse da criança em relação ao interesse dos genitores (PINHEIRO, 2005b, p. 780-781).

²¹³ BARBAS, 2006, p. 130.

²¹⁴ SOUSA, R., 1995, p. 215-216, nota 427.

²¹⁵ MAGALHÃES, 2010, p. 54.

²¹⁶ HERNÁNDEZ, 1987, p. 879.

sem pai, mas, apesar da morte deste, continuará sendo filho e parente de seus ascendentes²¹⁷. Não se pode comparar não saber da sua existência, e saber quem é, mas não ter sua presença física²¹⁸.

Para mais, se a monoparentalidade fosse algo tão “‘pernicioso’ não seria admitida nem em sede de transferência de embrião *post mortem*”²¹⁹ (que como se verá mais à frente é assegurada pela legislação portuguesa).

Em relação à questão de não poder assumir os poderes-deveres imbuídos aos pais (art. 36.º, n.º 5, CRP), de fato, os que procriam têm uma obrigação direta de responsabilidade para com o filho, no entanto, a lei fala “os pais”, em sentido genérico, aferindo que dita responsabilidade não é do pai e da mãe em conjunto. Não existe o direito subjetivo de possuir ambos os pais vivos ao nascer, nem o direito de ter pai e mãe como seres que lhe acompanham fisicamente. Sendo, então, mais importante isto do que o número de progenitores. O intuito da norma é de assegurar proteção ao filho pelos seus pais, que ambos lhe proporcionem certas condições mínimas para o desenvolvimento físico, espiritual, afetivo e emocional, e não impedir que o filho nasça sem pai, assim, quem é pai ou mãe em sentido jurídico possui o dever de assistir o filho²²⁰, se tiver ambos, o dever é dos dois, caso só tenha um, esse só deve ser imputado apenas a este.

Deve também se levar em conta que esses poderes-deveres não escapam totalmente no caso da inseminação *post mortem*, porque, conforme se verá, esta produz os efeitos legais que derivam da filiação, isto é, o filho levará o nome do falecido, terá direitos hereditários e uma família paterna²²¹.

²¹⁷ Apesar de não considerar legítima a criação deliberada de famílias monoparentais, Francisco Manuel Pereira Coelho ressalva a diferença do uso da PMA no caso da mulher solteira para a inseminação *post mortem*, pois no caso da mulher solteira a criança não teria pai nem presente nem defunto, o pai da criança "seria um simples número de código", pelo contrário, no caso de inseminação *post mortem*, o pai morreu "mas tem um rosto; a memória e a imagem dele ficariam na casa, na família e no imaginário do filho" (COELHO, F., 1993, p. 25).

²¹⁸ Nathalie Massager critica a proibição da PMA *post mortem* pela ideia de que o filho não terá pai, logo, não poderá desfrutar de uma vida familiar normal, afirmando que “interdire l’IA *post mortem* sous prétexte que l’enfant ne pourra bénéficier d’une vie familiale normale revient à reconnaître officiellement le prototype de la famille parfaite composée de deux parents envie et réunis, et à limiter recoursaux PMA à CE modèle familial. Tout schéma familial dérogatoire porte atteinte à l’intérêt de l’enfant et doit, dès lors, être prohibé. De là à interdire le divorceau nom de l’intérêt de l’enfant, Il n’y a qu’un pas [...]” (MASSAGER, Nathalie. *Les droits de l’enfant à naître*. Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 464).

²¹⁹ RAPOSO, V., 2007a, p. 42.

²²⁰ No mesmo sentido, referindo-se sobre a Constituição espanhola: SÁNCHEZ, Yolanda Gomez. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 130-131.

²²¹ HERNÁNDEZ, 1987, p. 879.

Já quanto ao último ponto, acrescenta-se que se o interesse da mãe no novo filho fosse apenas econômico, não seria por meio da sucessão que iria obtê-los, pois a existência de um filho vivo ou concebido no momento da abertura da sucessão apenas afasta os ascendentes na concorrência com o cônjuge (art. 2133.º, n.º 1, CC). Embora a concorrência com um só filho seja mais vantajosa que com dois ascendentes de primeiro grau, esse argumento “trata-se de casuísmo dentro de conjecturas sobre eventuais condutas gananciosas e reprováveis de uma ou outra pessoa, desprovido de feição jurídica”^{222 223}. E em relação à companheira, essa não tem direitos sucessórios, mas o direito real de habitação sobre a casa de morada comum e ainda o direito a requerer alimentos da herança do falecido²²⁴, portanto, não faz sentido pensar no interesse econômico em ter um filho do *de cujus*, quando o direito não a deixa desamparada. Ainda que se pudesse argumentar que, em vista desses direitos serem insuficientes, a mulher teria interesse nos bens que o filho viesse a herdar, esses não viriam a ser de sua propriedade, ela apenas teria direito a administrá-los até que ele atinja a maioridade, não podendo usufruir dos bens da forma que entender (art. 1888.º e ss. do CC).

Ademais, a necessidade de que o pai preste o consentimento elimina a possibilidade de manipulação econômica pela mulher²²⁵, ou pelo menos a reduz, porque a inseminação só ocorrerá comprovada a manifestação da vontade do *de cujus*.

2.2.4. O enquadramento da questão na doutrina e na lei

Atualmente, em Portugal não se permite a inseminação ou FIV *post mortem* (art. 22.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006), devendo o sêmen conservado ser destruído se o homem que o forneceu falecer durante o período máximo admitido para a conservação do material

²²² MAGALHÃES, 2010, p. 68.

²²³ Possui a mesma compreensão Maria Cárcaba (FERNÁNDEZ, 1995, p. 82). Ainda se alerta que em algumas situações um filho na verdade poderia diminuir uma herança que lhe estaria destinada por inteiro, no caso em que não existam ascendentes.

²²⁴ O membro sobrevivente goza de direito real de habitação pelo prazo de cinco anos, sobre a casa de morada de família, e o direito de preferência na sua venda, “durante o tempo em que a habitar por qualquer título” (art. 5.º, n.ºs 1 e 9, da Lei n.º 7/2001, na redação da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto), tenham ou não sobrevivido descendentes do *de cuius*. Se a união de fato tiver começado há mais de cinco anos antes da morte, o direito de habitação é conferido por tempo igual ao da duração da união (art. 5.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, na redação da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto). Ao companheiro sobrevivente também é possível pedir alimentos da herança, se vivia com ele em união de fato há mais de dois anos (art. 2020.º, n.º 1 do Código Civil, na redação da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto).

²²⁵ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Editora Trotta, 1999, p. 379.

genético²²⁶. No entanto, a sua proibição não é acompanhada de qualquer tutela penal nem contraordenacional, o legislador apenas prevê que no caso de a inseminação vir a acontecer, contrariamente à lei, será considerado filho(a) do falecido a criança que venha a nascer (art. 23.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006), a menos que na data da inseminação a mulher esteja casada ou viva há pelo menos dois anos em união de fato com outro homem (art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006).

A despeito da lei, surge uma corrente que admite a fecundação *post mortem*, desde que observados alguns pressupostos, como o prazo em que pode ser efetuada após a morte do progenitor e o cumprimento da vontade do *de cuius*.

Nesse sentido, Vera Lúcia Raposo²²⁷ defende a possibilidade da inseminação *post mortem*, desde que ocorra um período de tempo limitado após seu falecimento e que o marido tenha declarado expressamente e permitido o uso do seu material genético após a sua morte²²⁸.

²²⁶ Vislumbrando algumas legislações estrangeiras, o que se percebe é uma grande diversidade na regulamentação da matéria. A Lei alemã n.º 747/1990 de 13 de dezembro, proíbe inseminação *post mortem* e pune com prisão de até três anos ou multa quem fecunde um óvulo com sêmen de homem após sua morte (§ 4, (1) 3). Na França, o art. L2141-2 do Código da Saúde Pública (*Code de la santé publique*) expõe que o obstáculo para a inseminação ou transferência de embriões é a morte de um dos membros do casal, como se vê no trecho: "*L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation*". Na Itália, o art. 5.º da Lei n.º 40, de 19 de fevereiro de 2004, consagra que somente podem aceder às técnicas de PMA duas pessoas maiores de idade, de sexo oposto, casadas entre si ou conviventes, em idade potencialmente fértil, e estando ambas vivas. Já no Reino Unido a situação é regulamentada de forma favorável. De acordo com o *Human Fertilization and Embryology Act* é permitida a procriação medicamente assistida após a morte, sendo reconhecida a paternidade do falecido em relação à criança desde que à data da morte esse estivesse casado ou vivesse maritalmente com a beneficiária (Secção 39, 40 e 46). Da mesma forma a Espanha entra para a lista dos países que aderem à procriação *post mortem*, o art. 9.º da Lei n.º 14/2006 de 26 de maio, permite tanto para cônjuges como para unidos de fato a inseminação após a morte desde que feita nos doze meses seguintes à morte do marido e com o seu consentimento por escritura pública ou por testamento. No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/92, alterada pela Resolução n.º 1.957/2010, no que concerne às regras da PMA, prevê que não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado.

²²⁷ RAPOSO, V., 2005b, p. 124.

²²⁸ Stela Barbas defende que a inseminação após a morte só é possível em algumas situações especiais, como em caso de doenças terminais ou guerra, desde que tenha sido autorizada pelo falecido em documento autêntico, testamento ou escritura pública, e seja utilizado em um prazo estipulado (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Aspectos jurídicos da inseminação artificial "post mortem". *Colectânea de Jurisprudência: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Coimbra, ano 7, tomo 2, p. 21-24, 1999).

Também María Adelina e Orieta²²⁹, no âmbito do ordenamento jurídico argentino, consideram legítima a prática da PMA *post mortem* desde que observados certos requisitos como: a reprodução seja homóloga; a vontade tem que estar expressa de forma solene; o procedimento da inseminação seja realizado até 90 dias após a morte e; a destruição imediata dos gametas sobrantes para evitar uso em inseminação heteróloga.

Parece acertada a permissão da inseminação *post mortem*, levando em conta, além de todos os argumentos invocados, também o direito fundamental a constituir família da mulher, pois se trata do desejo desta de “prolongar a família perdida com a morte do marido”²³⁰. Todavia, sua admissão terá que respeitar certos requisitos: fundar-se na vontade expressa da pessoa falecida e ser praticada dentro de um prazo determinado a contar da morte do cônjuge ou companheiro.

O próprio Decreto n.º 415/VII, que foi aprovado pela Assembleia da República em 17 de julho de 1999, mas vetado pelo presidente, previa, em seu art. 18.º, n.º 1 a possibilidade de inseminação após a morte desde que houvesse expressa autorização do falecido e fosse realizada nos três meses seguintes ao óbito.

O prazo de três meses subsequentes ao óbito é demasiado exíguo, tendo em vista a necessidade de que a viúva ou companheira supérstite tenha um período de luto e para refletir sobre a decisão de levar adiante, mesmo com o óbito do marido ou companheiro, o projeto parental que havia com ele planejado. Ademais, o prazo não parece razoável considerando o tempo que demanda todo o preparo e alcance das condições hormonais favoráveis à inseminação artificial com o sêmen do *de cujus*²³¹.

A lei espanhola n.º 14/2006, de 26 de maio, no seu art. 9.º, n.º 2 prevê o prazo de doze meses seguintes à morte do progenitor para que a inseminação seja feita, período que se apresenta mais adequado diante de todas as circunstâncias referidas.

O problema de se determinar um prazo é que existirão diversas dúvidas quanto à sua aplicação, por exemplo, deve ser o período legalmente imposto pela lei de forma imperativa ou poderá o falecido estipular de outra maneira ainda que exista um prazo

²²⁹ MOSCONI, María Adelina B. Damilano de; PONTORIERO, Orieta E. La Genética y El Derecho: La Inseminación *Post Mortem*. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n. 857, p. 58, 1999.

²³⁰ No mesmo caminho, María Carcaba Fernández refere que o livre desenvolvimento da personalidade da mulher deve prevalecer ao direito da criança a ter pai e mãe, visto que esse direito nem ao menos encontra um titular, quando no caso, a criança não está ainda nem mesmo concebida (FERNÁNDEZ, 1995, p. 84).

²³¹ MAGALHÃES, 2010, p. 115.

previsto em lei? Após o término do tempo determinado, se a PMA for praticada, existe declaração de paternidade?

Parece que prever de forma expressa o período pode ocasionar a discussão sobre a arbitrariedade desse tempo, mas deixá-lo para ser determinado pelo falecido, quando expressar sua vontade de dispor o sêmen após a sua morte, pode ocasionar o nascimento de uma criança muito tempo depois do falecimento do seu pai²³².

De qualquer modo, quanto à paternidade, seguindo a linha do art. 23.º da Lei da PMA não há dúvidas que será havida a paternidade ainda que depois do prazo estipulado, a justificativa da ilegalidade não contamina a filiação quanto à pessoa concebida após o prazo legal²³³. O que está em jogo no caso é o interesse da criança, que visivelmente, é o reconhecimento da filiação.

Quanto à inseminação heteróloga *post mortem*, o debate é muito mais complexo e quase nenhum autor tem ousado manifestar uma posição. Acontece que, apesar do dador de esperma abdicar de todo o direito sobre os gametas doados, a utilização do sêmen para inseminação heteróloga implicaria que o falecido tivesse direito a dispor do sêmen de uma terceira pessoa, o que é juridicamente impossível, enquanto que este é um direito personalíssimo, ao qual apenas o seu titular possui o poder.

Assim, como afirma Yolanda Gomez Sanchez, não existe propriamente uma fecundação *post mortem* quando a viúva é fecundada com gameta de dador. Da mesma forma, não pode a mulher continuar com a PMA, quando a legislação veda o uso desta às mulheres solteiras (art. 6.º, n.º 1 da Lei da PMA)²³⁴.

Diferentemente, se referindo à lei espanhola, Francisco Hernández considera que quando se trata de inseminação *post mortem* com sêmen de dador, havendo consentimento expresso para a inseminação depois da sua morte, é plenamente possível que ocorra desde que respeitados os requisitos previstos²³⁵. A posição do referido autor só faz sentido quando a inseminação já esteja em curso e o progenitor venha a falecer quando os seus

²³² Se referindo à legislação espanhola, Rafael Gómez-Ferrer entende que o prazo para inseminação pode ser inferior ao prazo determinado em lei, desde que o falecido o tenha previsto. Não haveria qualquer impedimento na diminuição do prazo, quando a finalidade da norma é de evitar uma insegurança jurídica no âmbito sucessório. O doutrinador coloca que caso se estipule prazo superior não será considerada nula a inseminação, mas apenas, a inseminação não poderá ocorrer passado o tempo disposto em lei (SAPIÑA, 1995, p. 197). Já Francisco Hernández acredita que pode inclusive o prazo ser estendido, em alguns casos especiais, em virtude desse prazo se mostrar insuficiente, admitindo, então, a prorrogação do prazo pelo juiz mediante justa causa (HERNÁNDEZ, 1987, p. 875)

²³³ DUARTE, 2003, p. 101.

²³⁴ SÁNCHEZ, 1994, p. 129.

²³⁵ HERNÁNDEZ, 1987, p. 888.

procedimentos iniciais já tenham ocorrido, pois, se for o caso apenas de autorização do congelamento dos gametas com consentimento para posterior uso, como dito acima, não é possível a disposição do sêmen criopreservado de um dador, quando o consentimento necessário, só pode ser dado para o uso do próprio material genético, respeitando, portanto, a vontade exclusivamente pessoal.

Por fim, ressalta-se que a prática da fecundação *post mortem* exige que a mulher sobreviva ao marido, pois a inseminação quando a mulher falece implica, necessariamente, a gestação por outra mulher que não a biológica, o que iria colidir com a proibição do contrato de gestação preconizado no art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006.

2.2.5. *Alguns casos envolvendo a inseminação post mortem*

O primeiro caso jurisprudencial conhecido de inseminação *post mortem* foi o “**Affair Parpalaix**”²³⁶. Alain descobriu câncer nos testículos, pelo fato do tratamento quimioterápico levar à esterilidade e possuindo o desejo de ainda ter filhos, ele retirou esperma e congelou num banco de sêmen para usá-lo futuramente. No entanto, Alain faleceu dois dias depois de casar com Corinne. Alguns meses depois de sua morte, Corinne requereu ao banco de sêmen (CECOS – *Centres d’Etude et de Conservation des Oeufs et du Sperme humains*) o esperma do seu marido para que pudesse fazer inseminação artificial. O banco recusou a entrega, alegando que o material genético não era comerciável e que não havia qualquer legislação que permitisse a inseminação após a morte. Então, a mulher e os pais do falecido marido buscaram o Tribunal de Créteil.

Os autores alegaram que tinha sido celebrado com o banco de esperma um contrato de depósito no qual o depositário deveria restituir a coisa depositada e que no caso do depositante morrer, a coisa depositada deveria ser entregue aos seus herdeiros, como dispõem os artigos 1932.º; 1939.º e 1951.º do Código Civil francês. A parte contrária defendeu que o sêmen não pode fazer parte de um contrato de depósito na medida em que é uma coisa fora do comércio, existindo apenas uma obrigação terapêutica assumida pelo banco de esperma, sendo então um direito de natureza pessoal que se extinguiu com a morte, logo, insuscetível de transmissão. Além disso, sustentou que a inseminação *post*

²³⁶ Sobre o caso conferir MASSAGER, 1997, p. 433-440; HERNÁNDEZ, 1987, p. 883; AÑÓN, 1999, p. 150; RUBELIN-DEVICHI, Jacqueline. Jurisprudence Française em Matière en Droit Civil. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 703-706, 1984.

mortem não estava prevista no ordenamento jurídico francês, de modo que não havia qualquer direito da esposa em haver o material genético para implantá-lo em seu útero.

Em 1 de agosto de 1984, o Tribunal de Créteil deu a sentença condenando o banco de sêmen a entregar o esperma do *de cujos* à viúva. A decisão foi no sentido que a relação estabelecida entre o centro e o falecido era de um contrato atípico e que não havia, à época, nenhuma lei que proibisse ou permitisse a inseminação *post mortem*, assim, determinou a entrega do sêmen a Corinne baseando sua decisão na procriação como um dos fins do casamento e na vontade tácita do defunto de conceber após a morte. Apesar de a sentença ter sido favorável, devido à demora do processo, o material genético perdeu sua capacidade para fecundar e a inseminação não resultou²³⁷.

Um dos mais famosos casos é o do **Sr. Blood**²³⁸ que aconteceu em 1995 no Reino Unido. O Sr. Blood foi diagnosticado com meningite e, durante o período de inconsciência do marido, a mulher Diane Blood convenceu o médico a retirar-lhe esperma, a fim de ser inseminada e poder ter um filho do marido, cuja morte era praticamente certa. De fato, logo depois ela veio a ocorrer, momento em que a Sra. Blood requereu a inseminação do esperma do marido falecido depositado numa clínica autorizada. O seu pedido foi-lhe negado pelos médicos em conformidade com as diretivas da *Human Fertilisation and Embryology Act*, que não permite a colheita sem a decisão voluntária e informada do marido que nunca foi aconselhado nem esclarecido das respectivas consequências. Com isso, a Sra. Blood buscou o Tribunal Inglês, na tentativa de transportar o sêmen do marido para outro país em que a inseminação sem consentimento fosse permitida, aproveitando-se da livre circulação de capitais, pessoas, serviços e mercadorias na Europa (art. 28.º e ss. e art. 49.º e ss. do Tratado que institui a Comunidade Europeia). Obtendo resultado positivo, tendo sido a ilegalidade do ato considerada irrelevante, diante do seu direito de buscar tratamento em qualquer país, ela transportou o sêmen do marido para a Bélgica, local onde não era proibida a PMA *post mortem*. Atualmente a Sra. Blood conta com duas crianças,

²³⁷ É debatida nessa decisão a qualificação jurídica do contrato em causa. O Tribunal entendeu que não se identificava nem o contrato de depósito, pois o esperma não é uma *res* que pode ser objeto, nem o contrato de doação, mas sim um contrato *sui generis* com finalidades terapêuticas. Cfr.: RAPOSO, Vera Lúcia; DANTAS, Eduardo. Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal. *Lex Medicinæ*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 7, n. 14, p. 85-86, 2010.

²³⁸ Comentando esse caso MAGALHÃES, 2010, p. 64-65; WATT, Helen. *The Diane Blood Case*. Disponível em: <<http://www.linacre.org/Diane%20blood.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014; SHENFIELD, Françoise. Panorama de la reproducción asistida em el Reino Unido: regulación y efectos. In: AMILS, Ricardo et al. *Bioética*: 2000. Oviedo: Ediciones Nobel, 2000, p. 281-283.

sendo a primeira concebida quatro anos após o falecimento do marido²³⁹. Diane Blood também teve dificuldade de registrar o filho com o nome do pai na Inglaterra, o que ocorreu com êxito na sequência da publicação do *Human Fertilisation and Embryology Act* 2003, que veio a permitir o reconhecimento de filiação no caso da inseminação *post mortem*.

Vale também citar o caso que ocorreu em 1991 na França, de **Michel Gallon**²⁴⁰, que em função de um tumor nos testículos depositou seu esperma em um centro em Toulouse. Em 1989 ele veio a falecer, requerendo a viúva, dois dias após a sua morte, o esperma criopreservado do marido. O centro recusou-se a entregar, o que levou, então, a senhora ao judiciário. O Tribunal de Toulouse decidiu por não autorizar a entrega do sêmen, pois a inseminação artificial no caso não era permitida, em razão de no contrato firmado pelo falecido haver cláusula expressa estipulando que o material genético não poderia ser utilizado na sua ausência. Além do mais, entendeu não ser sustentável a prática diante da privação de filiação e de direitos patrimoniais do filho daí advindos, e, assim, determinou, portanto, a destruição do esperma. Nota-se que nessa decisão o Tribunal não fundou a sua condenação na prática em si mesmo, mas na existência da cláusula que proibia a PMA após a morte pela vontade expressa do defunto.

No Brasil, o primeiro caso que chegou ao judiciário envolvendo a reprodução póstuma aconteceu em 2010. **Katia Lenemeier** e o seu marido tentavam engravidar naturalmente quando ele foi surpreendido pelo câncer, em janeiro de 2009. Por indicação médica, ele congelou o sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil. O casal iniciou o processo de reprodução, interrompido depois do novo diagnóstico de que o câncer havia se espalhado para os ossos. Sete meses depois, ele veio a óbito. A esposa quis dar continuidade à vontade do casal de ter filhos, fazendo uma inseminação com o sêmen congelado, mas, ao procurar o laboratório, ela soube que não poderia utilizá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido liberando o uso após sua morte. Em decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (Paraná) – processo n.º 0027862-73-2010.8.16.0001 – concedeu liminar autorizando a professora, a tentar engravidar com sêmen congelado do marido²⁴¹.

²³⁹ RAPOSO, V., 2005b, p. 123.

²⁴⁰ Conferir: MASSAGER, 1997, p. 433-440; MONGE, Marina Pérez. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 268.

²⁴¹ Vide: RAPOSO; DANTAS, 2010, p. 83.

Esses são só alguns dos casos levados a tribunal da inseminação *post mortem*, mas se apercebe dessas decisões que o tema não é pacífico, sendo diversos os posicionamentos quanto à possibilidade ou não da inseminação *post mortem*, acarretando diferenças de tratamento sobre o assunto e gerando insegurança tanto para o falecido que planejou ter um filho mesmo depois da sua morte, como para a mulher que anseia a gravidez. Ademais, as decisões não trazem qualquer discussão dos efeitos decorrentes da inseminação *post mortem* nas crianças que daí venham a nascer, o que, como visto no caso da Sra. Blood, acabou por gerar problemas no registro da filiação. Tudo isso remonta à relevância de uma melhor normatização dessa questão, no sentido de reconhecer o uso do material genético após o falecimento, bem como os direitos filhos nascidos, para evitar a busca dessa prática em países que a permitam (como foi o caso da Sra. Blood).

2.3. A transferência do embrião *post mortem*

Está-se diante da transferência do embrião *post mortem* quando o falecimento do progenitor acontece depois que a inseminação já ocorreu, entretanto, antes da transferência para o útero materno. A morte pode se dar no curso do procedimento, mas antes da implantação no ventre da mãe, ou depois que os embriões sobranes são criopreservados, quando nem todos os ovócitos fecundados são transferidos para o útero da mulher e, em razão disso, os excedentes são congelados para, posteriormente, virem a serem utilizados, seja numa nova tentativa, quando a primeira fracassou, seja para a reprodução de uma nova criança.

Entende-se que o caso é diverso da inseminação *post mortem*, primeiro, por existir já um embrião formado, não se está diante apenas do material genético, segundo por considerar que o consentimento foi dado para que o processo fosse levado em vida do próprio, o que no caso a inseminação ou FIV *post mortem*, só houve, à partida, para o armazenamento do sêmen.

Discute-se, então, se é possível a transferência desses embriões após a morte do pai, visto que diferentemente da inseminação já houve a fecundação consentida e a criação de um ser com um arsenal genético diverso dos seus pais.

Para chegar a uma conclusão é necessário discutir antes a natureza desses embriões ainda não transferidos, a proteção que deve ser assegurada a eles e quem tem legitimidade para tomar decisão sobre seu destino.

2.3.1. O estatuto jurídico do embrião

Os embriões ora são vistos como pessoas, ora como mero grupo de células ou coisas, ora como um intermediário entre os dois. Essa determinação é extremamente complexa, pois tem como fundo razões de ordem biológica, ética e religiosa que dificultam a definição de um estatuto jurídico e seus efeitos daí decorrentes²⁴².

A primeira linha de defesa considera o embrião como pessoa humana²⁴³, devendo-lhe conferir proteção especial e respeito condizente com a dignidade que deve ser reconhecida a um ser humano, ou que já se encontra no processo para sê-lo. Defendendo essa teoria, José de Oliveira Ascensão afirma que "o substrato biológico da personalidade que o acompanha sempre, existe já. Por isso dizemos que aquele ser tem fins próprios, o que o enquadra na personalidade", não podendo ser tratados como se fossem coisa, sendo um centro autônomo de interesses²⁴⁴.

Dentro dessa linha, ainda há quem considere que apesar de não poder dar ao embrião estatuto de pessoa, ele deve ser protegido juridicamente como se pessoa fosse, pois em dúvida sobre a natureza do embrião, é melhor tratá-lo como pessoa. O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida se posicionou nesse sentido ao afirmar que "enquanto esta controvérsia não for resolvida e subsistir a dúvida, tem aplicação, entretanto e sempre, o princípio ético que estabelece ser gravemente ilícito atentar contra uma entidade de que se duvida se, sim ou não, constitui um sujeito investido de plena dignidade humana"²⁴⁵.

Uma segunda teoria considera o embrião como coisa, sendo passível ser objeto de posse, portanto, podem ser utilizados como o proprietário deseje. Quem apoia a tese fala que os embriões decorrem dos gametas que, para alguns, são uma coisa após a extração do

²⁴² SILVA; COSTA, 2011, p. 66.

²⁴³ SUAREZ, Antoine. El Embrio Humano es una Persona: Una Prueba. Tradução do alemão: Urbano Ferrer. *Cuadernos de Bioética*, Galícia, v. 13, n. 47 a 49, p. 28-29, 2002.

²⁴⁴ ASCENSÃO, 1991, p. 450.

²⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Presidência do Conselho de Ministros. *Relatório - Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)*. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014. p. 97.

corpo humano, entretanto, é impossível equipará-los, quando os embriões têm um grupo de células com capacidade intrínseca de desenvolver em uma pessoa, bastando um meio próprio, o que não ocorre nos gametas em que é necessário ainda que a fecundação ocorra.

Essa tese tem raiz no direito romano, *a pars viscerum matris* que considera o embrião parte do corpo materno²⁴⁶, porquanto é desprovido de dignidade própria, sendo coisa anexa ao corpo da mãe, tendo ela controle total sobre o mesmo, tal como tem sobre os seus tecidos e órgãos²⁴⁷. Posição veementemente criticada, visto que o embrião não se reduz a um anexo materno²⁴⁸, pelo contrário, embora dependa da mãe para sobreviver, o seu desenvolvimento se dará de acordo com o seu próprio programa genético.

Uma terceira posição considera o embrião como *tertium genus*, para aquilo que, não sendo uma coisa, também não reúne propriamente as características de pessoa.

Claro que essa qualificação não resolve todos os complexos problemas decorrentes da classificação do embrião, pois sendo uma instituição nova que mescla duas situações, nada esclarece quanto às consequências que daí derivam, no entanto, apesar disso, como defende Vera Lúcia Raposo, esse estatuto não deixa de ser importante, pois permite excluir o embrião de uma série de efeitos jurídicos apenas reservados para as pessoas, ou para as coisas²⁴⁹.

Nesse caso, os defensores têm por base a proteção do embrião não só pelo que é, mas pelo o que ele será, assim, a sua tutela vai além da concedida a uma coisa, mas não é igual à prevista para a pessoa, portanto, o estatuto do embrião “não é resultante da sua presença à espécie, mas decorrente da base orgânica para se vir a desenvolver e tornar uma pessoa humana”²⁵⁰.

Acolhe esse posicionamento Vera Lúcia Raposo, com as devidas limitações, expressando que embora não exista ali uma pessoa humana, “já existe uma forma de vida humana, enquanto o embrião chama a si a potencialidade para se desenvolver numa pessoa e a pessoa assume juridicamente (e *eticamente*) uma importância superior à de qualquer

²⁴⁶ FÉDIDA, Pierre et al. *L'embryon humain est-il humain?*. Paris: Presses Universitaire de France, 1996, p. 12.

²⁴⁷ RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 361.

²⁴⁸ SUAREZ, 2002, p. 25.

²⁴⁹ RAPOSO, V., op. cit., p. 363-377.

²⁵⁰ COELHO, A. M. Pereira. A Ética e a Lei na Reprodução Medicamente Assistida. In: SILVA, João Ribeiro da; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martins (Coord.). *Contributos para a Bioética em Portugal*. Lisboa: Edições Cosmos, Centro de Bioética Faculdade de Medicina Universidade de Lisboa, 2002, p. 391.

outro ser vivo”²⁵¹. Sustenta que o embrião de poucos dias apresenta uma fraca probabilidade de se tornar pessoa, porque se depara com um maior número de etapas até chegar ao estado de pessoa, ao passo que o feto nos seus últimos meses apresenta uma grande probabilidade de se tornar pessoa, dessa forma, o grau de potencialidade aumenta ao longo do desenvolvimento embrionário, logo, e concomitantemente, também o grau de tutela que deve ser conferida.

Para Francisco Manuel Pereira Coelho é impossível a definição de estatuto que não fosse o da pessoa humana em potencial, então, lembra que os menores gozam de personalidade jurídica, mas são incapazes para o exercício dos direitos, o que se conclui que os menores, apesar de pessoas, não gozam do mesmo respeito devido aos maiores, "o respeito que lhes é devido é progressivo, tanto maior quanto mais próximo estão da maioridade". Da mesma forma não é possível dar ao embrião o mesmo respeito que à pessoa já nascida, sendo os seus direitos sempre dependentes do nascimento e apenas o que a lei lhes reconhecer²⁵².

Contrariamente a essa posição se encontra Paulo Otero, que defende igual tratamento a todas as formas de vida humana, inclusive o embrião²⁵³. Também para Serrão os fatores externos, como a transferência do útero com êxito, a nidação e a gravidez sucedida, “não alteram a caracterização biológica do embrião humano *in vitro* e o seu consequente estatuto moral no interior de uma sociedade”²⁵⁴.

A despeito desses posicionamentos contrários, essa tese parece ser, inclusive, a que adotou o legislador português. Percebe-se que o ordenamento jurídico português não considera o embrião uma pessoa, quando consagra no art. 66.º do CC que a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento, sendo os direitos civis dos nascituros sempre dependentes de seu nascimento com vida e apenas os que a lei lhes reconhecer (art. 66.º, n.º 2 do CC); ou quando divide os crimes contra a vida não nascida e os crimes contra a vida nascida, prevendo uma pena para o aborto inferior à prevista para o homicídio (art. 142.º e art. 131.º do CP, respectivamente).

O próprio Tribunal Constitucional (TC) revela-se adepto da proteção progressiva, segundo a qual a tutela conferida ao embrião deve ser gradativamente mais forte à medida

²⁵¹ RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 364.

²⁵² COELHO, F., 1993, p. 28-29.

²⁵³ OTERO, 1999, p. 51.

²⁵⁴ SERRÃO, Daniel. *Livro Branco*: uso de embriões humanos em investigação científica. Disponível em: <<http://www.danielserrao.com/fotos/gca/Livrobranco.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2014. p. 12.

que o embrião se desenvolve e se aproxima da pessoa humana²⁵⁵. Nega reiteradamente a titularidade de direitos fundamentais ao embrião, optando antes por lhe conceder uma tutela objetiva, que lhe cabe enquanto bem jurídico, baseando essa proteção na ideia de que só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, pelo que o regime constitucional de proteção do direito à vida não se aplica em termos subjetivos à vida intrauterina, como se vê no trecho da decisão do TC: “a vida intra-uterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da proteção concedida em geral à vida humana enquanto bem constitucional objetivo”²⁵⁶.

Destarte, não basta a natureza humana para desfrutar da tutela jurídica reconhecida à pessoa, enquanto o conceito de ser humano é intrinsecamente ligado à biologia já o de pessoa humana traduz “concepções éticas e filosóficas incorporadas posteriormente pelo Direito”²⁵⁷.

Salienta-se que o não reconhecimento do embrião como sujeito de direito também não implica que seja um não sujeito de direitos, a exemplo, de um órgão ou uma parte do corpo materno²⁵⁸. Embora não equipare embrião à pessoa, o ordenamento jurídico contém preceitos que direta ou indiretamente lhe conferem algum tipo de tutela jurídica, como se verifica no art. 952.º do CC que permite que façam doações aos nascituros concebidos ou não concebidos e art. 2033.º, n.ºs 1 e 2 do CC que deferem sucessão legal quanto aos concebidos e sucessão testamentária e contratual, quanto aos não concebidos, ou quando pune o aborto a partir da décima semana, quando realizado por opção da mulher (art. 142.º, CP), etc.

Essa proteção jurídica vai sendo conferida gradualmente, aumentando ao longo do processo de formação do indivíduo, o que torna a tutela conferida ao embrião *in vitro* ou criopreservado bem menor do que a conferida ao embrião que se encontra em desenvolvimento na barriga da mulher, que por sua vez é menor do que a proteção conferida à criança já nascida.

²⁵⁵ João Álvaro Dias critica esse posicionamento ao proferir que o direito à vida é garantido a todo o ser humano vivo, não sendo possível fazer qualquer distinção entre as diferentes fases de desenvolvimento de um embrião (DIAS, J., 1996, p. 162 e ss.).

²⁵⁶ Outras decisões do TC no mesmo sentido: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 288*. Conselheiro Luís Nunes de Almeida Lisboa, 17 de abril de 1998; PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 75*. Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Lisboa, 23 de fevereiro de 2010.

²⁵⁷ RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 352.

²⁵⁸ DIAS, J., op. cit., p. 182.

É mister esse estudo do estatuto do embrião, pois a posição que se tenha a esse respeito irá delinear o limite do que pode ser feito em sede de técnicas de PMA: quanto à possibilidade de que sejam criados embriões excedentários; que sejam criopreservados; que sejam utilizados para fins de experimentação científica; que sejam doados para outros casais ou; que sejam transferidos para o útero da mulher após a morte do marido.

2.3.2. *Os embriões excedentários*

A estimulação artificial da ovulação da mulher permite que esta produza vários ovócitos por ciclo, podendo atingir quantidade superior a doze. Estes são extraídos e fecundados *in vitro*, obtendo-se embriões que irão ser implantados no útero da mulher. Como não é possível prever com segurança a proporção dos ovócitos que fecundarão em cada ciclo de tratamento, é necessário tentar a fecundação da maior quantidade de ovócitos possível, existindo a possibilidade de resultarem mais embriões viáveis do que os que são seguros transferir para o útero da mulher, sem gerar gravidez múltipla ou prejudicar sua saúde²⁵⁹.

O ideal seria a fecundação apenas dos ovócitos que viessem a ser transferidos em quantidade que não representasse risco à vida da gestante e do feto e necessários para a ocorrência do objetivo da PMA²⁶⁰, todavia, a ciência ainda não encontrou uma maneira de conciliar a formação da quantidade de embriões necessários para o sucesso da prática e o número de embriões que a mulher pode suportar²⁶¹.

²⁵⁹ Colocando em pauta outra opção, que consiste em desenvolver o processo de fecundação até o momento anterior à singamia e suspendê-lo por meio da criopreservação, haveria, de acordo com José de Oliveira Ascensão, então, "um pré-embrião, na verdadeira acepção do termo, mas ainda não um embrião" (ASCENSÃO, 2007, p. 990). De acordo com o autor, evitar-se-iam, assim, todas as problemáticas trazidas quanto à natureza jurídica conferida, pois só serão produzidos embriões realmente necessários para o sucesso da técnica de PMA.

²⁶⁰ Segundo Stela Barbas a criopreservação só deve ser permitida quando por razões imprevistas seja impossível a transferência para o útero materno dos embriões no mesmo ciclo em que tiveram origem pondo em risco a vida do embrião; nas situações em que o estado de saúde da mulher não permita, temporariamente, proceder à transferência de embriões; desde que a mulher declare que está disposta a fazê-lo posteriormente e; se a mulher, entretanto morrer ou rejeitar a PMA (BARBAS, 2006, p. 105).

²⁶¹ Aduzem Vera Lúcia Raposo e André Dias Pereira que "a fertilização *in vitro* constitui um método complexo, não em virtude da técnica em si mesma, mas sim das especificidades da espécie humana, onde a reprodução mesmo quando natural, está muito mais voltada ao fracasso do que nas outras espécies. Atendendo a esses dados, seria um risco demasiado grande de insucesso transportar para o útero materno apenas dois, ou mesmo três, embriões gerados *in vitro*. Mais prudente é fertilizar óvulos em quantidade suficiente que permita criar uma quantidade superior de embriões, e transportar para o útero um número considerado adequado, atendendo às condições particulares da mulher concreta (idade, estado de saúde, condição física, antecedentes)" (RAPOSO; PEREIRA, 2006, p. 102-103).

Por isso e por não ser recomendado o congelamento de ovócitos²⁶², o legislador determinou que fosse feita apenas a transferência do número necessário de embriões para obtenção da gravidez, levada em conta a situação clínica geral do casal (que vai variar com a idade da mulher, número de tentativas anteriores, tipo e causa da esterilidade), prevenção de gravidez múltipla e de modo a evitar repetições na recolha de ovócitos.

O art. 24.º n.º 2 da Lei n.º 32/2006 remete essa decisão para os médicos em cada caso concreto, mas o Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, na função que lhe foi incumbida na alínea b), n.º 2, do art. 30.º da Lei n.º 32/2006, elaborou os Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de PMA que referem que o número de embriões a transferir para o útero deve ser de um ou dois, devendo o número máximo de três embriões ser considerado apenas em situações de carácter excepcional (o qual não poderá ser excedido)²⁶³.

Dessa forma, aqueles embriões que revelem menos vitalidade, mobilidade, ou, simplesmente, aqueles em maior número ao que é passível de transferência não deverão ser implantados, restando a criopreservação dos embriões para que possam ser utilizados futuramente em nova tentativa, a fim de evitar a repetição do processo da PMA.

Como afirma Sandra Marques Magalhães²⁶⁴, a solução prevista em lei é uma maneira de assegurar o sucesso da PMA, bem como considerar o sacrifício enfrentado pela mulher submetida à procriação medicamente assistida, pois caso a nidação não ocorra na primeira tentativa, ou se a gravidez não chegar a seu termo com o nascimento da criança, esta não precisará se submeter novamente aos incômodos dos atos como a estimulação ovárica e a recolha de ovócitos.

Pode acontecer de os embriões serem criopreservados, mas não virem a ser utilizados pelo casal, seja por impossibilidade ou riscos de uma nova gestação, morte de um dos membros do casal, ou simplesmente pela recusa a uma nova gravidez, então, resta saber o que deverá ser feito com esses embriões.

²⁶² A técnica de congelamento do ovócito não é eficaz como no congelamento do espermatozoide, em virtude da composição desta célula, de modo que não se recomenda esse tipo de criopreservação (LOUREIRO, 2006, p. 11).

²⁶³ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de PMA (alínea b, n.º 2, do art. 30.º da Lei n.º 32/2006)*. Disponível em: <http://www.cnpm.org.pt/Docs/Profissionais_Requisitos_CentrosPMA.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014, p. 19.

²⁶⁴ MAGALHÃES, 2010, p. 74.

Antes de responder a essa questão, se analisará, primeiramente, quem tem legitimidade para decidir o destino desses embriões excedentários.

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

Na opinião de uns o direito de decidir o que será feito com os embriões é dos médicos ou instituições hospitalares, em razão dos interesses públicos relevantes, podendo o legislador estabelecer limites que representem os interesses da comunidade.

Outros sublinham que cabe aos progenitores, pela liberdade quanto ao exercício do direito de procriar, a dimensão privada da questão²⁶⁵; ou no entendimento de que a decisão cabe aos progenitores do embrião pelo fato deles serem os seus descendentes²⁶⁶.

Guilherme de Oliveira considera ainda a existência de uma terceira possibilidade que concilia a dimensão pública e privada. Nesse caso, a legitimidade caberia não só aos progenitores, mas também aos médicos, dentro dos limites estabelecidos pela lei. Assim, "os progenitores e os médicos deveriam concordar acerca dos destinos dos embriões excedentários no quadro de certas possibilidades publicamente controladas"²⁶⁷.

A Lei da PMA consagra o segundo entendimento ao proferir que quem tem a tutela de decidir sobre o destino dos embriões sobranes são os progenitores (art. 25.º, n.º 3) e, apenas em caso de conflito, caberia ao judiciário a tomada de decisão.

Vale deixar claro que o direito à disposição dos embriões conferido aos pais não se confunde com o direito à reprodução, mas como afirma Vera Lúcia Raposo a "tendência vai no sentido de conferir também aos progenitores o efectivo poder de decisão acerca do emprego dos embriões, até para aproximar a reprodução assistida da sexual, na qual esta cisão de direito não se verifica"²⁶⁸.

Reconhecendo que os pais têm o referido poder, qual o tipo de domínio exercido sobre os embriões? Para aqueles que equiparam o embrião a coisa, será um direito de propriedade, sendo atribuída aos pais a posse, enquanto, quem tem em conta que o embrião

²⁶⁵ OLIVEIRA, 1989, p. 781.

²⁶⁶ BARBAS, 2006, p. 87.

²⁶⁷ OLIVEIRA, op. cit. p. 782.

²⁶⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. O Dilema do Rei Salomão: Conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 5, n. 9, p. 60, 2008.

se assemelha à pessoa, ainda que potencial, será o exercício de poder parental, com consequente direito de guarda²⁶⁹.

Visto que o embrião não pode ser classificado como coisa nem pessoa, a relação estabelecida não se identifica nem com direitos reais nem com direito de família, exigindo uma nova categoria até agora não prevista²⁷⁰.

2.3.2.2. A previsão legal dos embriões excedentários

Em primeiro lugar, a lei limita deliberadamente o número de embriões resultantes da fertilização *in vitro* ao estritamente necessário para o êxito da procriação, o que significa que em princípio, todos os embriões assim obtidos devem ser implantados no útero da beneficiária por ocasião da primeira transferência, e só na hipótese de a implantação de todos os embriões comprometer gravemente a vida ou a saúde da mulher ou dos nascituros se admite que existam embriões sobrantes. Em segundo lugar, a lei encarrega os beneficiários pela futura utilização dos embriões que criaram, de modo que os embriões que não sejam implantados deverão ser conservados, por um período máximo de 3 anos, para futura utilização pelos próprios beneficiários (art. 25.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006), apenas no caso em que não sejam usados (por diversos motivos), podem ser doados para casais inférteis (art. 25.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006) ou aproveitados em investigação científica, desde que os progenitores assim consintam (art. 25.º, n.º 5 da Lei n.º 32/2006).

Como se vê, a lei contemplou soluções não alternativas, mas progressivas e graduais numa tentativa de efetuar alguma proteção ao embrião, dando preferência ao objetivo almejado da procriação, sem comprometer a necessidade de êxito da técnica.

Assim, o legislador não atribui *status* de pessoa ao embrião, cujos interesses seriam iguais ou superiores aos dos beneficiários das técnicas de PMA, mas não o iguala a coisa quando proíbe que sejam criados embriões exclusivamente para o fim de investigações científicas; só admite a investigação que resulte em benefício para a

²⁶⁹ RAPOSO, V., 2005b, p. 129.

²⁷⁰ Defende Vera Lúcia Raposo que essa categoria se aproxima dos deveres que incumbem aos pais no trato dos filhos, sem coincidir na íntegra com estes, o que a autora convencionou chamar de dever de cuidado (RAPOSO, Vera Lúcia. Poder parental sobre os embriões excedentários. In: SILVA, Susana; VELOSO, Luísa (Coord.). *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas*: Contributos para uma reflexão. Porto: Universidade do Porto Editorial, 2009, p. 63).

humanidade, dependendo cada projeto de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (art. 9.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006) e; procura “potenciar ao máximo a 'expectativa de vida' do embrião, quer autorizando a adopção de embriões quer admitindo a implantação *post mortem* de embrião já concebido”²⁷¹.

O destino dado ao embrião sempre depende de consentimento dos beneficiários, seja para dação a outro casal, seja para a investigação científica (art. 25.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006). Esse consentimento deve ser de ambos os beneficiários originários, ou seja, se apenas um consente não será possível dar qualquer destino. Em caso de morte de um dos membros do casal será necessário apenas o consentimento do membro que for sobrevivente²⁷² (o que não ocorre no caso da PMA *post mortem*, que precisa do consentimento do falecido para que a mulher faça uso do embrião, como mais adiante se desenvolverá).

Vale observar a perspectiva de Vera Lúcia Raposo²⁷³ de que no caso dos embriões não viáveis, ou seja, aqueles cujo estado não permita a procriação, não há necessidade de exigir o consentimento dos progenitores, visto que nunca será possível a sua reprodução (art. 25.º, n.º 4 da Lei da PMA). Da mesma forma não se exige o consentimento dos progenitores quando os embriões são obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide (art. 9.º, n.º 4 al. *d*)), entendido como os embriões resultantes de processo de clonagem²⁷⁴. Isso parece decorrer do art. 25.º, n.º 4 da Lei da PMA, quando afirma que esses embriões não se submetem necessariamente a criopreservação e ao uso pelos seus progenitores no período de 3 anos.

Nota-se que não consta na lei qualquer tipo de sanção para aqueles que não fizerem uso dentro do prazo de 3 anos, nem muito menos qualquer referência que se o

²⁷¹ RAPOSO; PEREIRA, 2006, p. 91.

²⁷² A legislação não faz referência quanto à transferência de embriões em caso de separação, divórcio ou ruptura da união de fato, no entanto, o que o art. 6.º, n.º 1 da Lei da PMA parece indicar é que o desaparecimento da relação ocasiona a impossibilidade da continuação do procedimento da PMA. Vera Lúcia Raposo aduz que o art. 22.º, n.º 3 da mesma lei permite defender que se existe o consentimento de ambos, pode haver transferência, pois da mesma forma que existe família monoparental em caso de transferência de embrião *post mortem*, também pode haver em caso de ruptura do relacionamento dos progenitores (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 185-186). Já em caso de desacordo a autora analisa se as divergências deverão ser resolvidas sob as regras da partilha de bens como se o embrião fosse uma coisa, ou de acordo com as normas referentes ao poder parental, tratando embriões como pessoa nascida, ou ainda, se deverá ser analisado como um caso de conflito de direitos, mais propriamente como um conflito de direitos reprodutivos. Para aprofundamento do assunto: Id., 2008, p. 55 e ss. e 78 e ss.

²⁷³ RAPOSO, Vera Lúcia. Embriões, investigação embrionária e células estaminais. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 58, 2012b.

²⁷⁴ Refere-se, sem, contudo, adentrar ao assunto, que a clonagem reprodutiva é proibida pelo ordenamento enquanto a clonagem terapêutica é possível, conforme dispõe o art. 9.º, n.º 4, al. *d*) e 36.º, n.º 1 da Lei da PMA.

casal que quiser engravidar dentro desse prazo tenha que recorrer obrigatoriamente a esses embriões remanescentes, de modo que não existe nenhuma obrigação, podendo o compromisso afirmado pela lei ser facilmente quebrado²⁷⁵. Também não há qualquer disposição sobre a possibilidade de o casal prorrogar o período de três anos previsto, seja porque deseja ter um filho(a) mais tarde ou porque precisa de um tempo maior para refletir sobre que fim dar ao embriões, o que coaduna com a ideia de que os embriões não sejam congelados *ad infinitum* (pelas razões já expostas), mas impede os pais, que tenham interesse, de usarem esses embriões em um prazo mais alargado.

Passa-se a analisar detidamente cada destino possível a dar aos embriões excedentários.

2.3.2.2.1. A criopreservação

A criopreservação consiste no congelamento de embriões²⁷⁶ para que o material genético seja utilizado posteriormente pelo casal que não consiga obter sucesso na primeira tentativa da PMA; para que aqueles que pensem em ter mais filhos possam utilizá-los sem se submeter novamente a todo o procedimento custoso das técnicas de PMA; por receio de futura esterilidade em razão de doença em que o tratamento exige, como extração de tumor no aparelho reprodutor, submissão a tratamento de quimioterapia ou radioterapia²⁷⁷.

O congelamento de embriões suscita vários problemas ainda não solucionados pela ciência e pelos juristas: quanto ao período de durabilidade em condições de utilização de um embrião congelado; qual procedimento tomar face à grande quantidade de embriões excedentários congelados e; como encarar o nascimento de uma criança muito tempo após morte dos seus pais²⁷⁸.

²⁷⁵ Fazendo uma crítica, José de Oliveira Ascensão afirma que a regra "não tem conteúdo [...] é uma bolha vazia", em que na verdade existe uma ilusão de que os embriões remanescentes podem ser aproveitados para a nova gravidez (ASCENSÃO, 2007, p. 988). Também para Remédio Marques, o legislador esquece que o embrião tem direito à vida e ao desenvolvimento (MARQUES, [s.d.], p. 29).

²⁷⁶ Atualmente, é possível o congelamento dos gametas que são resfriados mediante rigoroso processo e conservado em nitrogênio líquido, dentro de recipientes fechados, a temperatura de -196° C.

²⁷⁷ No caso da mulher, o congelamento dos ovócitos ocorre por razões de submissão a tratamento médico (no caso de câncer ou outra doença que o tratamento cause esterilidade); desejo de maternidade tardia; em casos de doenças genéticas (como a síndrome de Turner) e; por enfermidade na produção de ovócitos (LOUREIRO, 2006, p. 11), mas como já tratado, é um procedimento não recomendado, pela composição da célula reprodutora feminina não garantir o êxito da técnica.

²⁷⁸ CORTE-REAL, 2002, p. 347-359.

A Lei da PMA não prevê um prazo máximo de armazenamento do material genético ou embrião, apenas estabelece o prazo de 3 anos para que o casal os use ou dê um dos destinos previstos. Passados os três anos dispostos em lei e os progenitores nada decidirem sobre o destino a dar aos embriões devem esses ser mantidos congelados ou destruídos?

Nesses casos, a doutrina tem recomendado o prolongamento da criopreservação²⁷⁹, todavia, o congelamento dos embriões por tempo indeterminado pode transformar as características morfológicas destes e vir a gerar uma criança com determinada doença ou com fisiologia alterada, em razão do período alargado que ficou criopreservado.

Por causa dessa incerteza científica, o ideal seria a utilização da criopreservação dos embriões excedentários pelos pais dentro de um limite temporal, caso contrário, deve ser dado um dos destinos ou destruídos.

Esse tempo de congelamento também é necessário para não ocasionar o nascimento desse embrião muito tempo depois da fecundação, podendo até não ter nenhuma relação com a geração da família genética que o criou. Fernando Araújo alerta para o fato de que a ausência de um limite temporal para criopreservação de embriões pode incitar impacto cultural "como o da subversão da estrutura genética das famílias ou o desrespeito pela cadência das gerações, como pode resultar do nascimento após a morte de ambos os progenitores, ou com a fertilização de material genético de antepassados afastados mais do que uma geração relativamente ao nascituro"²⁸⁰.

2.3.2.2.2. *A doação*

Quando os embriões são criopreservados, mas não são utilizados pelo casal durante o período de 3 anos é possível a doação a outro casal que não possa dar origem a um filho que lhe esteja biologicamente ligado.

A terminologia adotada pela Lei da PMA foi doação, denominação que vem sendo criticada pela doutrina, visto que ela assimila os embriões a coisas, pois somente as coisas podem ser doadas. Nesse âmbito, José de Oliveira Ascensão²⁸¹ critica a

²⁷⁹ RAPOSO, V., 2012b, p. 50.

²⁸⁰ ARAÚJO, F., 1999, p. 51.

²⁸¹ ASCENSÃO, 2007, p. 989.

possibilidade de doação a casal que não o fornecedor dos gametas, defende que se o material genético não pode ser coisa, logo não pode ser objeto de doação²⁸². Na opinião do autor, quando a lei dispõe que esses podem ser doados a outro casal (art. 25.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 32/2006) não significa que eles são propriedade dos beneficiários, o que não pode ocorrer, pois o embrião é da ordem das pessoas, portanto, ainda que se estivesse diante de uma representação do nascituro (art. 1878.º do CC), esta é um direito-dever atribuído no interesse do representado, não sendo cabível falar que na doação haja interesse deste, pois melhor seria que ele se mantivesse com sua família biológica.

Por isso, há quem considere que se trata, na verdade, de uma espécie de adoção²⁸³ de embriões ou mesmo uma adoção pré-natal²⁸⁴.

Guilherme de Oliveira²⁸⁵ impõe reservas à questão da adoção, pois a cedência do filho para adoção pressupõe que este existe e por algum motivo não pode ser educado pela família de origem, propiciando uma vantagem para aquele, o que não se pode falar em relação ao embrião que ainda não existe, embora se diga que a vantagem está na sobrevivência. Ademais, alerta o autor sobre a tendência de se criarem embriões excedentários para esse fim, quando se está diante de uma realidade em que a prática de adoção é difícil por "falta de crianças nas condições legais e sociais idóneas", o que estimula a procura pelas adoções pré-natais, então, defende que quando em excesso só devem ser disponibilizados a outro casal caso seja combatido o risco de a possibilidade de adoção embrionária estimular a criação de embriões excedentários.

Em bom rigor, nem a terminologia doação nem adoção está correta, visto estar-se perante um ato jurídico que combina elementos de ambas as situações. Como o embrião não é pessoa nem coisa, não é possível equiparar o caso a uma doação nem a uma adoção, é preciso uma terminologia que reflita essa realidade diversa²⁸⁶.

Porém, respeitando a denominação conferida pelo legislador, a doação do embrião para outro casal infértil constitui "a forma mais grave de procriação heteróloga"²⁸⁷, na qual ambos os gametas são completamente estranhos ao casal do projeto parental, devendo ser

²⁸² Igualmente: BARBAS, 2006, p. 92.

²⁸³ Sustenta Tiago Duarte que não é possível tratar os pais genéticos como meros dadores, visto que se imbuem como dadores apenas em momento posterior, pois na concepção se verifica a intenção de um projeto parental, então, melhor denominar adoção (DUARTE, 2003, p. 116-117).

²⁸⁴ RAPOSO, PEREIRA, 2006, p. 103

²⁸⁵ OLIVEIRA, 1989, p. 784.

²⁸⁶ RAPOSO, V., 2012b, p. 54.

²⁸⁷ ASCENSÃO, 2007, p. 987.

adotado apenas como último recurso, nos casos em que existam embriões que não serão utilizados, pois é melhor que eles sejam doados a outro casal infértil do que usados em experimentos ou simplesmente destruídos.

Os beneficiários da doação de embriões são os mesmos da PMA, mas de acordo com Vera Lúcia Raposo²⁸⁸, como não se trata de criar um novo ser, mas de um ser já criado, o legislador poderia ser menos exigente quanto às pessoas que estão abrangidas, alargando a possibilidade de doação a casais homossexuais e pessoas solteiras. Coadunando com a referida autora, não faz sentido admitir que ocorra a transferência de embriões *post mortem*, no intuito de proteção do embrião já formado, e não admitir situação semelhante a essas pessoas sob o mesmo argumento²⁸⁹.

Deve-se atentar ao caráter necessariamente gratuito dessa doação, conforme prevêm os arts. 18.º e 24.º da Lei da PMA, não se admite nem mesmo qualquer tipo de compensação aos dadores do embrião, diferentemente, como visto, dos dadores de gametas em que é permitida uma compensação pelos incômodos (ver tópico 1.5.1. do capítulo I). Alega-se que em caso de onerosidade poderiam fazer surgir mulheres que se submeteriam à prática de violentas estimulações ováricas para gerar embriões em quantidades superiores aos necessários para sua própria reprodução, com o intuito de criopreservá-los para posterior alienação a casais que não possam ter filhos com seu próprio material genético²⁹⁰.

2.3.2.2.3. *A investigação científica*

A experimentação científica²⁹¹ visa à obtenção de novos conhecimentos em nome do interesse público. Pela importância que a investigação apresenta para a presente e futuras gerações, a CRP no seu art. 42.º estabelece que é livre a criação intelectual, artística e científica, enfatizando no art. 73.º, n.º 4 que o Estado deve promover a criação e investigação científica bem como as inovações tecnológicas.

²⁸⁸ RAPOSO, V., 2012b, p. 54.

²⁸⁹ A dação de embriões não gera confusão quanto à maternidade e paternidade. A mãe será aquela que gera o filho e tem o parto, coadunando com os termos do art.º 1796.º, n.º 1 do CC, e o pai será o marido dela, também em igualdade ao n.º 2 deste mesmo artigo.

²⁹⁰ RAPOSO, V., loc. cit.

²⁹¹ A experimentação científica define-se, pela positiva, “por prosseguir finalidades científicas, isto é, por estar preordenada ao alargamento do horizonte da ciência médica, figurando o paciente como objecto e não como beneficiário directo”. Enquanto pela negativa, “trata-se de intervenções que não visam diagnosticar, prevenir ou tratar doenças que ameacem ou atinjam o paciente, antes estão ao serviço de interesses supra-individuais” (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 468).

Mediante a pesquisa em embriões é possível analisar como ele se formam, a anatomia humana, investigar a origem de diversas doenças, recolher células e tecidos, a exemplo das células estaminais, atos essenciais para descobrir a cura de diversas doenças que afligem o ser humano²⁹².

Apesar disso, há quem considere que é necessária uma acentuada restrição na investigação de embriões por serem uma pessoa, acarretando a experimentação sua instrumentalização e redução a coisa. Esses defensores alegam que por mais relevante que seja o interesse à sociedade constitui uma violação grave o uso científico de um ser humano em qualquer estágio do seu desenvolvimento dado, sobretudo, no caso do embrião, a impossibilidade de obtenção de um consentimento informado do mesmo²⁹³.

Tal é o posicionamento de José de Oliveira Ascensão, em que o embrião é dotado de dignidade, possui "um genoma inteiramente definido, que faz dele um ser único e irrepetível"²⁹⁴, de forma que operada a singamia "nenhum elemento recebe do exterior que altere a sua identidade". Sendo assim, entregar o embrião para investigação científica é ignorar sua vida autônoma e torná-lo como fim em si mesmo. Para o autor, pelo fato de o embrião pertencer à categoria dos sujeitos, possuir fins e interesses próprios, só pode ser submetido a experiências científicas no seu próprio interesse^{295 296}.

Contudo, como já tratado, o embrião não pode ser considerado como uma pessoa já nascida. Assim, quando eles não forem utilizados num projeto parental, qual o sentido de destruí-los sem ao menos lhe dar uma destinação, tirar dele alguma utilidade que pode beneficiar a espécie humana?

²⁹² As células estaminais do embrião são totipotentes, ou seja, podem desenvolver qualquer tipo de célula existente no corpo humano, dessa forma, possui grande importância o seu estudo para a evolução da medicina na cura de diversas doenças.

²⁹³ Intervenções que limitam o bem jurídico da integridade física carecem de concordância. Quando se trata de incapazes ou de menores, João Carlos Loureiro não admite que depois de reforçadas as cautelas e as exigências quanto à necessidade da experiência, os representantes legais se substituam ao incapaz para dar o necessário consentimento, sendo inválido o consentimento dos pais (LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto. *Cadernos de Bio-Ética*, Coimbra, n. 14, p. 45, 1997).

²⁹⁴ ASCENSÃO, 2007, p. 994.

²⁹⁵ Id., 1991, p. 449.

²⁹⁶ De forma igual se manifestou o CNECV afirmando que: "A investigação científica em embriões humanos apenas é eticamente legítima quando procede em benefício do próprio embrião. Poderão ser consideradas derrogações a este enunciado geral quando o único destino alternativo for o da destruição do embrião. Nesta situação, os embriões poderão ser utilizados para investigação científica que, não actuando em benefício dos próprios, resulte em benefício da humanidade" (CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Presidência do Conselho de Ministros. *Relatório - Parecer Sobre Reprodução Medicamentosa Assistida (44/CNECV/04)*. Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014. p. 6).

Não se trata de instrumentalizar os embriões, mas sim de respeitá-los "permitindo que antes da sua eliminação contribuam para o bem-estar da humanidade da qual já fazem parte ou, pelo menos, viriam potencialmente a fazer"²⁹⁷. Dessa forma, Vera Lúcia Raposo e André Dias Pereira²⁹⁸ descortinam que “a partir do momento em que contamos com um embrião já constituído, não nos parece ser a melhor solução, no plano ético-jurídico, desaproveitar todo o esforço e dedicação empregados na sua formação, destruindo-os sem extrair um valor superior da sua existência”²⁹⁹.

Além do mais, o potencial de conhecimento que o material biológico pode proporcionar deve ser considerado³⁰⁰, "sempre terá de se reconhecer que o progresso das técnicas de procriação assistida e o avanço na luta contra a transmissão das anomalias hereditárias só pode conseguir-se experimentando em embriões"³⁰¹. Aquilo que hoje é experimental pode virar amanhã uma medida terapêutica capaz de curar doenças e salvar vidas humanas, de todo isso não pode ser ignorado³⁰².

Levando isso em consideração, o legislador admite, excepcionalmente, quando não for possível a obtenção da pesquisa mediante outros meios, quando a pesquisa for cientificamente relevante e desde que aprovada previamente pelo CNPMA (art. 9.º, n.º 3 da Lei da PMA), a experimentação em embriões para aperfeiçoamento das técnicas de PMA; constituição de bancos de células estaminais³⁰³ para programas de transplantações; ou ainda para outras finalidades terapêuticas (art. 9.º, n.º 2 da Lei da PMA).

Claramente, a criação e promoção da investigação possuem limites, ainda mais quando entra em conflito com outros bens constitucionalmente previstos³⁰⁴, portanto, só poderá ocorrer, taxativamente, nos embriões que se encontrarem criopreservados sem um

²⁹⁷ RAPOSO, V., 2005b, p. 129.

²⁹⁸ RAPOSO; PEREIRA, 2006, p. 96-97.

²⁹⁹ Guilherme de Oliveira enfatiza que quando se está diante da experiência em embriões, independentemente de como se defina a natureza do embrião, deve-se resolver o problema do consentimento, pois as intervenções carecem de consentimento, devendo ser definido se no caso do embrião esse será prestado pelos progenitores ou pelo estabelecimento clínico (OLIVEIRA, 1989, p. 785). A Lei da PMA atribui aos pais o consentimento que deve ser prestado (art. 9.º, n.º 5 da Lei da PMA).

³⁰⁰ O legislador em "respeito pela proporcionalidade, adequação e necessidade conduziu a este equilíbrio de valores: a fatal destruição dos embriões é sobrepesada face aos benefícios que a investigação científica de que eles forem objecto possa trazer à humanidade nas áreas e para os fins *supra* citados" (MARQUES, [s.d.], p. 30).

³⁰¹ OLIVEIRA, loc. cit.

³⁰² RAPOSO, V., 2012b, p. 55.

³⁰³ José de Oliveira Ascensão critica a criação de bancos de células estaminais para programas de transplantação, pois defende que isso não pode ser considerado como investigação científica, mas como atividade clínica ou mesmo médico-empresarial (ASCENSÃO, 2007, p. 1993).

³⁰⁴ LOUREIRO, 1997, p. 43.

projeto parental correspondente, passado o prazo de 3 anos previsto na lei; nos inviáveis à transferência, isto é, os que possuam características morfológicas que indiquem a inexistência de condições mínimas de viabilidade; embriões que sejam portadores de anomalias graves, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação; e aos obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoides (art. 9.º, n.º 4, alíneas *a*) a *d*) da Lei n.º 32/2006).

Destaca-se que não é permitido conceber embriões com a finalidade exclusiva de investigação, nem que se transfiram embriões para o útero de uma mulher, que tenham sido objeto de experimentação (art. 9.º, n.º 1 da Lei da PMA).

2.3.2.2.4. A destruição

A Lei da PMA não refere expressamente sobre a destruição dos embriões, essa é uma solução que se depreende das previsões contidas. Ao afirmar que os beneficiários dispõem de três anos para decidir o destino dos respectivos embriões, supõe-se que a criopreservação apenas se mantém por idêntico período (art. 25.º, n.º 1 da referida lei), então, caso no final do prazo nada tiver sido decidido apenas resta a destruição³⁰⁵.

Quem entende que o embrião é já um ser humano, titular de todos os direitos e da mesma dignidade que o ser humano já nascido e, portanto, merece proteção especial da lei, a solução de destruir os embriões suscita problemas, sustentando alguns doutrinadores como um verdadeiro homicídio³⁰⁶. José de Oliveira Ascensão defende a tese que o aniquilamento do embrião fora do útero se configura uma violação ao direito à vida não abrangida pela figura do aborto, mas semelhante a ele, sendo "diversas das comuns as vias de o realizar"³⁰⁷, convencendo a chamar de embriomicídio, por ser uma nova figura que ainda não tem previsão no Direito Penal³⁰⁸.

Antes de tomar posicionamento é preciso questionar se o embrião terá um direito autônomo de vida que garanta a sua implantação em qualquer útero.

³⁰⁵ Contudo, não é a prática que tem sido adotada pelos centros, como já se referiu.

³⁰⁶ ARAÚJO, F., 1999, p. 48.

³⁰⁷ ASCENSÃO, 1991, p. 450.

³⁰⁸ Na mesma direção, Stela Barbas traz a seguinte reflexão: "Será lícito aceitar que para um ser humano nascer tenhamos que destruir outros?!" e responde: "Os fins não podem justificar os meios. Não é lícito eliminar para gerar" (BARBAS, Stela Marco de Almeida Neves. Da problemática jurídica dos embriões excedentários. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Lisboa, ano 41, 14 da 2.ª série, n. 1 e 2, p. 109, 2000).

Defende Antunes Varela que o direito à proteção da vida existe desde o momento da concepção, portanto, essa tutela se estende a "toda a expressão corpórea e dinâmica da vida humana, de modo a abranger não só a criança já nascida, mas todo o feto ou embrião onde palpita já o sopro sobrenatural e autónomo da vida"³⁰⁹. Na mesma linha de raciocínio Paulo Otero³¹⁰ reconhece um "direito fundamental ao nascimento" sustentando um "direito à transplantação uterina" e "direito à gestação" de forma que a única possibilidade seria coibir a produção deliberada de embriões excedentários, com a transferência de todos os formados *in vitro* para o ventre materno³¹¹.

No entanto, não se vislumbra correto pensar que existe uma violação do direito à vida, no caso da destruição do embrião, quando o ordenamento não prevê uma proteção jurídica aos embriões, como prevê à pessoa. Como já fora explanado, o art. 66.º, n.º 1, do CC, e o n.º 2 do mesmo artigo, dispõem que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento, garantindo efeitos jurídicos apenas aos embriões que nascerem com vida, e possuam a personalidade jurídica. Também no âmbito penal, a proteção do embrião é diferente da pessoa nascida, como se verifica pela ausência de punição do aborto do embrião que se encontra em desenvolvimento no útero materno, até à décima semana de gestação (art. 142.º, n.º 1, al. e)), do CP³¹². Ainda na seara constitucional, a posição do TC sustenta a teoria da tutela objetiva do nascituro negando-se a reconhecer-lhe direitos fundamentais, sob o argumento de que "só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais [...] pelo que o regime constitucional de proteção do direito à vida não vale diretamente e de pleno que para a vida intrauterina e para os nascituros"³¹³.

Então, não existe um direito a nascer, mas sim um direito à existência física e psicológica uma vez nascido, logo, um direito à manutenção da vida³¹⁴.

Se o sistema jurídico não considera o embrião como pessoa e não proíbe uma prática que atua sobre o embrião quando a sua potencialidade de se tornar pessoa é bem maior, isto é, está num momento mais avançado do seu desenvolvimento (devidamente

³⁰⁹ VARELA, 1995, p. 98.

³¹⁰ OTERO, 1999, p. 50-53.

³¹¹ Também é o posicionamento de Stela Barbas: BARBAS, 2006, p. 136.

³¹² RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 214.

³¹³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 85*. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 28 de maio de 1985.

³¹⁴ Contrariamente, igualando a vida nascida à não nascida: OTERO, 1999, p. 36-38; BRITO, Diogo Lorena. *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2007, p. 78-83.

implantado no útero materno), “por maioria de razão se há-de autorizar a destruição de embriões em estádios precoces, quando estão fora do útero e não ultrapassam as oito ou dez células”.

Sendo assim, o aniquilamento dessa forma de vida humana pode ocorrer, mas tendo em conta a pessoa que poderá se tornar, sua destruição demanda uma justificação suficientemente ponderosa, garantindo ao embrião, pela sua natureza humana, uma tutela antes de nascer, mas esta é distinta consoante se trata de vida humana já nascida ou ainda por nascer e mesmo dentro desta última categoria vai-se adensando à medida que o embrião se vai desenvolvendo³¹⁵.

Uma alternativa para a destruição, conforme fora tratado, é o uso em investigação científica que permite estudar o desenvolvimento embrionário na tentativa de descobrir a cura de diversas doenças que afetam o ser humano, conferindo ao embrião, uma destinação útil em vez de ser eliminado sem qualquer proveito.

Analisadas todas as formas de destinação do embrião, deve-se questionar, em caso de morte, a quem devem ser entregues os embriões? Ao outro progenitor sobrevivente? Deve se manter com o centro encarregue da criogenização do embrião? Ou deverá o casal estipular previamente o destino a dar ao embrião nesse caso?

2.3.3. O enquadramento da questão na doutrina e na lei

Diferentemente da inseminação ou FIV, a lei permite a transferência de embrião criopreservado para o útero da mulher após a morte do marido ou companheiro com quem reconheceu um projeto parental, desde que o marido tenha consentido e observado o prazo (art. 22.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006).

Nota-se claramente que o legislador conferiu especial valor ao embrião³¹⁶ quando, além de estabelecer critérios rigorosos para a experimentação científica, de postergar ao máximo a sua vida e permitir a sua doação a casais inférteis, admite a implantação *post mortem*³¹⁷.

³¹⁵ RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 390.

³¹⁶ Como referem Marta Costa e Paula Martinho essa atitude do legislador evidencia o estatuto que é concedido ao embrião, ainda que não o reconheça como pessoa lhe confere algumas proteções (SILVA; COSTA, 2011, p. 119).

³¹⁷ RAPOSO; PEREIRA, 2006, p. 91.

Para Stela Barbas, que confere ao embrião o *status* de pessoa, a transferência embrionária *post mortem* seria “não um fim em si mesma, mas o meio para se resolver um fim”³¹⁸, qual seja a proteção do patrimônio genético daquele ser já formado desde a concepção. Com a mesma acepção Jorge Duarte Pinheiro³¹⁹ acredita que a transferência *post mortem* é a melhor solução, protegendo e dignificando o embrião.

Aqui o argumento da exigência de biparentalidade não é trazido, pois o embrião é formado no contexto em que existe um pai e uma mãe, mas por razões alheias à vontade das partes desvia-se do fim almejado³²⁰, então, entende-se que admitir a transferência embrionária *post mortem*³²¹ é dar “continuidade a um desígnio iniciado, à constituição de uma família desejada por quem dela partiu involuntariamente”³²².

Não há grande desentendimento quanto a essa possibilidade, pois esse caso é semelhante ao do pai que falece quando o filho já está concebido na barriga da mãe, então, objetar o consentimento da transferência de embrião para o corpo materno após a morte do pai é o mesmo que impor obrigação de abortar às mulheres que estando grávidas, mediante processo natural, perdessem o marido ou companheiro antes do nascimento da criança³²³.

Infelizmente, o legislador não regulamentou de forma clara a situação do uso de embrião *post mortem*, somente determina que deverá ser observado um prazo entre a morte do beneficiário e a transferência do embrião para o útero da mulher. Um prazo acertado, que apesar de não referido expressamente³²⁴, concede um período de luto e de reflexão para a ponderação da decisão da implantação, de forma a tutelar a futura mãe. Trata-se de proteger o cônjuge/convivente sobrevivente, que está fragilizado numa altura em que o sentimento da falta do *de cujos* pode criar uma forte tentação para minimizá-la através de um filho.

A lei também não é clara se o falecido não tiver consentido na transferência póstuma de embriões, se invalida a prática reconhecida naquele dispositivo, mas o que

³¹⁸ BARBAS, 2006, p. 136

³¹⁹ PINHEIRO, 2011, p. 273-274.

³²⁰ O que também acontece no caso em que ainda não houve inseminação e uma das partes vem a óbito, pois existia um projeto parental que foi desfeito por motivos que as partes não podiam prever, mas mesmo assim o legislador não permite a inseminação *post mortem*.

³²¹ Seria incongruente que a lei admitisse que os embriões fossem adotados por outros casais e não admitir que sejam transferidos após a morte do marido ou companheiro para o útero da esposa (BARBAS, op. cit., p. 136).

³²² MAGALHÃES, 2010, p. 89.

³²³ RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 120.

³²⁴ O problema em não definir esse prazo será em reconhecer quem o definirá. Será o centro, o CNPMA ou o judiciário a analisar caso a caso?

parece é que ao o legislador afirmar em “realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito”, quer dizer que o consentimento é condição *sine qua non* da realização da técnica após a sua morte.

Quanto à transferência de embrião após a morte decorrente de PMA heteróloga crê-se ser possível, pois o art. 22.º, n.º 3 parece não fazer distinção entre a modalidade heteróloga ou homóloga. E como visto, a paternidade é definida pelo consentimento que este presta para a realização da PMA, então, desde que o falecido tenha consentido na PMA heteróloga, não se deve deixar de realizar a transferência após a morte, não apenas para honrar o desejo do *de cujos* de ter sua prole (ainda que lhe não esteja geneticamente vinculada), mas, sobretudo, para proteger o embrião já formado. Não faz qualquer sentido proibir a transferência dos embriões decorrentes de inseminação heteróloga, quando se verifica que independentemente da forma de reprodução, se a morte não tivesse ocorrido, a implantação teria acontecido.

Segundo Francisco Hernández, decorrendo sobre a legislação espanhola, não apenas é possível a transferência de embrião após a morte decorrente de PMA heteróloga, como nesse caso desaparece a necessidade do consentimento do dador³²⁵.

Citam-se apenas os casos de falecimento do membro masculino do casal, pois a PMA *post mortem* após a mulher falecer implica o uso da maternidade de substituição, ainda vedada pelo ordenamento jurídico. Contudo, Vera Lúcia Raposo³²⁶ não afasta a hipótese de o marido constituir sua vida com nova mulher e requerer a transferência dos embriões para esta, fato que se justifica, de acordo com a autora, da aplicação analógica do art. 27.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006, por ser uma forma de preservar a vida dos embriões criopreservados. A autora alerta ainda que o mesmo não é possível em caso de transferência de ovócito da falecida, pela analogia do art. 27.º, n.º 1 e n.º 2 e pelo fato de o ato de disposição do material genético ser um ato personalíssimo³²⁷.

³²⁵ HERNÁNDEZ, 1987, p. 889.

³²⁶ RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 131.

³²⁷ Já María Carcaba não reconhece o caso em que o homem utiliza o embrião proveniente de sua esposa anterior já falecida. A autora defende que apenas seria possível a utilização pela mulher sobrevivente quando o embrião provier do material genético de uma dadora e do marido falecido, pois o ovócito anônimo é o motivo legitimador da transferência do embrião (FERNÁNDEZ, 1995, p. 164).

CAPÍTULO III

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*

3.1. A procriação medicamente assistida *post mortem* e o direito das sucessões

Conforme elucidado na segunda parte, o legislador permite a transferência de embrião após a morte do pai, desde que este em vida consinta na realização do projeto parental. No entanto, apesar de constar a permissão legal desta prática após o óbito do genitor, o legislador não esclareceu quanto aos efeitos jurídicos aplicados à criança que nascer após a morte deste, nomeadamente os filiatórios e sucessórios.

Além disso, não obstante, a inseminação ou FIV *post mortem* ser proibida no ordenamento jurídico português, caso essa venha a acontecer, contrariamente à lei, será imputada a paternidade da criança que daí advier ao falecido, conforme art. 23.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006. Essa previsão comporta a exceção de que na data da inseminação a mulher esteja casada ou viva há pelo menos dois anos em união de fato com outro homem (art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006), consentindo esse na inseminação, ser-lhe-á conferida a paternidade, ainda que o filho seja geneticamente vinculado ao falecido. Nesse caso, apesar de a lei afirmar como efeito a paternidade (deixando em dúvida se existe necessidade de consentimento), o que não fez com o caso da transferência do embrião, também não esclarece os direitos hereditários a serem atribuídos.

Dessa forma, verifica-se que o legislador não aclarou satisfatoriamente, restando para o intérprete tentar adequar essas situações inovadoras ao atual ordenamento jurídico. Assim, o direito sucessório do filho, que ordinariamente se verificaria por sucessão legal ou testamentária, com a possibilidade do nascimento deste, mediante PMA *post mortem*, vir a acontecer um tempo muito alargado após a morte do progenitor, é abalado, pela inadequação dos conceitos definidos e os prazos estabelecidos legalmente para os sucessores, quando essa situação ainda não era prevista.

Dado que um dos pressupostos da sucessão legal e testamentária é a existência no momento da morte do autor da sucessão, o que não se verifica com o filho decorrente de PMA *post mortem*, uma vez que será concebido ou transferido apenas após a morte do

progenitor, a doutrina vê-se em um dilema para definir a situação sucessória daqueles que não tiveram culpa de serem gerados no tempo e forma diversa.

Basicamente existem três posicionamentos a respeito da PMA *post mortem* e seus efeitos: uma parte admite o procedimento, porém sem atribuição de filiação relativamente ao morto e direitos sucessórios aos filhos assim nascidos; outra admite o procedimento, reconhece a filiação relativamente ao *de cuius*, mas nega direitos sucessórios aos filhos daí advindos³²⁸; e ainda outra admite o procedimento desde que condicionado à atribuição de direitos sucessórios a requisitos, como o consentimento expresso e formal do falecido, e a prazos legalmente estabelecidos para que a concepção e o nascimento com vida aconteçam³²⁹.

Diante das várias incógnitas trazidas pela leitura da lei, se impõe indagar não só em caso da transferência de embrião, mas no caso da proibida inseminação após a morte, qual a relação formada entre o pai e a criança que nascer por uso desse procedimento e se daí decorrem direitos sucessórios.

Começa-se com um estudo geral da sucessão, para depois adentrar especificamente no quadro sucessório dos nascidos mediante PMA *post mortem*.

3.2. Noções gerais do direito das sucessões

A sucessão³³⁰ é definida no art. 2024.º do CC como “o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”³³¹.

A sua abertura é provocada pela morte real ou presumida³³² do titular de uma relação jurídica (art. 2030.º, CC)³³³, momento que se caracteriza pelo o início do fenômeno

³²⁸ O que está em jogo nesse caso é a insegurança gerada aos sucessores quando a criança é concebida muito tempo depois da morte do pai, ficando os titulares do direito de suceder num estado de indefinição. Assim, por mais que não se possa evitar a PMA *post mortem*, Jacqueline Rubelin-Devichi nega que exista qualquer direito sucessório do filho daí advindo, pois na legislação francesa, não é possível herdar o filho nascido após a morte do pai (RUBELIN-DEVICHI, 1984, p. 706).

³²⁹ Na Espanha se aceitam efeitos paterno-filiais se o falecido tiver se manifestado favoravelmente em documento revogável até que se realize a técnica (art. 9.º, n.º 2 da Lei n.º 14/2006).

³³⁰ A sucessão *mortis causa* que se almeja debruçar neste estudo.

³³¹ Não se quer aqui estender a discussão que surge em torno da definição de sucessão, seja na noção de Inocêncio Galvão Telles em que os direitos e obrigações se transferem, dando a ideia de transmissão ou aquisição derivada de direitos ou a de Pires de Lima, de que as pessoas são chamadas à titularidade das relações jurídicas, transmitindo a ideia de subingresso na posição jurídica de outra pessoa. Para maiores detalhes Cfr.: CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 15-25).

jurídico sucessório, “extinção jurídica do sujeito das relações jurídicas transmissíveis sucessoriamente e consequente estado de vinculação de tais relações”³³⁴. A partir desse momento um conjunto de relações jurídicas fica sem titular, de modo que serão chamadas as pessoas que tiverem o direito de suceder – vocação sucessória – para que os bens do falecido não fiquem sem sujeito³³⁵.

A sucessão pode ser voluntária ou legal, conforme o título em que se baseia, nos termos do art. 2026.º do Código Civil, dá-se mediante a vontade do *de cuius*, manifestada por testamento ou contrato (sucessão voluntária), ou consoante a lei (sucessão legal)³³⁶.

A primeira, sucessão voluntária, diz respeito aos negócios jurídicos que surtirão efeito com o falecimento, sob a forma de contrato (negócio jurídico bilateral), admitida excepcionalmente; ou testamento³³⁷ (negócio unilateral), em disposições de caráter patrimonial ou existencial³³⁸.

Na segunda, denominada sucessão legal, são chamadas as pessoas que a lei designar, em relação preferencial. Esta ainda se divide em legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do autor da sucessão.

A legitimária (art. 2133.º do CC) se fundamenta na proteção da família mais próxima, de forma que reserva a lei a essas pessoas uma fração da herança em que o autor

³³² A morte presumida tem lugar quando determinada pessoa está ausente, sem notícias durante certo lapso de tempo (art. 114.º e ss. do CC). É considerada para efeitos sucessórios devido ao art. 115.º do CC afirmar que a declaração de presunção produz os mesmos efeitos que a morte.

³³³ A morte é o fato jurídico que produz o efeito da abertura da sucessão (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *Direito das Sucessões*: Lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face da legislação posterior. Coimbra: [s.n.], 1992, p. 108), caracterizando-se como a causa da sucessão (SANTOS, Eduardo dos. *O Direito das Sucessões*. Lisboa: Vega, 1998, p. 63).

³³⁴ COELHO, F., 1992, p.128.

³³⁵ Capelo de Sousa define abertura da sucessão como “o início jurídico do processo complexo tendente à devolução sucessória das relações jurídicas transmissíveis do *de cuius*, tem como causas determinantes a morte do seu autor e a existência efectiva de relações jurídicas transmissíveis e caracteriza-se pela existência jurídica dos sujeitos das relações jurídicas transmissíveis sucessoriamente e consequente estado de vinculação de tais relações ao subingresso dos sucessíveis” (SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Lições de direito das sucessões*. 4. ed. renovada. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 1. p. 271-272).

³³⁶ Podem ser chamadas ao mesmo título várias pessoas, como a mesma pessoa pode ser chamada por vários títulos.

³³⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. *Sucessão Testamentária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 15 e ss.

³³⁸ Além do autor da sucessão poder utilizar o testamento para designar parte dos seus bens, pode utilizá-lo para outras disposições de diferente conteúdo (chamado de conteúdo atípico), como, por exemplo, para fazer perfilhação, conforme prevê art. 1853.º do CC (COELHO, F., 1992, p. 331-332).

não pode dispor³³⁹. Os herdeiros legitimários são: o cônjuge, os descendentes e os ascendentes (art. 2157.º do CC)³⁴⁰.

Já a sucessão legítima (art. 2156.º do CC) se dá em relação a algumas pessoas sobre a parte intestada da herança, ou seja, a cota disponível do autor que não foi disposta por testamento ou doação, ou, se foi disposta, sendo inválida, ineficaz ou não abranger todo o patrimônio do *de cuius*. A ordem de chamamento dos sucessores legítimos é: cônjuge e descendente; cônjuge e ascendente; irmãos e seus descendentes; outros colaterais até o quarto grau e Estado (art.º 2133.º, do CC)³⁴¹.

3.2.1. A vocação sucessória

A vocação é o chamamento à sucessão do sucessível na totalidade das relações jurídicas que não se extingam por morte do seu titular. Nada mais é do que a atribuição ao sucessível do direito de suceder, reconhecida nos termos do art. 2032.º, n.º 1 do Código Civil, aos que gozarem de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, exista e possua capacidade sucessória, requisitos estes que são cumulativos e de verificação simultânea³⁴².

Tem lugar no momento da abertura da sucessão, isso significa que nesse instante os pressupostos da vocação (a titularidade da designação sucessória prevalente, a existência e capacidade sucessória³⁴³) devem estar preenchidos³⁴⁴. Porém, Cristina Dias³⁴⁵

³³⁹ O autor da herança não pode nem dispor nem afastar a sucessão dessas pessoas (SANTOS, E.,1998, p. 44).

³⁴⁰ A quota varia de 1/3 a 2/3 em função da classe, do tipo e do número de legitimários, *vide* arts. 2158.º a 2161.º do CC. Se o cônjuge concorrer à sucessão com descendentes a herança se divide por aqueles e por estes, nos termos dos arts. 2139.º e 2140.º do CC. Na falta de cônjuge sobrevivente, a herança se divide pelos descendentes, (arts. 2139.º, n.º 2 e 2140.º do CC). Na falta de descendentes, a herança se divide pelo cônjuge e pelos ascendentes nos termos do art. 2142.º, n.º 1 do CC. Se não houver descendentes e ascendentes sucede só o cônjuge, conforme dispõe art. 2158.º do CC (TELLES, Inocêncio Galvão. *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004a, p. 49-52).

³⁴¹ *Ibid.*, p. 18-19.

³⁴² SOUSA, R., 2012, p. 282.

³⁴³ Existe ainda quem considere também como pressupostos da vocação a personalidade (FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 4. ed. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 155), mas não parece ser a opção adotada na lei, nem pela a maioria da doutrina.

³⁴⁴ Embora se fale que essa disposição só vale para o caso da vocação originária, o fato é que se os chamados não puderem ou não quiserem aceitar, apesar da vocação sucessiva ocorrer posteriormente, seus efeitos fazem referência a este momento, devido, a este exercício retroagir à data da abertura da sucessão, de acordo com o art. 2032.º, n.º 2, do CC (*Ibid.*, p. 151-152). Nos dizeres de Corte-Real “é como se ele tivesse ocorrido nessa data, nesse momento, obviando, assim, a lei à existência de perturbadores hiatos na titularidade das situações jurídicas” (CORTE-REAL, 2012, p. 182). A vocação subsequente é posterior, apenas no ponto de vista cronológico, porque “toda a vocação é originária, em virtude do princípio da retroatividade dos efeitos da vocação ao momento da abertura da sucessão” (SANTOS, E., *op. cit.*, p. 109).

³⁴⁵ DIAS, Cristina Araújo. *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 80.

alerta que não ocorrem concomitantemente, pois “a abertura da sucessão que dá origem ao chamamento, isto é, só depois de aberta a sucessão, com a morte do *de cuius* e a desvinculação da titularidade das suas relações jurídicas, que passam a estar ‘predispostas’ a ter um novo titular, é que se procede ao chamamento dos sucessíveis”³⁴⁶.

Não é pela própria vocação que se adquire a titularidade das relações transmissíveis do falecido³⁴⁷, por força do art. 2050.º, n.º 1 do CC, o domínio e posse dos bens se adquirem pela aceitação. Dessa forma, não basta apenas ser chamado à sucessão para adquirir os bens, é preciso aceitação para que se verifique a aquisição sucessória, sendo assim, o chamamento confere como efeito o direito de aceitar ou repudiar a herança, “é este o direito central da posição jurídica que a vocação atribui ao chamado”³⁴⁸, funcionando o repúdio como uma condição resolutiva da aquisição e a aceitação como um mero ato confirmativo do mesmo.

Tratou-se aqui que para ser chamado a suceder é necessário, antes de tudo, preencher esses pressupostos, mas, quais são esses requisitos? Quais as suas condições necessárias? Ver-se-á cada um deles separadamente.

3.2.1.1. A designação prioritária

A lei e o autor da sucessão designam várias pessoas para suceder, mas somente serão chamados à vocação aqueles que possuam designação sucessória prevalente, ou seja, que possuam relação preferencial por estarem na escala mais alta da hierarquia sucessória.

Dessa forma, entre as várias designações se estabelece uma divisão escalonada. Em primeiro lugar estão os herdeiros legitimários, pela ordem constituída nos art. 2133.º e seguintes; em segundo lugar estão os herdeiros (ou legatários) contratuais, conforme art. 1759.º e 1795.º, n.º 3 do CC (a designação contratual prevalece sobre a testamentária³⁴⁹ nos

³⁴⁶ Como afirma Capelo de Sousa existe uma “anterioridade lógica daquela sobre esta, uma vez que só após declarada aberta a sucessão, com a extinção do sujeito de uma das posições das relações jurídicas sucessoriamente transmissíveis e o consequente estado de vinculação de tais relações jurídicas ao subingresso do novo titular, é que se torna possível à ordem jurídica chamar os sucessíveis, o que aliás se espraia nas palavras iniciais do n.º 1 do art. 2032.º” (SOUSA, R., 2012, p. 280).

³⁴⁷ Por outro lado, a doutrina da aquisição *ipso iure* reconhece que não é necessária a aceitação para a aquisição dos bens do chamado, mas para “confirmar ou consolidar uma aquisição sucessória que já se verificara” (COELHO, F., 1992, p. 151).

³⁴⁸ DIAS, C., 2010, p. 81.

³⁴⁹ Do fato dos pactos sucessórios serem, em princípio, irrevogáveis (art. 1701.º, n.º 1 e art. 1705.º, n.º 1 do CC), não podem ser afetados por um testamento (anterior ou posterior). Por outro lado, o testamento pode ser

termos dos arts. 1701.º, n.º 1; 2311.º; 2313.º e todos do CC); em terceiro lugar estão os herdeiros (ou legatários) testamentários indicados no testamento; e, por fim, quando a cota disponível não tenha sido disposta, ou não tenha sido por completo³⁵⁰, estão todos os herdeiros legítimos mencionados em ordem na lei.

Ainda dentro da sucessão legítima e legitimária se verifica um escalonamento, em virtude do princípio de preferência de classes (art. 2134.º, CC), pelo qual os herdeiros de cada classe preferem aos de classes imediatas, bem como, do critério de preferência de grau de parentesco (art. 2135.º, CC), em que dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem aos mais afastados.

Antes da morte já se verifica a designação, mas esse momento é essencial para definir quem são os titulares da designação sucessória prevalente³⁵¹, pois antes do falecimento esta varia, visto que “podem ocorrer factos ou circunstâncias que venham modificar a hierarquia das designações”³⁵², por exemplo, o testamento pode ser revogado ou modificado (art. 2311.º, n.º 1 do CC), um designado pode vir a nascer ou a falecer etc.

3.2.1.2. A existência

Para que alguém assuma a posição do *de cuius*, ingressando nas relações jurídicas de que ele participava, é necessário também que tenha existência ou sobrevivência³⁵³.

Apesar de não estar explícita, a existência jurídica do chamado decorre dos arts. 2032.º e 2033.º, do CC, que tratam da capacidade sucessória, ao afirmar que serão chamados aqueles que além de possuírem designação prioritária possuem capacidade, tendo esta, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei, e, na sucessão testamentária ou contratual, também, os nascituros não concebidos que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão.

Em razão da ausência de menção expressa da existência pela lei, há quem costume falar apenas na capacidade sucessória, mas como declara Francisco Manuel Pereira Coelho

livremente revogado, quer por um novo, quer por uma doação *mortis causa* que incida sobre os mesmos bens conforme dispõe art. 2179.º, n.º 1 e art. 2312.º do CC (DIAS, C., 2010, p. 69).

³⁵⁰ Os sucessíveis testamentários estão na frente dos legítimos, pois estes só têm lugar se o autor da sucessão não dispuser de forma válida e eficaz os bens de que poderia dispor para depois da sua morte.

³⁵¹ COELHO, F., 1992, p. 133.

³⁵² SANTOS, E., 1998, p. 75.

³⁵³ FERNANDES, L., 2012, p. 173-174.

a distinção da existência e da capacidade é essencial, apesar de reconhecer que ambos os institutos estão intimamente interligados, primeiro, o “chamado há-de existir, isto é, há-de ter personalidade jurídica, capacidade jurídica genérica, e, depois há-de ter também capacidade sucessória, a qual não é senão uma aplicação particular da noção geral de capacidade jurídica”³⁵⁴.

Existir como pessoa jurídica se configura de duas maneiras: “já há-de existir”³⁵⁵ juridicamente, ou seja, o chamado deve ter personalidade jurídica no momento da abertura da sucessão e; “ainda há-de existir”³⁵⁶, isto é, continue a ter personalidade, nem que seja por um instante, depois da abertura da sucessão, portanto, não tenha se verificado a morte³⁵⁷.

A personalidade jurídica, considerada por alguns como requisito essencial da vocação, só é atribuída ao ser humano que, separando-se definitivamente e de modo completo do ventre materno (art. 66.º, n.º 1, CC), nasce com vida³⁵⁸ independentemente da sua viabilidade de sobrevivência³⁵⁹. Só a partir desse momento a pessoa passa a ter aptidão para ser titular de direitos e obrigações³⁶⁰, portanto, na acepção dada pela lei, o nascituro não é pessoa jurídica e nem muito menos os concepturos.

³⁵⁴ COELHO, F., 1992, p. 181.

³⁵⁵ Ibid., p. 184.

³⁵⁶ Ibid., p. 182.

³⁵⁷ A morte não pode ter acontecido antes nem na mesma hora. Em caso de comoriência, não tendo certeza se a morte de uma pessoa aconteceu antes ou depois da do *de cuius*, presume-se que as duas mortes foram simultâneas, nos termos do art. 68.º, n.º 2 do CC, de forma que não se concretiza a vocação do sucessível (PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: AAFDL, 2005a. v. 4. p. 17). Quanto ao ausente, entende-se que este pode ser chamado a suceder, nos casos de curadoria provisória, em que os bens integram no seu património e são administrados pelos curadores provisórios (art. 121, n.º 1 e 94.º do CC). Pelas mesmas razões também sucederá na curadoria definitiva, pois apesar dos bens a cuja sucessão o ausente for chamado a suceder serem entregues às pessoas que seriam chamadas à titularidade se o ausente fosse falecido (art. 103.º, n.º 2 e 122.º, do CC), eles não são proprietários, apenas, administradores dos bens do ausente. Já o mesmo não se verifica no caso de morte presumida, em que o ausente já não será chamado, mas sim, aqueles que o seriam se ele fosse falecido (art. 120.º, CC), havendo uma equiparação, para esse efeito, à morte física, conforme art. 115.º, CC (COELHO, F., 1992, p. 187-188; SOUSA, R., 2012, p. 290; FERNANDES, L., 2012, p. 177-180).

³⁵⁸ Se a criança falecer antes da separação do corpo materno não adquire a personalidade (o caso do nado-morto). É preciso que após a criança tenha saído completamente do ventre materno ela manifeste qualquer sinal de vida, como respiração, pulsações do coração (HÖSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. 3. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005, p. 466).

³⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 201-202.

³⁶⁰ GONÇALVES, L., 1961, p. 169.

Em que pese o art. 66.º do CC, existe uma controvérsia quanto ao início da personalidade jurídica, em razão da lei prever alguns direitos³⁶¹ ao nascituro e concepturos que só podem ser conferidos a quem a possua. De um lado estão os que defendem que o nascimento traz consigo a personalidade jurídica e de outro os que rejeitam por completo este início, atribuindo-o à concepção uma tutela “*ab initio*”³⁶².

Na primeira corrente encontramos autores que atribuem crucial importância à letra do art. 66.º CC, assim, os seres humanos não são necessariamente pessoa em sentido jurídico³⁶³, as pessoas são aquelas conferidas pela lei, o que se apercebe com a atribuição de personalidade jurídica a certas organizações de pessoas e conjunto de bens, como as associações, sociedades e fundações³⁶⁴. São conhecidas como correntes natalistas³⁶⁵ por se basearem na ideia de que “o homem não é pessoa jurídica só pelo facto de ser homem. A personalidade jurídica é uma criação da lei, um instrumento técnico de que a ordem jurídica se serve para realização de interesses humanos”³⁶⁶, portanto, se o legislador não atribuiu personalidade ao nascituro, foi porque não o quis³⁶⁷.

De outro lado, existem pensadores que rejeitam o preceito e a atribuição da personalidade ao nascimento. Nessa linha, Diogo Leite de Campos³⁶⁸ reconhece que a atual concepção de personalidade é ultrapassada, é baseada num tempo pré-científico³⁶⁹. Para o

³⁶¹ Num plano patrimonial reconhece o art. 952.º, CC, doações aos nascituros e concepturos e o art. 2033.º, CC confere direitos sucessórios. Num plano não patrimonial, o n.º 1 art. 1878.º do CC atribui aos pais o poder de representar os filhos nascituros, e os artigos 1847.º; 1854.º e 1855.º, todos do CC, permitem a perfilhação de nascituro.

³⁶² Nesse sentido, José González afere que o art. 1878.º, n.º 1 do CC comprova que a personalidade jurídica existe antes do nascimento, ao conceber direito de representação aos nascituros significa que se são representados é porque têm uma esfera jurídica, logo, têm personalidade (GONZÁLEZ, José A. R. L. A personalidade Jurídica Pré-Natal. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 645).

³⁶³ PINTO, 2012, p. 98.

³⁶⁴ Essa visão da personalidade jurídica pauta-se na ideia de que a personalidade tem uma função “é um meio, um instrumento, um mecanismo técnico, um expediente jurídico de tutela e realização de interesses humanos. Sendo assim, ela deve surgir sempre que esses interesses reclamem a sua presença” (MANSO-PRÊTO, José Alfredo Soares. *Estudo sobre a situação jurídica dos nascituros e concepturos no domínio da sucessão testamentária*. 1947. 157 f. Dissertação (Licenciatura) - Curso de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1947, p. 7-8).

³⁶⁵ PINTO, 2012, p. 201 e ss.; FERNANDES, L., 2012, p. 204 e 223.

³⁶⁶ ARAÚJO, Maria Dionysia de Mendonça Machado de. Vocação de nascituros e concepturos. *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento 13, Coimbra, p. 104, 1961.

³⁶⁷ Nesse sentido: FIGO, Tiago. *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 114.

³⁶⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. 3. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005, p. 510-513.

³⁶⁹ Aqueles que defendem o momento da aquisição da personalidade no nascimento têm uma posição idealista-positivista, enquanto os que assentam na aquisição a partir da concepção têm uma realista-

autor, com nível de conhecimento que se tem hoje é possível conhecer a vida intrauterina e perceber que antes do nascimento existe um ser humano consciente, sensitivo, capaz de reações a estímulos sensoriais externos³⁷⁰ etc³⁷¹. Sendo assim, com o nascimento, apenas existe uma mudança de lugar; logo, nascer não é um começo, mas apenas um passo, de modo que nenhuma transformação antes do nascimento apresenta diferenças que sejam capazes de demonstrar que então há um ser humano, e que antes não existia³⁷². Assim, a personalidade se verifica desde a concepção³⁷³, caracterizando-se como um direito inato, que pertence a todo o indivíduo vivo³⁷⁴.

De fato, a revolução da medicina veio mudar o pensamento que a pessoa só existia a partir do nascimento, a possibilidade de conhecer todo o fenômeno do desenvolvimento humano fez surgir diversas discussões sobre o início da vida e, portanto, a partir de que momento se deveria assegurar proteção jurídica à pessoa. Acontece que, da mesma forma que a evolução biomédica acabou por criar teorias que conferem tutela jurídica desde a concepção, também fundou teorias em que o início do ser humano não está consubstanciado no momento da concepção³⁷⁵, surgindo uma linha de defesa que fala em pessoa a partir de determinado estágio de gestação.

jusnaturalista. A primeira se fundamenta na personalidade ontológica ou natural do indivíduo humano, a outra transfere para a lei ou para o sistema positivo a constituição da personalidade jurídica. Sobre cada uma das teorias, cfr.: CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. *Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro*. *O Direito*, Coimbra, ano 130, v. 1-2, p. 57-88.

³⁷⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*. Coimbra: Almedina, 2009. (Separata de pessoa humana e direito). p. 47-54.

³⁷¹ O autor descreve o desenvolvimento do bebê no útero materno detalhadamente, demonstrando, mediante estudos científicos em que período tem consciência, é capaz de atos e reflexos, de sentir, de ter memória, de aprender etc (CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: Estudo sobre direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 57-74).

³⁷² Id., 2009, p. 49-50.

³⁷³ Também Maria Emílio considera que o tratamento conferido atualmente é inadequado face à revolução da biotecnologia (CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. *O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português*. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 640). Desenvolve, ao longo do trabalho, a concepção realista para, com apoio nesta, concluir pela atribuição de personalidade jurídica ao nascituro desde a concepção (Id., 1998, p. 57-88). Paulo Otero exhibe raciocínio semelhante: “Saiba a ciência quando é que começa a vida humana que o Direito imediatamente tem de garantir a sua inviolabilidade” (OTERO, 1999, p. 40); Também FRADA, Manuel A. Carneiro da. *A Protecção juscivil da vida pré-natal: sobre o estatuto jurídico do embrião*. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, n. 1-4, p. 140, 2010.

³⁷⁴ CAMPOS, 2009, p. 51.

³⁷⁵ Estudos recentes apontam que as características biológicas do futuro adulto não estão estabelecidas no momento da fecundação, desse modo, o DNA contido no zigoto “não seria suficiente para determinar o caráter único do futuro indivíduo”. De acordo com M. Patrão Neves “o desenvolvimento do ser humano – afirma-se é determinado por moléculas codificadas genética e não geneticamente dentro do embrião, ao mesmo tempo que pela influência do ambiente materno” (NEVES, M. Patrão. *O começo da vida humana*. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter (Coord.). *Bioética*. Lisboa: Verbo, 1996, p. 178).

Assim sendo, de acordo com alguns doutrinadores, a nidação³⁷⁶, momento em que se dá a fixação do zigoto no útero, por volta do 20º dia, é o critério que distingue o ser humano de um monte de células, antes desse momento não é possível falar em um ser único e individualizado, visto que o primeiro sinal da organização primária da pessoa é o aparecimento da linha primitiva rudimentar do sistema nervoso que assinala o começo de uma sensibilidade individual³⁷⁷. Antes disso, ter-se-ia apenas um grupo de células indiferenciadas e totipotentes, podendo cada uma delas assumir uma função diversa ou tornar-se parte da placenta, no lugar de se formar o embrião^{378 379}.

Outros vão mais além e definem que o ser humano só tem vida e é digno de proteção jurídica quando exista atividade do cérebro, tese que coaduna com a teoria médica segundo a qual o óbito é definido pela morte cerebral³⁸⁰, logo, a vida seria definida pela formação do córtex cerebral, que se dá na 12ª semana de gestação³⁸¹.

E ainda existem os que utilizam como critério a viabilidade, ou seja, quando possa viver fora e independentemente do útero materno, o que ocorre cerca de 24 semanas após a concepção³⁸².

O que se pretende demonstrar com esse resumo das teorias que tentam desvendar qual o instante em que o direito deve ser atribuído ao ser humano, é que em nenhum momento se encontra uma solução única, mas a certeza que se tem é que desde a fecundação até o nascimento o ser humano passa por diversos estádios de desenvolvimento, de modo que o que se constata na primeira semana não é similar ao desenvolvimento do terceiro mês, nem muito menos do oitavo mês.

³⁷⁶ ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direitos do Nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro. *O Direito*, ano 129, n. 1-2, p. 60, jan./jun., 1997.

³⁷⁷ NEVES, 1996, p. 179-180.

³⁷⁸ RAPOSO, V., 2012a, v. 1, p. 294.

³⁷⁹ Inclusive, o art. 1.º, n.º 2 da Lei espanhola n.º 14/2006, de 26 de maio, divide a nomenclatura em duas etapas, a primeira vai da fecundação até o 14º dia, chamada etapa pré-embriônica, em que existe na verdade um pré-embrião e a segunda etapa que ocorre a partir do 14º dia, existindo nesse caso realmente o embrião.

³⁸⁰ A definição legal de morte é estabelecida na Lei n.º 141/99, de 28 de agosto, que fixa também os princípios em que se baseia a verificação da morte. Segundo o art. 2.º a morte “corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”.

³⁸¹ Criticando essa teoria, João Loureiro coloca que, primeiro, previamente ao início da atividade cerebral embrionária já existem sistemas de regulação do embrião que remontam ao momento da concepção; segundo, que se assim fosse ter-se-ia que defrontar com a questão dos anencéfalos, isto é, seres humanos nascidos, que respiram, mas que seriam insuscetíveis de serem reconhecidos como tal, dada a ausência de atividade cerebral (LOUREIRO, 1997, p. 20).

³⁸² Não se tem o cunho de exaurir todas as teorias que surgiram para tentar desvendar o início da pessoa humana, pois além de não ser o propósito do presente trabalho, são diversas as teses, por exemplo: a teoria da percepção de sensações; da forma humana; da viabilidade etc.

Com isso, coloca-se a questão se o embrião com baixa viabilidade deve ter iguais direitos civis do feto prestes a nascer.

Nesse sentido, Capelo de Sousa defende que o concebido, dada a sua natureza humana em transformação, goza de uma personalidade jurídica parcial³⁸³, a caminho da “humanização plena”³⁸⁴ com o nascimento, mas desde a concepção revelando uma “*força jurisgénica*”. Para balizar seu pensamento, o autor parte da ideia de que o art. 70.º do Código Civil acolhe uma interpretação tendente à proteção geral da personalidade física e moral dos nascituros concebidos³⁸⁵. Explica que o art. 70.º CC não entra em contradição com o art. 66.º, n.º 1, uma vez que o reconhecimento de direitos apenas aos nascituros não retira certa personificação aos ainda não nascidos, pois o fato de lhes ser recusada a titularidade de direitos de personalidade não obsta a que esta seja juridicamente protegida pelo direito civil, enquanto bem jurídico.

Na mesma esteira, Tiago Figo³⁸⁶ discorda que se possa atribuir plena capacidade sucessória ao nascituro, uma vez que a vida embrionária não possui uma personalidade plena e completa antes do nascimento, mas uma personalidade parcial que vai “conquistando, desde a concepção, as suas várias potencialidades *somático-psíquico-ambientais*, até o momento em que, de todo, se insere na vida relacional”³⁸⁷.

Contudo, apesar de louváveis as aceções desses doutrinadores por tentar conferir ao nascituro uma tutela diversa à do ser já nascido, a concepção não pode ser considerada fato constitutivo ou determinativo da personalidade, nem ao menos parcial. O que acontece é que, em função da sua natureza humana, a lei confere alguns direitos ao ser antes do nascimento, ficando os efeitos a depender do seu nascimento com vida, mas sem com isso adiantar uma personalidade jurídica. Na verdade, como já se defendeu, a intenção é proteger na expectativa da futura pessoa que pode se formar, sendo a concepção apenas fundamento de uma proteção legal que se traduz no interesse de um futuro sujeito de direitos³⁸⁸.

³⁸³ SOUSA, R., 1995, p. 363-364.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 285-286.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 160-161.

³⁸⁶ FIGO, 2013, p. 130.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 106.

³⁸⁸ MANSO-PRÊTO, 1947, p. 7-8.

3.2.1.3. Capacidade sucessória

O último pressuposto da vocação é capacidade sucessória. Adotando a posição de Francisco Manuel Pereira Coelho, para que possa ser chamada à sucessão, a pessoa não tem somente que existir, mas também ser capaz de suceder no momento da morte do autor da herança, isto é, além da capacidade geral para os atos civis, precisa de uma capacidade específica.

A capacidade sucessória consiste em ter “idoneidade para ser chamado a suceder, como herdeiro ou como legatário”³⁸⁹, que pela letra do art. 2033.º são todas as pessoas singulares ou coletivas que a lei não declare incapazes³⁹⁰. A incapacidade é exceção podendo acontecer por legalmente se entender que, pelo comportamento, determinadas pessoas se tornaram indignas de suceder socialmente ou de acordo com a vontade presumida do *de cuius* (art. 2034.º, CC); pela liberdade testamentária estar prejudicada (arts. 2193.º a 2195.º, 2197.º e 2198.º, CC); por colidir com interesses de terceiras pessoas (art. 2196.º, CC); ou ainda por sanção legal (art. 1650.º, n.º 2, CC).

Em razão de ser chamado à sucessão não implicar “obrigações, responsabilidades ou riscos”³⁹¹, podem suceder os incapazes, interditos, menores etc (o que não significa que em alguns atos eles não devem estar devidamente representados³⁹²).

A capacidade jurídica, apesar de aparentemente coincidir com a capacidade sucessória, com esta não se confunde, porque a primeira abarca a capacidade de gozo e de exercício, enquanto a segunda só a de gozo, ademais, esta também possui os nascituros e concepturos, que como já explicitado, não possuem capacidade civil³⁹³.

Da mesma forma que os demais requisitos da vocação, a capacidade sucessória deve estar presente no momento da abertura da sucessão, mas isso não se aplica no caso dos nascituros e concepturos, seguindo esses, portanto, a mesma regra da existência, em que deverá se averiguar em momento ulterior, conforme se tratará a seguir.

³⁸⁹ COELHO, F., 1992, p. 206.

³⁹⁰ Parte da doutrina considera que a capacidade sucessória que trata a lei não refere a qualidade da pessoa, mas a “inexistência de determinada posição relativa entre uma pessoa e o direito ou o bem sobre que esse direito incide ou o interesse que por ele é tutelado”. Assim, fundamenta Luis A. Carvalho Fernandes que se a indignidade e a deserdação fossem uma incapacidade, referir-se-iam a qualquer sucessão e não exclusivamente a uma sucessão em específico (FERNANDES, L., 2012, p. 198). No mesmo sentido, sustenta Eduardo Santos que por ser relativa a exclusão da pessoa da sucessão confere um caráter de ilegitimidade e não de incapacidade (SANTOS, E., 1998, p. 94).

³⁹¹ COELHO, F., 1992, p. 206.

³⁹² SOUSA, R., 2012, p. 291-292.

³⁹³ SANTOS, E., 1998, p. 94 e 96.

3.2.2. A situação jurídica da sucessão dos nascituros e concepturos

Diante da ausência de personalidade jurídica, os nascituros e concepturos são casos particulares na sucessão³⁹⁴, gerando uma controvérsia nessas situações em que são chamadas a suceder pessoas quando ainda não existem. Como justificar a capacidade que a lei atribui aos nascituros e concepturos? Como se verifica a sucessão de alguém que não existe juridicamente?

A questão de saber a que título são atribuídos alguns direitos aos nascituros ou concepturos é fundamental por repercutir no estudo da sucessão no caso da PMA *post mortem*, em função da carência de regulamentação específica, fazendo necessário o estudo destas situações para determinar se existirá e como se dará a sucessão das pessoas concebidas ou implantadas no útero após a morte do seu genitor.

Numa tentativa de simplificação e compreensão desta condição, surgiram várias teorias para determinar a natureza jurídica da vocação do nascituro e concepturo³⁹⁵. Far-se-á menção das principais:

a) Na **teoria da antecipação da personalidade** haverá uma antecipação da personalidade jurídica, desde a concepção, em nome do princípio básico de que todo o ser humano é pessoa³⁹⁶.

Dentro dessas posições várias hipóteses despontam. Alguns entendem que a personalidade existe desde o momento da fecundação, portanto, o nascituro já existe à data da abertura da sucessão, de modo que, caso venha a falecer, antes ou depois do seu nascimento, seus bens transmitem-se aos seus herdeiros, como se nascidos fossem³⁹⁷.

Ao passo que outros advogam que desde a concepção existe personalidade jurídica, mas, os direitos adquiridos estariam sujeitos à condição resolutória do

³⁹⁴ Nascituro vem do latim *nasciturus* que significa “aquele que há de nascer”. Em sentido amplo os nascituros abarcam tanto aqueles que ainda não concebidos como aqueles que estão no útero materno. Cabe diferenciar a designação nascituro para aqueles que já foram concebidos e estão no útero materno e, concepturos, aqueles que ainda não foram concebidos, logo, não existem (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 72).

³⁹⁵ Aqui não se vai fazer distinção entre a natureza da instituição no caso dos nascituros já concebidos e os ainda não concebidos, porque apesar da situação física deles ser diversas, no âmbito jurídico são semelhantes, pois ambos ainda não apresentam existência jurídica. Tanto é assim que boa parte da doutrina não faz qualquer distinção na discussão, como: ARAÚJO, M., 1961, p. 114-115; FIGO, 2013, p. 42-43; MANSO-PRÊTO, 1947, p. 56-57. Mas, isso não significa que não se farão considerações quando a doutrina considerar que uma ou outra teoria não se aplica a um dos institutos.

³⁹⁶ ARAÚJO, M., 1961, p. 107.

³⁹⁷ CAMPOS, 2009, p. 24-54.

nascimento³⁹⁸, quer dizer, se a morte ocorrer antes do nascimento, é retroativamente desconsiderada a personalidade. Dessa maneira, a vocação produziria efeito até que, caso o nascimento não acontecesse, ou se tivesse a certeza que não poderia se verificar³⁹⁹. Essa posição parece insustentável, pois implicaria a imediata transmissão da propriedade aos representantes legais que ficariam sob uma espécie de propriedade resolúvel, o que no caso do nascimento não acontecer, deveriam restituir os bens. Ademais, esse não parece ser o sentido do art. 66.º, n.º 2, CC, quando fala que os direitos “dependem do seu nascimento”⁴⁰⁰, intencionando o legislador, na verdade, que os efeitos só fossem ocasionados com o nascimento.

Enquanto outros reconhecem que a personalidade se dá no momento da concepção, estando os direitos adquiridos sob condição suspensiva do nascimento. Nesse caso, se antes de nascer lhe forem atribuídos bens por doação ou sucessão e ele vier a nascer com vida, reconhece-se a personalidade desde a data da aquisição⁴⁰¹, se não nascer, os efeitos nunca lhe serão cominados.

E ainda há quem defenda que a pessoa adquire a personalidade jurídica desde a concepção, mas será uma personalidade reduzida, limitada ou fracionada, sendo apenas com o nascimento que se verificará a personalidade plena⁴⁰², dessa forma, esta se caracterizará por ser limitada a certos efeitos definidos em lei⁴⁰³.

O principal problema dessa tese, independentemente da sua vertente, é que, conforme já referido, o Código Civil não reconhece personalidade jurídica ao nascituro, e ainda que se fale em uma personalidade anterior ao nascimento, jamais essa poderia ser atribuída ao concepturo, posto que esse ainda não possui qualquer substrato físico, como mais à frente se verá.

b) A **teoria do fideicomisso** foca que a vocação do nascituro e concepturo é um fideicomisso, então, a herança seria entregue ao administrador com a obrigação deste dá-la ao concepturo quando ele nascesse. Essa ideia é rechaçada na medida em que o instituto do fideicomisso exige uma dupla vocação, uma do fiduciário, que fica com a

³⁹⁸ VASCONCELOS, 2007, p. 76.

³⁹⁹ ALMEIDA, 1997, p. 169; GONZÁLEZ, 2007, p. 639.

⁴⁰⁰ FIGO, 2013, p. 90.

⁴⁰¹ Para Diogo Leite de Campos, no caso de a instituição de herdeiro ou legatário estar sujeita à condição suspensiva, a capacidade sucessória deverá existir em dois momentos: no da morte do *de cuius* e no da verificação da condição (CAMPOS, 2005, p. 520).

⁴⁰² SOUSA, R., 2012, p. 285; DIAS, C., 2010, p. 86.

⁴⁰³ Maria Dionysia Araújo critica essa posição, pois no caso de o embrião chegar a nascer como justificar o desaparecimento de uma personalidade que existia ainda que fosse limitada (ARAÚJO, M., 1961, p. 107)?

propriedade resolúvel do bem, e outra do fideicomissário, sendo necessário que o primeiro faleça para que o segundo possa ser titular dos bens (art. 2286.º, CC). Contudo, no caso dos nascituros e concepturos, a vocação é única e o administrador não é um proprietário (ainda que resolúvel), nem tem o poder de gozo⁴⁰⁴ do bem, sendo uma espécie de curador provisório (art. 2239.º, CC), inclusive, com remuneração pela atividade (art. 96.º, CC)⁴⁰⁵.

c) Há quem defenda que os direitos dos nascituros e concepturos são **direitos sem sujeito**. Esse entendimento decorre do fato da relação jurídica traduzir-se num poder vinculado a um sujeito, todavia, nas situações de sucessão *mortis causa* de um nascituro ou concepturo, existe um direito sem titular ativo entre o momento da morte do autor da herança e o nascimento do beneficiário, pois só nesse momento é que surge uma pessoa jurídica. Portanto, vislumbra-se um verdadeiro direito sem sujeito, no hiato entre a titularidade e atribuição do direito, período em que este não se extingue, ficando os bens a cargo do respectivo administrador até o nascimento e surgimento do sujeito⁴⁰⁶.

A principal crítica a essa teoria está na contradição que ela apresenta, percebe-se uma “impossibilidade lógica”, pois como seria impossível conceber que um direito ficasse sem sujeitos ainda que transitoriamente, visto que qualquer relação jurídica pressupõe um titular que está vinculado a um poder. Sendo assim, os bens não podem ficar livres, sem qualquer relação de titularidade, o que seria incompatível com a concepção de que “o sujeito é elemento do próprio conceito de direito subjectivo”⁴⁰⁷. Tal figura padece, pois, de uma contradição interna, por isso alguns doutrinadores⁴⁰⁸ partem da ideia de que não se tratam de verdadeiros direitos, mas sim de meros estados de vinculação de certos bens, reservados, em vista de um futuro titular⁴⁰⁹.

Na verdade, essa teoria não explica a situação da vocação dos nascituros e concepturos, apenas questiona a titularidade dos bens deixados durante o período em que o autor da herança falece, mas o seu sucessor ainda não existe.

⁴⁰⁴ O fiduciário é um verdadeiro proprietário dos bens tendo apenas o seu direito limitado por ter que conservá-los, para após o seu falecimento serem devolvidos ao fideicomissário. No caso da instituição dos nascituros e concepturos o herdeiro não é proprietário, é apenas, um mero administrador (MANSO-PRÊTO, 1947, p. 67).

⁴⁰⁵ Cfr.: ARAÚJO, M., 1961, p. 116-177.

⁴⁰⁶ Sustentando essa tese: FERNANDES, L., 2012, p. 157-158.

⁴⁰⁷ MANSO-PRÊTO, op. cit., p. 80.

⁴⁰⁸ PINTO, 2012, p. 196.

⁴⁰⁹ Posição que também é criticável, pois como explicar que não existem direitos, isto é, que eles se extinguiram, mas com o nascimento eles “renasçam na esfera jurídica dos instituídos” (COELHO, F., 1992, p. 204).

d) De acordo com a **teoria da expectativa de aquisição de direitos**, a atribuição de bens ao nascituro integra um complexo processo de poderes aquisitivos, escalonados por graus, ao tempo da atribuição até o nascimento. É uma teoria defendida por Antunes Varela⁴¹⁰ que se baseia num direito de formação sucessiva. Para o autor, o nascituro, no momento da abertura da sucessão, não goza de um direito subjetivo, mas de uma expectativa jurídica no sentido do seu ulterior chamamento à titularidade da herança, não é uma mera expectativa de fato, mas uma expectativa jurídica, prevista em lei. A situação não está preenchida, pois ainda se encontra por preencher um dos pressupostos da aquisição, qual seja, o nascimento completo e com vida. Até este ocorrer se verifica uma reserva de lugar, sendo os bens administrados⁴¹¹.

e) A **teoria da vocação sucessiva** trata que a vocação dos nascituros e concepturos é uma vocação sucessiva que só se verifica no momento do nascimento. Fundamenta-se que nem o próprio testamento existe ou está completo antes que nasça aquele a quem se destina, porque apesar de ter o elemento volitivo falta-lhe o elemento essencial à sua existência, que é o destinatário. Dessa maneira, o nascimento é um elemento essencial ao próprio negócio jurídico unilateral, por isso, a vocação de nascituro seria uma vocação sucessiva que só surgiria no momento do nascimento dos instituídos.

Essa teoria encontra muitos adeptos⁴¹², no entanto, ela só vale para a vocação testamentária dos nascituros e concepturos, pois na vocação legal não há qualquer negócio jurídico que justifique a sua aplicação⁴¹³.

f) Os defensores da **teoria da *conditio iuris*** sustentam que a sucessão do nascituro tem seus efeitos subordinados a um evento futuro e incerto que suspende a devolução, ou seja, uma condição suspensiva fundada no nascimento com vida⁴¹⁴. Esta se

⁴¹⁰ VARELA, Antunes. *A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 627.

⁴¹¹ Essa ideia já vigorava no Código de Seabra.

⁴¹² Perfilham essa tese: COELHO, F., 1992, p. 204; ARAÚJO, M., 1961, p. 109 e 112 e 131; CAMPOS, 2005, p. 515 (o autor adapta a seu entendimento, diferente dos outros doutrinadores, de que a personalidade jurídica se verifica logo na concepção).

⁴¹³ Maria Dionisyo Araújo afirma que tanto essa teoria como a da *conditio iuris* explica a instituição dos nascituros e concepturos e tem a mesma solução prática, isto é, a vocação se dá praticamente no momento do nascimento, sendo, portanto, subsequente, não atual, ou porque só nesse momento o negócio se completa ou porque só então termina a suspensão total em que se mantivera. A diferença é que o primeiro apenas abarca o caso da sucessão testamentária (ARAÚJO, M., 1961, p. 126).

⁴¹⁴ Considera José Alfredo Soares Manso-Prêto que nesse caso se está diante de uma vocação pura e simples, não no sentido que o sujeito é atual, mas de que desde a abertura da sucessão a eficácia não está a depender de uma condição verdadeira e própria, mas de uma condição legal de eficácia, de modo que por uma questão

diferencia da *conditiones facti*⁴¹⁵ (condição verdadeira e própria), pois constitui um elemento essencial imposto pela lei, logo, uma *conditio iuris*. Quem defende esse entendimento⁴¹⁶ justifica que o art. 2237.º, n.º 1, aplicável do art. 2240.º, n.º 2, a sucessão do concepturo e analogicamente dos nascituros, encontra-se na secção referente às disposições condicionais a termo e modais.

Sem dúvidas, dentre as teorias expostas, essa é a que mais se coaduna com os requisitos dos pressupostos da vocação sucessória, pois se alguém é incapaz de suceder no momento da abertura da sucessão a vocação só poderá ocorrer no momento em que passa a existir⁴¹⁷. Explicando, inclusive, além da vocação testamentária, a vocação legal do nascituro, a qual a teoria da vocação sucessória não consegue justificar.

Como bem afirma Maria Dionysio Araújo, ainda que se fale que a teoria não consegue esclarecer a retroatividade a um momento em que não existe personalidade jurídica, ou explicar a suspensão da eficácia do negócio, quando, em regra a condição legal não suspende, nada impede que, pela amplitude da *conditio iuris* “se possa suspender a eficácia do acto ou possam afastar a retroacção sempre que a especialidade do caso exija”⁴¹⁸.

3.2.2.1. A vocação dos nascituros

Os nascituros já concebidos podem suceder pela via testamentária ou legal, conforme dispõe art. 2033.º, n.º 1 do CC. A lei veio equiparar os já concebidos ao tempo da abertura da sucessão às pessoas nascidas, na medida em que lhes confere capacidade sucessória, desde que venham a nascer com vida nos 300 dias subsequentes à morte do autor da sucessão.

de exatidão da linguagem jurídica, não é legítimo falar em instituição condicional (MANSO-PRÊTO, 1947, p. 73-74).

⁴¹⁵ É prejudicado o entendimento de concepturos e nascituros como uma condição suspensiva verdadeira e própria quando se analisa que a condição é uma cláusula acessória de um negócio jurídico, não podendo ser um elemento essencial do mesmo, o que, no caso dos concepturos e nascituros, é essencial, visto que não acontece qualquer sucessão sem o nascimento (ARAÚJO, M., 1961, p. 119-120).

⁴¹⁶ Defendida por: DIAS, C., 2010, p. 88; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1. Tomo 3. p. 305-306; TELLES, Inocêncio Galvão. *Sucessões: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004b, p. 34; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000a, p. 113,132,164; SOUSA, R., 2012, p. 285-288; CORTE-REAL, 2012, p. 197; FIGO, 2013, p. 44.

⁴¹⁷ ARAÚJO, M., op. cit., p. 131.

⁴¹⁸ Ibid., p. 126.

Quando se trata de analisar a situação dos nascituros a doutrina divide-se entre os que admitem existir personalidade antes do nascimento e aqueles que não admitem. No entanto, como já se viu, a lei restringe a qualidade de pessoa ao ser humano que nascer completamente e com vida, então, como justificar a proteção conferida na lei aos nascituros quando ainda não possuem qualidade de sujeito?

A análise deve advir do art. 66.º, n.º 2, do CC, que reconhece direitos aos nascituros dependentes do seu nascimento. Assim, extrai-se da norma que, apesar da lei conceder direitos a quem não é sujeito, seus efeitos ficam a depender do nascimento. Foge então à regra de que a vocação acontece no momento da abertura da sucessão?

Para justificar uma vocação sucessória que só se tornará eficaz com o nascimento com vida, Eduardo dos Santos⁴¹⁹ sustenta que esses não possuem personalidade, mas têm existência e podem ser chamados à sucessão, de modo que a eficácia da vocação está apenas dependente da *conditio iuris* do seu nascimento⁴²⁰. Para o autor “exigindo-se que o chamado há-de existir juridicamente no sentido de que há-de ter personalidade jurídica, o chamamento dos nascituros concebidos e não concebidos é uma exceção à regra. Dizendo-se que é bastante uma certa existência jurídica, tal vocação é regra e não exceção”⁴²¹.

Mas apesar dessa perspectiva, a situação parece ser explicada quando se pensa que, não havendo personalidade antes do nascimento, a vocação sucessória só se concretiza no momento do nascimento. Alinha-se à tese de Carlos Pamplona Corte-Real⁴²² e de Inocêncio Galvão Telles⁴²³, para quem o nascituro “não está por ora constituído em qualquer situação jurídica, perfeita ou imperfeita, pela razão simples de que não existe”, o seu direito de suceder apenas surgirá e será atribuído na hipótese do nascimento com vida.

A dúvida que paira é que se a aquisição é futura, no momento do nascimento, os efeitos retroagirão a um período anterior ou não. Tiago Figo reconhece que verificada a condição, haverá retroatividade dos efeitos da lei⁴²⁴, nos termos do art. 276.º, CC para “evitar hiatos na titularidade das relações jurídicas”. Contudo, parece que a posição mais

⁴¹⁹ SANTOS, E., 1998, p. 84-86.

⁴²⁰ Ibid., p. 93.

⁴²¹ Ibid., p. 87.

⁴²² CORTE-REAL, 2012, p. 197-198.

⁴²³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*. Lisboa: Sociedade Astória, 1944, p. 78-79.

⁴²⁴ FIGO, 2013, p. 88-89.

coerente é a apresentada por Carlos Pamplona Corte-Real⁴²⁵, segundo ele, se o nascimento ocorrer, não será possível a retroação à data da abertura da sucessão, pois nesse momento não há uma pessoa jurídica, situação em que será inconcebível reconhecer a retroação de efeitos a um período em que não existia⁴²⁶.

A despeito das diversas tentativas de explicar a natureza da vocação sucessória do nascituro, em nenhum momento ela é rebatida, fazendo-se necessário analisar, independentemente da teoria adotada, os efeitos práticos gerados entre a abertura da sucessão e o nascimento com vida.

Durante essa situação de pendência, na qual, os bens não são deferidos definitivamente aos sucessíveis, à espera que ocorra o nascimento ou que este não seja mais possível, devem ser tomadas providências para conservação do patrimônio deixado.

Essa espera, no caso dos nascituros, não obstante desconfortável, é transitória e tem prazo máximo previsível (diferente dos concepturos, em que há uma incerteza) a duração de uma gravidez⁴²⁷.

O anterior art. 1335.º, n.º 5 do Código de Processo Civil tinha na redação que o inventário fica suspenso, após a descrição dos bens “desde o momento em que se deveria convocar a conferência de interessados até ao nascimento do interessado” ou até a impossibilidade de que este se verifique, mas apesar da sua revogação, nada impede que seja suspenso, desde que não ultrapasse o prazo de 5 anos, conforme art. 2101.º, n.º 2, CC.

Nesse período, até o nascimento, os bens deixados pelo defunto ficarão sob a administração, aplica-se, nesse caso, o regime da sucessão testamentária para a generalidade das vocações sob condição suspensiva (arts. 2237.º a 2239.º e art. 2240.º, n.º 2, do CC). Assim, cabe a quem compete a administração caso a criança já tivesse nascido, portanto, aos seus representantes legais (art. 1878.º, n.º 1 e 1901.º, do CC)⁴²⁸.

⁴²⁵ CORTE-REAL, 2012, p. 198.

⁴²⁶ Acautela José González que se não se atribui caráter retroativo à obtenção de personalidade não existem, então, verdadeiramente direitos aos nascituros (GONZÁLEZ, 2007, p. 637).

⁴²⁷ Quanto ao tempo de espera Maria Dionysio Araújo afirma que “Sem dúvida, os bens hereditários ficam, no caso de instituição de nascituros, subtraídos a uma livre circulação. Mas não se encontra uma situação análoga na instituição condicional? O prejuízo econômico não é, de resto, tão grave como à primeira vista possa parecer. Os bens não ficam em abandono, mas são entregues a um administrador, e, embora este não goze de poderes de disposição, pode, no caso em que isso se revele de grande utilidade para o patrimônio, realizá-los desde que obtenha a autorização da entidade competente” (ARAÚJO, M., 1961, p. 101).

⁴²⁸ Cfr. TELLES, 2006, p. 69-70.

3.2.2.2. A vocação dos concepturos

Aos nascituros não concebidos, o art. 2033.º, n.º 2, al. a) confere capacidade sucessória testamentária ou contratual, que sejam filhos de pessoa determinada, viva, ao tempo da abertura da sucessão. Sendo assim, só poderá ocorrer a vocação em favor de descendentes no 1º grau (não sejam netos ou bisnetos), de pessoas vivas (não podem estar falecidas ou apenas concebidas⁴²⁹) no momento da morte do autor da sucessão⁴³⁰, ficando os seus direitos dependentes do nascimento, de acordo com o n.º 2 do art. 66.º CC⁴³¹.

As divergências quanto à personalidade jurídica, manifestadas em relação ao nascituro, não cabem no que se refere ao concepturo, pois a personalidade jurídica exige uma “estrutura ou substrato de facto que não possuem os concepturos”⁴³². Estes não existem, não há qualquer vida humana, logo, “nada são”⁴³³, caracterizam-se, apenas, como “uma potência, a possibilidade abstracta de alguém vir a ser concebido”⁴³⁴.

Em razão disso, Diogo Leite de Campos⁴³⁵ não atribui a vocação sucessória antes da concepção, período em que o testamento será “um negócio em vias de formação, completando-se no momento da concepção, no qual surgiria a vocação (actual)”⁴³⁶, antes desse período o único efeito do testamento é a colocação da herança sob administração.

Diferentemente Tiago Figo, pelo fato dos concepturos sequer existirem biologicamente, considera que, quando a lei confere a capacidade para os concebidos, estar-se-á diante de direitos sem sujeitos, pois, para o autor, se “o direito subjectivo não se traduz necessariamente em um poder material efectivo, é possível conceber a organização antecipada de uma estrutura de poderes, que fica assim, pré-disposta à aquisição pelo concepturo beneficiado”⁴³⁷.

⁴²⁹ A ideia presente nessa restrição é de não se prolongar por demasiado tempo “a incerteza acerca da pessoa do instituído, e, com ela, a inconveniente situação económica dos bens hereditários” (MANSO-PRÊTO, 1947, p. 106).

⁴³⁰ Entende-se que é possível que não exista no momento da feitura do testamento ou da celebração do pacto sucessório, mas é necessário estar viva no momento da abertura da sucessão (SANTOS, E., 1998, p. 88).

⁴³¹ O estabelecimento da vocação ao concepturo tem origem na proibição (ou restrição), em alguns sistemas jurídicos, da figura do fideicomisso, pela qual seu uso favorecia os descendentes de pessoas que não se pretendia beneficiar por testamento, seja por ter perdido a confiança ou afeição (ARAÚJO, M., 1961, p. 149).

⁴³² FIGO, 2013, p. 83.

⁴³³ VASCONCELOS, 2007, p. 72.

⁴³⁴ Ibid., p. 83.

⁴³⁵ CAMPOS, 2005, p. 514-515.

⁴³⁶ Também: COELHO, F., 1992, p. 204.

⁴³⁷ FIGO, 2013, p. 83-84.

Em contrapartida, Eduardo Santos fala que apesar de o nascituro concebido já possuir existência natural, e o concepturo não, a lei não os trata de forma fundamentalmente diversa⁴³⁸. Assim, têm existência jurídica tanto os nascituros quanto os concepturos, o que para o autor, não significa personalidade jurídica, de modo que a eficácia da vocação fica apenas a depender da *conditio iuris* do seu nascimento.

Apesar de todas essas posições, a que mais transparece o fundamento da lei parece ser a ideia de Maria Dionysia de Araújo⁴³⁹, quando fala que a deferência legal da sucessão dos concepturos são “casos excepcionais em que a lei atribui capacidade para suceder a pessoas futuras, e que nem sequer existem”, portanto, a capacidade “só surgirá no momento do nascimento”. Sendo assim, a vocação do concepturo é futura e não esbarra na carência da sua personalidade, pois só produzirá no instante posterior à abertura da sucessão, ficando a designação sobre condição legal suspensiva do seu nascimento⁴⁴⁰.

Caso não existam outros herdeiros, durante o período em que não nasce a prole eventual, os bens ficarão sob administração. A menos que o testador tenha disposto de maneira diferente (art. 2304.º, CC), a administração será exercida por quem tiver proveito com a inocorrência do nascimento: o co-herdeiro que se beneficiar de direito de acrescer, se não houver, ou havendo, ele não gozar o direito de acrescer, o herdeiro legítimo presumido ou o substituto que o testador houver para essa eventualidade (art. 2238.º, n.º 1, CC)⁴⁴¹. A ideia do legislador é deixar os bens da sucessão na administração de quem tem maior probabilidade de recebê-los na hipótese de o nascimento não ocorrer, porque este terá maior interesse na conservação da herança.

O art. 2239.º do CC dispôs que os direitos e obrigações dos administradores da herança deixada sob condição suspensiva são os mesmos que pertencem ao curador provisório dos bens do ausente, sendo então limitados à simples administração ordinária (arts. 94.º e 1159.º, n.º 1, CC).

Caso se tenha certeza que o nascimento não poderá acontecer quando morra o progenitor designado no testamento, seja ele declarado impotente, em ação de anulação do casamento (art. 1636.º, CC) ou em ação de impugnação de paternidade presumida (art.

⁴³⁸ SANTOS, E., 1998, p. 93.

⁴³⁹ ARAÚJO, M., 1961, p. 112.

⁴⁴⁰ SOUSA, R., 2012, p. 288.

⁴⁴¹ Francisco Manuel Pereira Coelho faz alusão ao caráter supletivo da norma, razão pela qual o testador poderá determinar que a administração da herança seja entregue a outra pessoa (COELHO, F., 1992, p. 194).

1838.º, CC)⁴⁴², os titulares da designação prevalente à época da abertura da sucessão ingressarão na titularidade desses bens.

3.3. A partilha

A partilha é um ato ou contrato irrenunciável⁴⁴³ que faz cessar a indivisão do patrimônio hereditário⁴⁴⁴. De acordo com o n.º 1 do art. 2101.º do CC compete a qualquer co-herdeiro ou cônjuge meeiro exigí-la. Com a partilha, a parte ideal de que cada um dos herdeiros⁴⁴⁵ dispõe concretiza-se, entrando os bens da herança em seu patrimônio⁴⁴⁶.

Vale ressaltar que esse direito de divisão não é absoluto, pois como se vê no art. 2101.º, n.º 2 do CC o patrimônio pode ficar indiviso por um prazo que não exceda 5 anos, podendo ser renovado, por nova convenção.

Esse é outro ponto que o legislador não esclareceu bem quanto aos nascituros e concepturos. Dessa forma, a doutrina tem se esforçado para estudar essa divisão e a forma como ela deve operar no caso em que, após a morte do autor da herança, se tem herdeiros atuais e a possibilidade da chegada de herdeiros legítimos ou testamentários. Confrontam-se, na doutrina, diversas soluções sobre o modo de efetuar-la, a saber:

3.3.1. Comunhão temporária obrigatória

Defendem alguns autores a não realização de qualquer partilha, mantendo-se a herança ou legado sob administração até que não possa mais haver nascituros, assegurando assim a proteção da quota dos que venham a nascer, na impossibilidade de conseguir dos herdeiros precedentes em razão de insolvabilidade, ou por qualquer evento, terem desaparecido garantias.

⁴⁴² SANTOS, E., 1998, p. 89.

⁴⁴³ A procedência da partilha é irrenunciável, pelos inconvenientes econômicos e sociais que a sua ausência apresenta (COELHO, F., 1992, p. 282).

⁴⁴⁴ Pode ser realizada judicialmente ou extrajudicialmente (art. 2102.º, CC).

⁴⁴⁵ Insta salientar que os legatários não podem exigir a partilha. Estes são aqueles que sucedem em bens ou valores determinados, enquanto o herdeiro sucede na totalidade ou numa quota do patrimônio do falecido (art. 2030.º, n.º 2, CC).

⁴⁴⁶ FERNANDES, L., 2012, p. 349.

Consoante Carlos Pamplona Corte-Real⁴⁴⁷ essa é a solução que o legislador parece adotar “quando assimila o regime das deixas a concepturos ao das deixas institutivas de herdeiros sob condição suspensiva”.

O problema dessa medida é que no caso dos concepturos essa administração poderá ser demasiadamente longa, pois não se sabe em que momento esse pode nascer, ainda mais, quando se tem em conta a PMA *post mortem*, que fez surgir a possibilidade de um filho muito tempo depois da morte do seu progenitor, retardando a partilha por um período muito extenso, solução que “desacautela os interesses dos herdeiros já existentes”⁴⁴⁸, colide com o regime da administração da herança e acarreta diversas desvantagens econômicas.

Ademais, essa ideia fere o princípio do art. 1412.º, CC em que nenhum herdeiro deve ficar na indivisão, garantindo aos interessados o direito de exigir a herança quando lhe aprouver (art. 2101.º, n.º 1, CC).

3.3.2. *Partilha judicial aproximativa*

Nessa terceira proposta sufragada por Luiz da Cunha Gonçalves⁴⁴⁹, perfilha-se que a partilha deve realizar-se entre todos os herdeiros, inclusive, os que ainda vão ser concebidos, mediante cálculo estimado do número de filhos que possam nascer. Para tal, o juiz deve ter em conta todos os elementos de probabilidade, determinando quantos sucessíveis ainda poderão existir. Falhando a probabilidade do juiz, far-se-á a partilha suplementar ou a correção. O filho que nascer adquire o seu direito à herança, com efeito retroativo ao momento de sua abertura, tanto em relação aos bens ou ao quinhão da herança, quanto dos respectivos frutos.

Também essa doutrina não deve prevalecer, pois não há como o juiz prever quantos filhos uma pessoa terá, ainda que se baseie por circunstâncias, como a idade, se já possui filho, quantos possui, para determinar o número provável de filhos que teria, seria uma estimativa que cairia “pura e simplesmente no arbítrio”⁴⁵⁰, pois a vida é extremamente imprevisível.

⁴⁴⁷ CORTE-REAL, 2012, p. 200.

⁴⁴⁸ COELHO, F., 1992, p. 198.

⁴⁴⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1934. v. 9. p. 709-710.

⁴⁵⁰ COELHO, F., 1992, p. 199.

3.3.3. *Partilha dos bens sob a condição resolutiva*

Realiza-se a partilha, mas com a condição de recompor sucessivamente o respectivo quinhão de um ou mais herdeiros que vierem a nascer. Estes poderão reivindicar a sua parte, ainda que esta se encontre nas mãos de terceiros⁴⁵¹. João Lopes Cardoso propugnando esta doutrina, afirma que “quis o testador que todos os nascituros fossem contemplados à medida que nascessem; e não forçar os já nascidos à indivisão enquanto não se verificasse o nascimento de todos os instituídos”⁴⁵².

O inconveniente dessa medida é que a cada filho que nasça é necessário uma nova partilha, além de existir o risco de dissipação dos bens antes que nasça o novo herdeiro. Apesar disso, essa parece ser a mais bem aceite pela maioria da doutrina por melhor se compaginar com o princípio da lei de não obrigar à indivisão, de impedi-la ou dificultá-la.

Destarte, na tentativa de assegurar os interesses dos nascituros e concepturos, apontam-se três mecanismos legais⁴⁵³, quais sejam: o registro predial obrigatório (art. 2.º, n.º 1, al. c) do Código de Registo Predial); prestação de caução (art. 2236.º, CC); possibilidade de o representante legal ou curador especial no inventário de compor, nos termos do art. 2240.º CC, a deixa dos nascituros, ficando esta sob administração e partilhando-se os demais bens da herança (partilha parcial).

3.4. **A tutela sucessória do filho póstumo**

Feita a análise sobre a situação sucessória dos nascituros e concepturos no âmbito do direito das sucessões, resta demonstrar se a pessoa nascida por intermédio da PMA *post mortem*, mesmo na modalidade proibida pela lei, terá o direito a suceder.

Tendo em conta que a legislação atual estabelece que a sucessão ocorre com herdeiros nascidos ou já concebidos que nasçam até 300 dias (art. 1829.º, n.º 1 do CC) depois do momento da abertura da sucessão, surge o problema de verificar se essas normas se aplicam à situação do filho que seja gerado após a morte do seu pai ou que já gerado ainda não se encontra no útero materno (uma vez que a concepção tende a ser identificada

⁴⁵¹ SANTOS, E., 1998, p. 90; COELHO, F., 1992, p. 200-201; MANSO-PRÊTO, 1947, p. 147-148; FIGO, 2013, p. 53.

⁴⁵² CARDOSO, João António Lopes. *Partilhas Judiciais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. 1. p. 126-127.

⁴⁵³ SOUSA, R., 2012, p. 141 e 288; CARDOSO, J., 2006, p. 107 e ss.

como o momento da nidação e não da fecundação) e conseqüentemente nascerá além dos trezentos dias.

Portanto é preciso aqui avaliar uma situação sucessória não prevista expressamente no Código Civil, nem na Lei n.º 32/2006.

A reflexão vai pautar-se, primeiramente, em considerar se existe relação de filiação entre a criança nascida por meio dessa técnica e o homem que forneceu os gametas, ou entre aquele que não contribuiu geneticamente, mas consentiu no projeto parental que deu origem ao seu nascimento. Para depois de verificado o primeiro pressuposto da vocação hereditária (a designação), apreciar-se-á o alcance do outro pressuposto (a existência), de modo a concluir se os embriões e gametas criopreservados provenientes de um homem já falecido possuem ou não o mesmo tratamento sucessório dos nascituros ou dos concepturos.

3.4.1. A filiação na Procriação Medicamente Assistida Post mortem

Como visto, os filhos ao lado do cônjuge ocupam a posição mais favorável no fenômeno sucessório, pois além de herdeiros legítimos, são herdeiros legitimários, encontrando-se hierarquicamente à frente dos outros herdeiros e dos legatários e, ainda, são os descendentes de grau mais próximo preferenciais em relação aos descendentes em graus mais remotos.

A filiação é conferida, nos termos do art. 1796.º, n.º 2 do CC, quando a mulher for casada, na presunção de que é pai o marido (art. 1826.º do CC), mas no caso em que não exista mais coabitação entre o casal, o que acontece no caso da morte, é considerado filho(a) aquele que nascer no prazo de até 300 dias subsequentes ao momento em que cessa a coabitação (art. 1829.º, n.º 1, CC).

Destaca-se que o filho já deve estar concebido ao tempo do falecimento do pai, presumindo-se concebido dentro dos primeiros 120 dias dos 300 que precederam seu nascimento (art. 1798.º do CC), presunção que é *iuris tantum*, podendo ser ilidida nos termos do art. 1800.º do CC, por qualquer pessoa interessada, em ação judicial, fazendo prova de que o período de gestação foi superior a 300 dias, mas à data da abertura da sucessão já estava concebido, ou ainda, fixando a data provável dentro do período referido no artigo em que a concepção aconteceu.

O problema do filho concebido mediante a PMA *post mortem* é que não só o seu concebimento que ocorre após a morte do pai, como o seu nascimento ocorre passados os 300 dias da morte do genitor.

Diante disso, José de Oliveira Ascensão⁴⁵⁴ afirma que passado o período de 300 dias previstos na lei (art. 1829.º, n.º 1 do CC), em que se aplica a presunção de paternidade, não poderá ser considerado filho do falecido. Da mesma forma, Francisco Manuel Pereira Coelho entende que nem seria o caso de se beneficiar da ação prevista no art. 1800.º, n.º 1 do CC com a qual poderá provar que o período da gestação foi superior aos 300 dias, mas estava concebido à data da abertura da sucessão, pois no caso da inseminação ou transferência do embrião *post mortem* esse prazo poderia ser muito superior a 300 dias e a data da concepção posterior à morte. Muito menos poderia esse filho gozar do instrumento legal da perfilhação, pois esta só pode ocorrer depois da concepção, e no caso da PMA *post mortem*, o pai já estaria morto nesse momento⁴⁵⁵. Restaria, apenas, a possibilidade de prova da derivação biológica para o estabelecimento do vínculo de filiação, mediante ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 1855.º do CC⁴⁵⁶.

Esse quadro se verifica em razão de o legislador não ter pensado à época na delimitação da presunção de paternidade, de forma a abranger a PMA *post mortem*⁴⁵⁷. Como clarifica Remédio Marques, “o prazo legal máximo de gestação intra-uterina somente é mobilizável se a gravidez se fundar num acto sexual entre marido e mulher”⁴⁵⁸. Então, como ocorrerá a filiação após o falecimento em que não se verifica a reprodução por meio da relação sexual?

A Lei n.º 32/2006 admite a transferência de embriões *post mortem*, desde que haja o devido consentimento, mas nada fala quanto ao reconhecimento do vínculo paterno-filial (art. 22.º, n.º 1)⁴⁵⁹. Assim, nesse caso, o consentimento prestado tem o cunho de reconhecer a paternidade, como acontece na inseminação heteróloga?

⁴⁵⁴ ASCENSÃO, 2000b, p. 671-672.

⁴⁵⁵ Contrariamente, Carlos Pamplona Corte-Real coloca que o art. 22.º, n.º 3, da Lei da PMA, reconhece que o embrião é já um nascituro, antes da morte, o que permitiria ao pai falecido perfilhar a filiação através de testamento ou escritura pública, por termo lavrado em juízo ou por declaração prestada perante o funcionário público do registro civil, nos termos dos arts. 1853.º e 1855.º do CC (CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, João Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 242).

⁴⁵⁶ Com o mesmo entendimento: BARBAS, 1999, p. 23.

⁴⁵⁷ PINHEIRO, 2011, p. 169.

⁴⁵⁸ MARQUES, [s.d.], p. 11.

⁴⁵⁹ No Brasil, o art. 1597.º do Código Civil brasileiro prevê que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos pela fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido, ou os

Este parece ser o entendimento da leitura feita do trecho do artigo que diz: “projecto parental claramente estabelecido por escrito”. Em sentido positivo, Carlos Pamplona Corte-Real reconhece que resulta uma reconhecida filiação relativamente ao pai falecido “a plena aquisição do estado jurídico de filho sem qualquer afectação do mesmo pelo nascimento ulterior à morte daquele”⁴⁶⁰. Apresenta o mesmo posicionamento Remédio Marques, acrescentando que o consentimento exigido é “uma formalidade menos exigente de que é estabelecida para o reconhecimento voluntário da filiação (de nascituro já concebido, por via de uma perfilhação em vida do perfilhante)”⁴⁶¹.

Esta interpretação vem coadunar com o entendimento da doutrina que caminha no sentido de reconhecer a filiação social, pois, embora o fator biológico seja, em princípio, determinante no estabelecimento do vínculo de filiação, conforme se tratou no tópico referente à filiação na PMA heteróloga, não é só a ele que se atribui essa função no sistema jurídico português, sendo extremamente relevante o papel da vontade na criação de algumas relações jurídicas, em que a realidade “afectiva e social sobrepõe-se e o elo da filiação acaba por se apoiar na vontade consciente”⁴⁶².

A lei não é clara se caso o falecido não tenha consentido na utilização póstuma de seu embrião, nem no caso da existência de um consentimento não específico para a PMA *post mortem*, há invalidação no estabelecimento da paternidade quanto ao *de cuius*.

Porém, a doutrina parece concordar que sua importância no estabelecimento do vínculo paterno-filial é decisiva, em razão de não existir ato sexual na PMA, o consentimento ao procedimento representa a intenção de reproduzir ou o risco de que ocorra⁴⁶³, semelhante ao que se presta no momento em que se aceita ter relações sexuais.

Por isso, Jorge Duarte Pinheiro⁴⁶⁴ classifica o consentimento como um princípio fundamental para o estabelecimento do vínculo de filiação no que concerne à PMA,

havidos a qualquer tempo quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga e, ainda, os havidos por inseminação heteróloga desde que tenha prévia autorização do marido.

⁴⁶⁰ CORTE-REAL; PEREIRA, 2011, p. 242.

⁴⁶¹ MARQUES, [s.d.], p. 10-11.

⁴⁶² PEREIRA, J., 2002, p. 152.

⁴⁶³ Conforme fita Vera Lúcia Raposo, quando se está diante de uma relação sexual, o consentimento da paternidade está ínsito na vontade de tê-la. Acrescenta a autora que, inclusive, esse é um consentimento que falha muitas vezes, pois muitos homens têm relações sexuais sem consciência das consequências, o que não ocorre no caso da PMA, em que o consentimento será informado e claramente projetado à filiação. O que realça que “a mera existência de vínculos não basta para fundar uma filiação jurídica, pois aquela primeira pode referir-se a uma ‘filiação irresponsável, por contraposição à filiação ‘responsável’ da PMA” (RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 144).

⁴⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: AAFDL, 2007. v. 1. p. 191.

quando afirma que a “declaração de vontade do candidato a pai é um elemento mínimo, indispensável, da constituição do vínculo de filiação que não resulte da prática de um acto sexual”, sendo imprescindível, ainda que “haja uma ligação genética entre filho e o pretense pai”.

Assim, o fator preponderante ao estabelecimento de um vínculo paterno-filial é a vontade do pai, a ausência ou revogação do consentimento importaria em só ser atribuída a maternidade à mãe⁴⁶⁵.

Esse consentimento não precisa ser específico para o ato após a morte do beneficiário, prevalecendo a filiação, mesmo na ausência de referência expressa ao uso do embrião *post mortem*, pois como expressa Vera Lúcia Raposo se configura como uma “vicissitude ocorrida após o exercício do seu direito reprodutivo”⁴⁶⁶, tendo esse dado já autorização para uso dos seus gametas, não haveria que dar também para que os embriões fossem transferidos.

O mesmo ponto de vista é demonstrado por Sandra Marques Magalhães, quando discorre que “a lei não especifica os requisitos – formais e temporais – para a PMA *post mortem*, devendo ser suficiente considerar o manifestado favoravelmente ao uso das técnicas da PMA prestado pelo homem à época do procedimento da PMA”. A autora considera que a ausência do consentimento específico para a transferência após a morte não afasta “a compreensão de ‘projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai’ exigida pelo art. 22.º, n.º 3, da lei, até porque não necessariamente o homem terá cogitado morrer antes de alcançada a gravidez que traria ao mundo o filho desejado”⁴⁶⁷.

Quanto à transferência de embrião que seja decorrente de PMA heteróloga, aplicar-se-ão as regras da filiação da mesma maneira que se o sêmen fosse do marido ou companheiro, pois se houver consentimento do membro que faleceu, a paternidade deve ser estabelecida quanto a este, em virtude de se configurar o elemento volitivo, “correspondente ao desejo de assumir a paternidade de um filho póstumo”, ainda que “falte o elemento genético, bastará o volitivo”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ DUARTE, 2003, p. 101.

⁴⁶⁶ RAPOSO, V., 2012a, v. 2, p. 125.

⁴⁶⁷ MAGALHÃES, 2010, p. 120.

⁴⁶⁸ PINHEIRO, 2005b, p. 784.

No entanto, é correto o entendimento de Francisco Hernández, para o qual, numa abordagem do contexto espanhol, profere que diferentemente do caso da PMA *post mortem* homóloga, só será também filho se houver consentimento específico para o uso do embrião após morte, por acreditar que o consentimento simples, apenas para a PMA, no caso da heteróloga, não pode ter eficácia alguma depois da morte daquele que o emita, ou seja, caducará com o falecimento de quem o dá⁴⁶⁹. A intenção é de assegurar a vontade do defunto de prosseguir a reprodução com o uso do sêmen de outra pessoa mesmo após a sua morte.

Sendo assim, quando se tratar de transferência de embrião em que há sêmen de dador, se teve lugar a transferência sem consentimento explícito para o uso *post mortem*, não pode ser atribuída ao marido ou companheiro falecido a paternidade, pois em sua procriação não aparece colaboração do defunto com nenhum dos elementos (genético e volitivo). Jamais poderá ser pai jurídico o mero dador de gametas, zigotos ou embriões, porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projeto parental⁴⁷⁰, de modo que não apresentando consentimento, não haverá nenhum reconhecimento paterno-filial, muito menos ao dador.

Em relação à inseminação ou FIV *post mortem*, apesar da sua proibição, se esta vier a ser praticada, tem por consequência o estabelecimento de filiação relativamente ao *de cuius*. Nesse caso, pela expressa menção na lei não existem maiores dúvidas quanto ao estabelecimento do vínculo paterno-filial, importa apenas interrogar se haverá necessidade de consentimento do falecido, da mesma forma que se entende quanto à transferência do embrião.

Da maneira que foi escrito o art. 23.º, n.º 1 da Lei da PMA, parece reconhecer a filiação independentemente de ter o pai dado o expresse consentimento ou até mesmo se oposto a ele⁴⁷¹, todavia, pelas mesmas razões infligidas para o reconhecimento da filiação no caso da transferência de embrião, não é possível que exista uma relação paterno-filial sem o consentimento⁴⁷².

Consagrando a inseminação artificial *post mortem* com expressa autorização do marido ou companheiro a ser efetuada dentro de um prazo seguinte ao óbito, como era o

⁴⁶⁹ HERNÁNDEZ, 1987, p. 896.

⁴⁷⁰ PINHEIRO, 2007, p. 191.

⁴⁷¹ CORTE-REAL; PEREIRA, 2011, p. 242.

⁴⁷² MARQUES, [s.d.], p. 13.

caso do art. 18.º, n.º 1, do Decreto n.º 415/VII (vetado pelo presidente), não só a prática da técnica, como a filiação só deverá ser estabelecida desde que obedecidos os requisitos, qual seja, o consentimento do progenitor.

Nesse contexto, Tiago Duarte⁴⁷³ apoia que se o consentimento não for prestado, caso a inseminação ocorra, ela será ilegal, a criança terá reconhecida apenas a maternidade, proibindo-se o estabelecimento da paternidade.

Portanto, seja permitida ou não a inseminação *post mortem*, o fator preponderante para o estabelecimento do vínculo paterno-filial será sempre a vontade do pai⁴⁷⁴. Mas, Remédio Marques alerta que, no atual contexto, o consentimento específico para a PMA *post mortem* é irrelevante para o estabelecimento da paternidade já que “sendo o sêmen destruído se ocorrer o falecimento prévio à utilização destas técnicas (art. 22.º/2 da Lei n.º 32/2006), o consentimento prestado para a inseminação *post mortem* é também ele ineficaz”⁴⁷⁵.

Conjugando os n.ºs 1 e 2 do art. 23.º da Lei n.º 32/2006 emerge ainda a dúvida de quem é considerado pai da criança, se a mãe, quando realizada a PMA *post mortem*, já estiver casada ou viver em união de fato com outro homem, mas este não tiver dado o seu consentimento para o ato. E se a ausência do consentimento do novo marido implica a paternidade do *de cujos*. Ou ainda se a ausência de consentimento do atual marido ou companheiro e do falecido implica ausência de paternidade ao filho.

De acordo com art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, existindo o consentimento do novo cônjuge ou companheiro, aplica-se o disposto no n.º 3 do art. 1839.º do Código Civil, o que equivale a dizer que não poderá impugnar a paternidade que lhe foi atribuída de acordo com as presunções legais, a não ser que se comprove que o consentimento prestado não foi para aquela prática. É o mesmo caso da PMA heteróloga, trata-se de um vínculo que a lei reconhece independentemente de laços de sangue, desde que manifestado o consentimento do atual cônjuge ou companheiro da beneficiária da técnica.

Ausente esse consentimento do atual marido ou companheiro, se o embrião do *de cujus* já se encontrar criopreservado no âmbito de um projeto parental devidamente consentido por escrito, realizada a PMA *post mortem*, incide o disposto no art. 23.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006 e a filiação será atribuída ao falecido, tanto para conferir maior proteção

⁴⁷³ DUARTE, 2003, p. 101.

⁴⁷⁴ O mesmo ponto de vista é demonstrado por: SAPIÑA, 1995, p. 237.

⁴⁷⁵ MARQUES, [s.d.], p. 13.

à criança que vier a nascer quanto para prosseguir o desejo de paternidade do seu progenitor que foi, inclusive, consentido expressamente⁴⁷⁶.

E no caso do *de cujus* não ter manifestado o desejo da paternidade após a morte, como já exposto, não lhe poderá ser imputada, de modo que não havendo consentimento nem do marido ou companheiro da mulher supérstite, nem do falecido, será o caso de reconhecer apenas a maternidade da criança que nascer mediante PMA *post mortem*.

3.4.1.1. A questão do consentimento

Conforme se discorreu no tópico anterior, na PMA *post mortem* sobressai a importância do consentimento prestado pelo falecido, por isso, é necessária a observância do que prescreve o art. 14.º da Lei da PMA.

O consentimento exigido dos progenitores terá que ser informado⁴⁷⁷, prestado de maneira livre⁴⁷⁸ e escrito expressamente⁴⁷⁹, para reforçar a reflexão e assegurar certeza⁴⁸⁰ (art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006).

Pelo exposto no art. 20.º, n.º 4 da Lei da PMA, esse consentimento pode ser manifestado por qualquer meio desde que seja escrito, expresso e devidamente esclarecido (art. 14.º, n.º 1 da Lei da PMA). Mesmo no caso de PMA *post mortem*, não parece que para efeito de paternidade o consentimento precise de uma formalidade essencial⁴⁸¹, inclusive, Carlos Pamplona Corte-Real admite que possa ser feito tanto na forma testamentária ou na escritura pública (art. 1853.º do CC), por “*traduzir-se indirectamente na instituição virtual de um herdeiro (ou mais)*”⁴⁸².

É um ato pessoal e personalíssimo de maneira que não pode ser dado por outra pessoa, em virtude dos especiais efeitos “ultra-consultivos, com reflexos importantes e

⁴⁷⁶ MAGALHÃES, 2010, p. 122-123.

⁴⁷⁷ Os principais elementos que identificam o consentimento informado são: “informação necessária e adequada para uma escolha informada; capacidade de o indivíduo entender o que lhe é transmitido e fazer uma escolha baseada na informação; vontade com que a escolha é feita” (FIGUEIREDO, 2005, p. 94).

⁴⁷⁸ O consentimento livre deve estar “sem coacção ou sem vícios de vontade. Trata-se aqui da explicitação das exigências fundamentais de todo acto jurídico-civil (ao menos no domínio dos actos pessoais): a liberdade e a consciência da declaração” (PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.130).

⁴⁷⁹ O consentimento ser dado por escrito visa proteger as crianças que nascerem por meio das técnicas de PMA (COSTA, A., 2000, p. 154).

⁴⁸⁰ SILVA; COSTA, 2011, p. 86.

⁴⁸¹ REIS, 2006, p. 341.

⁴⁸² CORTE-REAL, 2002, p. 360.

directos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais”⁴⁸³. Ademais, atribuir caráter personalíssimo ao consentimento para a PMA, também o protege “contra a interferência de terceiros e resguarda a autonomia, a espontaneidade e a liberdade da vontade manifestada”⁴⁸⁴. Sendo assim, apenas se admite que o consentimento seja prestado pelo beneficiário, impedindo que seja feita por procurador, mesmo com poderes especialmente designados para esse fim, ou por representante legal no caso de incapaz (para esse acrescenta-se o fato de que não pode nem ser beneficiário da PMA, conforme dispõe art. 6.º, n.º 2 da Lei da PMA, visto que não possuem a consciência que o ato exige).

Além de escrito, o consentimento deve ser prestado perante o médico responsável (art. 14.º, n.º 1 da Lei da PMA), o que leva à interpretação de que os beneficiários tenham que estar efetivamente presentes diante do ato de consentimento. Assim, na presença do médico, deve ser assinado um documento, que contenha a discriminação do consentimento para cada hipótese aventada, antes de iniciar o tratamento reprodutivo, de modo que fiquem claros os desejos das pessoas envolvidas, tanto em vida como após a morte. Mais aconselhável ainda, seria que cada fase ou procedimento fosse precedido do comparecimento pessoal das partes envolvidas, para preenchimento e assinatura de documentos, em anexo ao documento inicial ou em novos documentos⁴⁸⁵, de modo a proporcionar maior segurança na determinação de que a vontade seja mesmo atual.

Antes de prestar o consentimento, o beneficiário deve ser informado previamente por escrito de todos os benefícios e riscos bem como as implicações éticas, sociais e jurídicas resultantes da utilização das técnicas de PMA (art. 14.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006), sob pena de sua omissão acarretar a nulidade do consentimento (artigos 81.º; 294.º e 340.º do CC)⁴⁸⁶. O médico terá a função de esclarecer, da forma mais abrangente possível, os detalhes das técnicas, suas peculiaridades e consequências, sendo fundamental que os esclarecimentos abarquem, inclusive, a hipótese de utilização dos materiais genéticos após a morte dos beneficiários.

⁴⁸³ REIS, 2006, p. 340.

⁴⁸⁴ MAGALHÃES, 2010, p. 109-110.

⁴⁸⁵ MAGALHÃES, 2010, p. 111-112.

⁴⁸⁶ Inclusive, Carlos Pamplona Corte-Real sustenta que ao consentimento não livre e não esclarecido, deve-se aplicar por analogia o art. 1860.º CC de forma a conseguir anular o estabelecimento da paternidade (CORTE-REAL, 2002, p. 357).

O documento onde constarão as informações necessárias deve ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (art. 14.º, n.º 3 da Lei da PMA). Na função que lhe foi incumbida, o CNPMA elaborou 22 relatórios⁴⁸⁷ em 2012, entretanto, esses não fazem qualquer referência quanto às implicações éticas, sociais e jurídicas, limitando-se a constar informação clínica exaustiva sobre benefícios e riscos resultantes da utilização das técnicas de PMA. Esse fato pode acarretar a nulidade do consentimento, pois quando “não existe qualquer alusão ao estabelecimento da paternidade, não há informação, não há esclarecimento, não há consentimento e não há vontade”⁴⁸⁸.

O referido órgão deveria ter deixado às claras as informações precisas sobre a PMA *post mortem*, especialmente, porque a inseminação é proibida por lei, mas a sua prática gera consequências e implicações legais que, em regra, as pessoas que se submetem à PMA não fazem ideia.

Vale salientar que, no que concerne à inseminação artificial *post mortem*, não é exigível que conste explicitamente no documento que contenha o consentimento do *de cuius*, porque a hipótese é proibida pelo ordenamento jurídico, logo, não é possível que se preveja o consentimento para uma prática que é *contra legem*. Entretanto, como tratado, a necessidade de consentimento para que se forme o vínculo paterno-filial na inseminação *post mortem*, quando a prática é utilizada contra a lei, mostra-se aconselhável que se faça remissão nesse documento, de forma geral, quanto ao consentimento do uso da PMA *post mortem*, explicando que a transferência de embriões é permitida e a inseminação não, mas que apesar disso, gera efeitos jurídicos.

Destarte, o vínculo de filiação que não poderia ser atribuído sem que alguma vontade direcionada a tal vínculo fosse verificada, advirá do consentimento para a transferência de embrião *post mortem*, portanto, tendo consentido o uso do embrião, fica implícito, que diante de todos os esclarecimentos feitos antes do início do procedimento, o *de cuius* assumiu que, caso a inseminação também ocorresse, a ele seria imputada a paternidade. Sandra Marques Magalhães, por outro lado, conclui que o consentimento para

⁴⁸⁷ Esses documentos estão Disponíveis em: <http://www.cnpma.org.pt/profissionais_modelos.aspx>. Acesso em: 22 jun. 2014.

⁴⁸⁸ GONÇALVES, Patrícia. Consentimento (des)informado na PMA heterologa?. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8, n. 15, p. 137, 2011.

tal efeito será o prestado para a PMA⁴⁸⁹ e a consequente conformação de um projeto parental⁴⁹⁰.

Outro aspecto a ser observado quanto ao consentimento é sua livre revogabilidade, consoante o n.º 4 do art. 14.º, da Lei n.º 32/2006, até o início dos processos terapêuticos da PMA⁴⁹¹. O consentimento prestado pelos beneficiários das técnicas é essencialmente revogável, mesmo após a extração dos materiais genéticos e inclusive quando já formado o embrião, pois não se concebe obrigar a transferir um embrião, se não mais lhe aprouver o projeto parental⁴⁹². Admite-se, assim, a revogação do consentimento até que seja praticado “o último acto adequado a despoletar, com autonomia, o curso da gravidez”⁴⁹³.

Quanto à forma de revogação, deve ser a mesma da formação do consentimento (art. 14.º, n.º 4, da Lei da PMA), inclusive, deve seguir os mesmos parâmetros, no que se compreende, também, a presença diante do médico responsável e, se possível, com ambos os cônjuges ou companheiros juntos⁴⁹⁴, no intuito de garantir que o consentimento seja atual. Se a revogação não for feita da mesma forma, existe a hipótese de o Centro nunca chegar a ter conhecimento que o consentimento foi revogado ou que houve o falecimento do marido ou companheiro, pois a mulher pode não informar no intuito de se submeter à PMA *post mortem*, contrariamente à lei⁴⁹⁵.

⁴⁸⁹ A autora rejeita este entendimento pela inexistência de exigência normativa, para mais, alega que não faz sentido que conste em documento uma hipótese que é afastada pela lei (MAGALHÃES, 2010, p. 120-121).

⁴⁹⁰ O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui um modelo de consentimento para a “criopreservação de espermatozoides ou tecido testicular”, que dispõe que só ao dador é permitido o uso do material genético, no entanto, deixa um espaço em branco para com um “Sim” ou “Não” o outorgante responder à questão: “Consinto no uso dos meus espermatozoides para os tratamentos de PMA, mesmo na minha ausência”. No caso de responder afirmativamente que tratamentos poderão ser estes, uma vez que o Diploma em apreço proíbe no seu n.º 1 do artigo 22.º a inseminação e no artigo 26.º a fertilização *in vitro*, em caso de morte do futuro progenitor? Apesar do n.º 2 art. 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, referir a destruição do material biológico em caso de falecimento, no modelo de consentimento analisado nada é referido. Existe uma clara falta de informação que pode induzir em erro.

⁴⁹¹ Vera Lúcia Raposo e André Dias Pereira argumentam que essa disposição é semelhante ao regime do art. 81.º, n.º 2 do CC que determina que a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é sempre revogável (RAPOSO; PEREIRA, 2006, p. 99).

⁴⁹² No caso da mulher não se pode obrigar a transferência para o seu útero, mormente porque lhe seria autorizado, sem necessidade de consentimento do marido ou companheiro, que praticasse aborto, portanto, caso fosse obrigada a efetuar a requerida transferência, acabaria por ser “ocioso compreender que, após iniciado o processo terapêutico, fosse negado à mulher revogar seu consentimento” (MAGALHÃES, 2010, p. 124-125).

⁴⁹³ RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 136.

⁴⁹⁴ No mesmo sentido: SAPIÑA, 1995, p. 198.

⁴⁹⁵ MONGE, 2002, p. 278.

3.4.1.2. O registro civil

Reconhecida a paternidade, como ficará o registro da criança que vier a nascer após a morte do seu pai?

A Lei n.º 32/2006 prevê no art. 20.º, n.ºs 2 e 3, a possibilidade do registro da paternidade no ato de nascimento do marido ou companheiro quando efetuada a PMA heteróloga, mas nada diz, em relação ao procedimento ser realizado após a morte do progenitor.

A aplicação dessa disposição, no caso de a beneficiária sobreviva ter novo marido ou companheiro há mais de dois anos, que deu consentimento à PMA *post mortem* com sêmen ou embrião do falecido marido, não gera grandes confusões, pois, tal como na inseminação artificial com sêmen do dador, será pai, nos termos do art. 23.º, n.ºs 2 e 3, aquele que houver prestado seu consentimento na forma do art. 14.º da lei, bastando este documento para que a paternidade do novo consorte conste no registro de nascimento, consoante o referido no art. 20.º, Lei da PMA.

No entanto, no caso de PMA *post mortem*, principalmente no caso da PMA heteróloga, a forma em que se deve efetuar o registro divide a doutrina. Sandra Marques Magalhães⁴⁹⁶ sustenta a necessidade do reconhecimento judicial da paternidade em relação ao *de cuius* (no caso da PMA homóloga *post mortem*), servindo o documento de declaração de vontade como meio de prova, além de outras provas, como o exame de DNA, que demonstrará de forma cabal o vínculo biológico. Só com o reconhecimento do juízo da relação de filiação do falecido com a criança gerada a partir da técnica de PMA seria, então, possível se efetuar o registro. Para a autora, no caso da PMA *post mortem*, determinando-se a paternidade do registro apenas pelo consentimento prestado, será impossível ao próprio pai que conste da declaração impugná-la, porque já morto, de modo que a averiguação do vínculo biológico traz mais segurança⁴⁹⁷.

Esse entendimento, apesar de à partida não causar qualquer estranheza, gera uma diferenciação em relação às crianças nascidas por PMA heteróloga *post mortem*, visto que não será possível efetuar qualquer prova do vínculo biológico desta com o falecido, mas

⁴⁹⁶ Cfr.: MAGALHÃES, 2010, p. 13; PAIVA, Ana Catarina Brandão Fonseca de. *Alguns Problemas de Direito das Sucessões no quadro da Procriação Medicamente Assistida*. 2014. 79 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 22.

⁴⁹⁷ MAGALHÃES, op. cit., p. 132.

apenas a prova do consentimento prestado. Em razão disso e em nome do melhor interesse da criança, parece que a paternidade poderá ser estabelecida perante o funcionário do registro civil mediante a apresentação do documento onde tenha sido prestado o consentimento, e se demonstre a existência da inseminação póstuma. Nesse sentido, também, Remédio Marques adota a posição, afirmando que os artigos 20.º, n.º 1 e 23.º, n.º 1 da Lei da PMA sugerem que o estabelecimento da paternidade decorrente da PMA *post mortem* pode ser efetuado “directamente junto a repartição do registo civil – sem necessidade de se recorrer a uma acção judicial especialmente intentada pelo filho (cuja capacidade judiciária é suprida pelo seu representante legal: mãe, tutor ou curador *ad litem*, se for o caso) –”⁴⁹⁸.

3.4.2. *Sucessão do nascido mediante inseminação post mortem*

Ainda que reconhecida a filiação, contrário a que se compreenda como sucessíveis as pessoas nascidas por PMA *post mortem*, José de Oliveira Ascensão⁴⁹⁹ sustenta que a sucessão legítima só pode ser concedida aos nascidos ao tempo da abertura da sucessão e aos nascituros que nasçam até 300 dias depois, negando qualquer extensão dessa realidade à PMA *post mortem*, pois “a dinâmica da sucessão está arquitectada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo”, com a necessidade da rápida definição dos herdeiros e a feitura da partilha sucessória, que ainda que fosse realizada no momento, estaria sujeita à alteração como o nascimento do filho póstumo⁵⁰⁰. Assim, propugna o autor no caso da PMA *post mortem* apenas a vocação testamentária, pois o art. 2033.º, n.º 2, CC apesar de não contemplar literalmente o nascituro ou concepturo filho do testador, na verdade abrange filhos de outras pessoas, poderá estender-se por analogia a essas situações desde que o testador disponha em benefício da prole eventual, concebida em momento posterior, determinando a mãe do beneficiário⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ MARQUES, [s.d.], p. 12.

⁴⁹⁹ ASCENSÃO, 2000a, p. 128.

⁵⁰⁰ Acompanha esse entendimento: FERNANDES, L., 2012, p. 160.

⁵⁰¹ Tiago Duarte assume que existe uma diferença entre a inseminação *post mortem* e a transferência de embrião; enquanto no último já existe uma pessoa concebida ao tempo da abertura da sucessão, na primeira não pode se dizer o mesmo, de modo que o inseminado após a morte do seu pai só teria direito à vocação testamentária nos termos do art. 2033.º, n.º 2, al. a) (DUARTE, 2003, p. 114).

Igualmente, Paulo Nascimento⁵⁰² exclui a vocação legal do filho gerado após a abertura da sucessão, argumentando com a ilicitude da inseminação *post mortem* e com razões de segurança jurídica e estabilidade das posições adquiridas “nomeadamente as que se prendem com a *ratio* do art. 1819.º, n.º 2” do CC.

Realmente, a estrutura atual do ordenamento português⁵⁰³ não parece atribuir a sucessão legítima ao filho que viesse a ser tardiamente reconhecido como tal, deixando os filhos havidos após o falecimento do progenitor em posição desfavorável em relação aos filhos havidos em vida. Acontece que o legislador não previu à época a situação da PMA *post mortem* de modo que se torna necessário uma adequação à nova realidade que o desenvolvimento da medicina propôs, sob pena de infringir o art. 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que concretiza o princípio da igualdade consagrado no art. 13.º, n.º 1, que proíbe a distinção de tratamentos e designações que se façam entre quaisquer filhos e impõe a equiparação e a idêntica atribuição de direitos, o que se aplica aos de natureza sucessória⁵⁰⁴.

Desse preceito constitucional entende-se que não se deve privar a criança nascida mediante PMA *post mortem* de qualquer direito que o ordenamento prevê para qualquer outro nascido pelo fato de nascer no tempo e mediante um procedimento no qual não pôde escolher⁵⁰⁵, logo, não considerar o direito de suceder ao filho do falecido fere o princípio de que os filhos não devem ser tratados de maneira distinta independentemente da forma como nasceram⁵⁰⁶.

Portanto, reconhecida a filiação à pessoa nascida mediante inseminação *post mortem* e sendo os filhos herdeiros legitimários, por determinação legal, é inafastável sua participação na sucessão, pois “um estatuto sucessório diferenciado ao filho nascido da inseminação póstuma com sémen do falecido terá de resultar expressamente da lei, como,

⁵⁰² NASCIMENTO, Paulo. Procriação Medicamente Assistida *post mortem*: Efeitos familiares e sucessórios. In: DIAS, Maria Berenice et al. *Escritos de direito das famílias*: Uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 241.

⁵⁰³ Pierre Catala expõe que no âmbito do Direito Civil francês quem não é concebido, no momento da abertura da herança não é capaz de suceder legalmente (art. 725.º do Código Civil francês) ou por via testamentária (art. 906.º do Código Civil francês). Esta regra não é flexível, sendo assim, o autor sugere que um meio de assegurar ao nascituro uma parte dos bens do autor é a estipulação por outrem, ou seja, o pai pode legar seus bens a qualquer pessoa ou entidade, condicionando a transmissão de toda ou parte da doação a um nascituro que nasça vivo e viável (CATALA, Pierre. Le droit des successions et des libéralités au regard de la procréation artificielle. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 46, n. 2, p. 485, 1986).

⁵⁰⁴ RAPOSO; DANTAS, 2010, p. 92.

⁵⁰⁵ Cfr.: DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 335.

⁵⁰⁶ HERNÁNDEZ, 1987, p. 876.

aliás, se constata de algumas restrições expressas ao princípio da unidade ou da indivisibilidade do estado das pessoas”⁵⁰⁷.

Com o mesmo posicionamento, Sandra Marques Magalhães⁵⁰⁸ aduz que a atribuição de direitos sucessórios a esse filho decorrerá “*do fato de sê-lo*”.

No entanto, considerando a previsão legal que afasta a inseminação após a morte, a autora não vislumbra a possibilidade de estender ao caso da inseminação *post mortem* a sucessão legal, com “a aplicação de pleno dos princípios aplicáveis à sucessibilidade de concepturos”⁵⁰⁹, como sugere Carlos Pamplona Corte-Real. Alerta a autora que a proposta, apesar de elogiável, por procurar não desfavorecer os reconhecidos filhos do *de cujos* que nasceram após o seu falecimento, acaba por instalar uma procrastinação do fenômeno sucessório injustificável na sucessão legal, ainda mais se houver herdeiros legitimários envolvidos, causando insegurança, principalmente, porque essa criança pode nunca vir a nascer⁵¹⁰.

Diante disso, considera a autora que não se aplicam as normas relativas à administração da herança concernentes ao nascituro propriamente dito, pois a Lei n.º 32/2006 determina que seja destruído o sêmen no caso de morte do beneficiário (art. 22.º, n.º 2) e o seu uso é *contra legem*, logo, “não faz sentido que se tomem providências em virtude de algo que, em princípio, não poderia e não deveria acontecer”⁵¹¹. Então, a vocação sucessória nesse caso se verificará se e quando ele nascer e for legalmente reconhecido como filho do falecido, habilitando-se no inventário caso a partilha ainda não tenha ocorrido e se já finda, buscando a tutela sucessória mediante petição da herança, ou por meio de reclamação da sua parte em dinheiro (art. 2029.º, CC)⁵¹².

⁵⁰⁷ MARQUES, [s.d.], p. 14.

⁵⁰⁸ MAGALHÃES, 2010, p. 168.

⁵⁰⁹ CORTE-REAL, 2012, p. 361.

⁵¹⁰ MAGALHÃES, 2010, p. 171.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 169-170.

⁵¹² No âmbito do Direito brasileiro, o art. 1798 do Código Civil brasileiro prevê que são legítimos a suceder os nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão e no art. 1799 que poderão ser chamados ainda os não concebidos desde que sejam filhos de pessoas indicadas pelo testador, vivas, no momento da abertura da sucessão e, se no prazo máximo de dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (art. 1800, § 4). Da mesma forma que em Portugal os avanços das técnicas de PMA provocaram uma defasagem dos referidos artigos, pois hoje, por meio dessas técnicas, um filho pode nascer mais de dois anos depois da morte do seu pai. Surge, então, quem não considere possível ao filho assim nascido suceder, pois não estava nascido nem concebido no momento da abertura da sucessão (LEITE, 1995, p. 16), a não ser por via testamentária, desde que nasça até dois anos após a morte do progenitor e; há quem defenda a posição de que se deve adequar as normas à nova realidade, ainda quando se tem em conta que o próprio Código Civil no art. 1597 admite a presunção de filho concebido após a morte do pai (RAPOSO; DANTAS, 2010, p.

Esse contexto faz sentido se reconhecermos a impossibilidade da inseminação *post mortem*, mas considerando sua autorização, como se propõe defender, desde que seja executada num prazo, a criança que vier a nascer, sendo considerada filha daquele que consentiu na sua reprodução mesmo após a sua morte, terá os efeitos legais sucessórios como se nascituro fosse⁵¹³. Desse modo não se pode impedir a vocação sucessória da criança nascida por PMA *post mortem*, pois apesar de não existir no momento da abertura da sucessão, sua vocação ocorrerá no momento do nascimento com vida.

Ainda que se argumente que não pode a herança restar em estado de indefinição por ter o *de cuius* deixado amostra de sêmen criopreservado para fins de PMA, no caso de inseminação *post mortem* prevista em lei, devido ao estabelecimento de um prazo, a herança não ficará *ad eternum* à espera do nascimento de um novo filho, mas apenas um tempo razoável, como é o previsto, 300 dias no caso do nascituro já concebido⁵¹⁴. Pois, como afirma Francisco Hernández, a herança deste estar em suspenso por certo tempo não é inconveniente grave, porque é temporal, e o tempo de indefinição pode limitar-se a um prazo dentro do qual deve ter lugar a inseminação *post mortem*⁵¹⁵.

A designação dos filhos nascidos por inseminação *post mortem* será semelhante à do nascituro em que deve suportar a indivisão pelo prazo máximo de cinco anos a contar da abertura da sucessão (art. 2101.º CC), “pelo que a partilha não pode ser feita antes desse período”⁵¹⁶.

Sendo perfeitamente aceitável que durante o prazo se possa manter a herança em indivisão, até que verifiquem os requisitos da inseminação *post mortem* e se efetive a partilha, a herança do concepturo é posta em administração (art. 2237.º, art. 2239.º e art.

92). Propagando esse último argumento, Maria Berenice Dias lembra que a legislação brasileira não proíbe a inseminação *post mortem* e que a Constituição consagra a igualdade entre filhos, portanto, ainda que se tenha sido concebido depois da morte do genitor, terá direito sucessório além do testamentário, desde que o falecido tenha dado consentimento para a fertilização após a sua morte (DIAS, M., 2009, p. 335). Nesse sentido, Natália Batistuci Santos e Lydia Neves Bastos Telles Nunes fazendo uma analogia com o artigo referente à sucessão testamentária, entendem que os herdeiros podem ingressar com a ação de inventário ou arrolamento e, se este for finalizado antes de dois anos, seria reservada uma cota parte para o possível herdeiro, caso, dentro de dois anos a prole não nascesse, seria dividida a herança definitivamente (SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Barau, v. 41, n. 48, p. 275, 2007).

⁵¹³ MONGE, 2002, p. 308.

⁵¹⁴ María Carcaba, fazendo referência à lei espanhola, sugere uma mudança no artigo, para que seja ampliado o prazo de 300 dias (FERNÁNDEZ, 1995, p. 86-87).

⁵¹⁵ HERNÁNDEZ, 1987, p. 878.

⁵¹⁶ PINHEIRO, 2005a, p. 19.

2240.º do CC), se este não nascer, devolve-se a herança aos herdeiros legítimos que o eram ao tempo do decesso do *de cuius*⁵¹⁷.

Transcorrido o prazo para inseminação artificial sem que tenha ocorrido a gestação, os herdeiros adquirem a situação hereditária definitiva⁵¹⁸. Se depois vier a ocorrer a gestação, o nascido poderá reclamar a sua parte em dinheiro, não havendo necessidade de uma nova partilha⁵¹⁹.

3.4.3. *Sucessão do nascido mediante transferência post mortem*

Ao confrontar a situação do embrião criopreservado e a do que já se encontra no útero materno por ocasião do óbito do genitor, percebem-se duas posições antagônicas.

Uns sublinham as diferenças entre ambos e colocam o ato de transferência como condição essencial. Para esses o nascimento é mais possível ao embrião *in útero* do que ao embrião *in vitro*, posto que o nascimento daquele depende de fatores naturais que condicionam o seu desenvolvimento uterino, enquanto este depende da vontade humana, nomeadamente a decisão de proceder ou não à sua transferência uterina (que poderá nunca vir a ocorrer)⁵²⁰.

Nessa linha, os embriões criopreservados deverão ser equiparados aos concepturos e não aos nascituros, de tal forma que só com a efetiva transferência uterina passarão a desfrutar do estatuto de nascituro, dada a incerteza que marca a sua prévia existência. Assim, entende Francisco Manuel Pereira Coelho que a diferença que o ordenamento faz entre o embrião *in vitro* e *in vivo* é de se notar pela proteção que é conferida no direito penal ao embrião intrauterino, mas não é conferida ao extrauterino, de

⁵¹⁷ SOUSA, R., 2012, p. 200.

⁵¹⁸ Segundo Pierre Catala é a solução que mais coaduna com o respeito à igualdade entre os filhos, dessa forma, durante o período permitido para a prática, o legislador francês deixaria reservada a sucessão. Propõe ainda que este relaxe a regra sucessória para permitir a disposição testamentária em favor do futuro herdeiro de forma direta (CATALA, 1986, p. 485-486).

⁵¹⁹ María Adelina e Orieta Pontoriero sugerem recorrer a uma ficção jurídica, considerando concebido um filho quando a vontade de procriação tenha sido manifestada de forma indubitável e propõem o seguinte artigo no âmbito do direito civil espanhol: “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, el hijo concebido post mortem tiene capacidad de suceder, siempre y cuando la voluntad procreacional del causante se encuentre fehacientemente comprobada en testamento por acto público y la viuda sea inseminada en un plazo no superior a los noventa días del fallecimiento del causante*” (MOSCONI; PONTORIERO, 1999, p. 62).

⁵²⁰ Vera Lúcia Raposo defende que se a ambos se dá a “qualificação de pessoa humana potencial, este carácter potencial é ainda assim mais atual no embrião *in utero* do que no embrião *in vitro*” (RAPOSO, V. 2012a, v. 1, p. 298).

modo que as normas de direito civil relativas ao nascituro (art. 1855.º e 2033.º, n.º 1 do CC) não parecem ser estendíveis ao embrião *in vitro* enquanto não fizer este parte de um projeto parental⁵²¹.

Com opinião mais extrema, José de Oliveira Ascensão⁵²² vai no sentido de ser possível a analogia do art. 2033.º, n.º 1, do Código Civil, com as pessoas concebidas após a morte do progenitor, mas não acolhe a mesma solução para o embrião criopreservado, pela impossibilidade de se estabelecer um limite à dilação sucessória na criopreservação, o qual consiste na capacidade de reprodução da pessoa designada pelo progenitor, pressuposto visto no primeiro caso, mas não na criopreservação, que se estende “para além desse domínio”.

O raciocínio do autor não apresenta fundamento plausível para afastar o embrião criopreservado da sucessão testamentária, uma vez que a noção de prole eventual contida no referido n.º 2, al. *a*) do art. 2033.º, do CC, pode perfeitamente abranger quaisquer filhos de pessoa certa designada pelo testador, da maneira por ele indicada, estejam aqueles já nascidos, por nascer ou por ser concebidos no momento da abertura da sucessão.

Nesse sentido, há quem sustente que o embrião *in vitro* pouco se distingue do embrião *in vivo*⁵²³. Seus defensores alegam que o termo nascituro abarca qualquer forma de vida humana ainda não nascida, seja qual for o modo da sua criação e independentemente do local específico onde no momento decorra a sua existência. Essa é a compreensão de que o embrião criopreservado já está concebido no momento da abertura da sucessão⁵²⁴. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña⁵²⁵ se manifestando no âmbito do ordenamento espanhol, parte dessa premissa e se exprime no sentido de que o embrião criopreservado é, portanto, nascituro, ainda que não esteja sendo gestado, ficando a devolução sucessória condicionada ao nascimento com vida, devendo, por isso, ser promovida a devida administração dos bens, até que se verifique o prazo em que é possível a PMA *post mortem* ou que ocorra o nascimento.

⁵²¹ COELHO, F., 1993, p. 30.

⁵²² ASCENSÃO, 2000a, p. 673.

⁵²³ DIAS, J., 1996, p. 194.

⁵²⁴ MAGALHÃES, 2010, p. 165.

⁵²⁵ SAPIÑA, 1995, p. 214 e 241.

Igualmente, na opinião de Femenía Lopez⁵²⁶ o tratamento do embrião *in vitro* não implantado não deve diferir do que se dispensa aos concebidos já que, em caso contrário, restaria desprotegido o possível filho póstumo relativamente à herança paterna⁵²⁷. Para o autor, a única diferença entre o concebido *in vitro* e *in utero* é o grau de desenvolvimento e a maior probabilidade de morte do primeiro, que ainda deve superar o processo de nidação, mas isso não deve representar nenhuma alteração do regime que prevê que os direitos estão condicionados ao nascimento⁵²⁸.

De fato, apesar de o embrião *in vitro* não ser igual ao embrião *in utero*, visto que possui maiores etapas para o seu nascimento (inclusive com a necessidade do ato de vontade da mãe de implantá-lo), não faz sentido excluir da sucessão um filho pelo fato de não haver nascido no momento de sua abertura, ainda mais quando o nascimento era, nessa ocasião, de maior probabilidade, visto que o embrião já estava formado precisando apenas da implantação no útero materno.

Da mesma forma que na inseminação *post mortem* não se considera, para efeitos sucessórios, o filho, só porque não estava concebido à época da morte do seu pai. Se considerássemos que o embrião e o nascituro são realidades distintas, poder-se-ia alegar que filhos nascidos de mulher por fecundação natural e artificial não são equiparáveis⁵²⁹.

Por conseguinte, a concepção de que fala o art. 2033.º do Código Civil deve abranger extensivamente os embriões que se encontrem criopreservados⁵³⁰, desde que tenham sido efetivamente transferidos e desencadeiem o nascimento de uma pessoa⁵³¹. Uma vez reconhecida essa pessoa nascida como filha do *de cujus*, não se justifica, diante da nova realidade negar-se a vocação a quem já se encontrava em estado embrionário, mesmo fora do útero, no instante do óbito de seu genitor⁵³².

Em razão da Lei n.º 32/2006 não estabelecer qualquer prazo para que se proceda à transferência, não deve haver a aplicação de pleno dos princípios aplicáveis à sucessão legal, ao caso de haver embriões criopreservados provenientes do autor da sucessão, por

⁵²⁶ LÓPEZ, Pedro J. Femenía. *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. Madrid: Macgraw-hill, 1999, p. 272-273.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 284-285.

⁵²⁸ Nesse sentido, cfr.: NASCIMENTO, 2008, p. 239-240; OLIVEIRA, 2006, p. 160; DUARTE, 2003, p. 114.

⁵²⁹ Cfr.: SAPIÑA, 1995, p. 201.

⁵³⁰ Conforme expõe Ana Catarina Brandão a proteção conferida ao embrião “apoia-se numa expectativa de futuro, no que este se poderá tornar, quer o embrião criado *in vitro*, quer o de resultado natural, não obstante a diferente zona de formação, podem culminar num nascituro” (PAIVA, 2014, p. 48).

⁵³¹ MAGALHÃES, 2010, p. 164.

⁵³² Cfr.: MOSCONI; PONTORIRERO, 1999, p. 59; PINHEIRO, 2007, p. 217-218, nota 380.

ser preciso uma data determinada ou determinável “para se convolarem em atribuição concreta de direitos sucessórios a quem nascer e confirmação do quadro definitivo de sucessores, se o nascimento acontecer ou não for mais possível”⁵³³, de modo a não instalar uma procrastinação do fenômeno sucessório injustificável na sucessão legal. Ainda que a lei da PMA fale no art. 23.º, n.º 1 em um “prazo ajustado”, não se sabe exatamente qual esse prazo, nem quem deve determiná-lo, gerando por vezes tempo desarrazoado, em contraposição à segurança do processo sucessório e à definição dos herdeiros.

Ocorrendo uma mudança legal, de modo a se prever um prazo determinado, suspender-se-ia a partilha e os bens herdados ficariam sob administração provisória até à verificação do nascimento ou de que este não poderia acontecer. Contudo, como não existe atualmente nenhuma regulamentação nesse sentido, então, a partilha deverá ocorrer normalmente com os demais herdeiros, e quando a criança nascer, se encontrando em curso o inventário, habilitar-se-á para compor o quadro de sucessores e participar da partilha que vier a ser feita; findo o inventário e realizada a partilha, o filho nascido mais tarde pode reclamar a sua cota-parte em dinheiro (art. 2029.º do CC)⁵³⁴.

3.5. A petição da herança

Também se questiona se o filho que nascer por meio dessa técnica poderá fazer uso da petição da herança.

É chamada petição da herança a ação que tem como fim o reconhecimento da qualidade jurídica de herdeiro⁵³⁵ e o propósito de recuperar o domínio e posse da herança, no todo ou em parte, desde a morte do *de cuius*.

Guilherme de Oliveira⁵³⁶ afirma que esse instrumento foi pensado para servir herdeiros que tinham o direito de herdar, mas foram injustamente esquecidos, o que não é o caso do embrião, visto que embora concebido, não tinha à data do decesso do *de cuius*, capacidade sucessória.

A questão em pauta nem é a capacidade do embrião (já tratada no tópico acima), mas que não parece ser essa a ideia do preceito (art. 2075.º, CC), pois essa ação não apenas

⁵³³ MAGALHÃES, 2010, p. 170.

⁵³⁴ OLIVEIRA, 2006, p. 160.

⁵³⁵ SOUSA, R., 2012, p. 29.

⁵³⁶ OLIVEIRA, loc. cit.

tem o cunho de reivindicar ou restituir os bens de herdeiros injustamente esquecidos, mas de reconhecer a posição jurídica de herdeiro que por algum motivo não lhe foi atribuída. Portanto, a ação cabe inclusive para o caso do filho que foi reconhecido em testamento, do qual nunca chegou este ao conhecimento, ou de um filho não reconhecido que demonstra a filiação quando já falecido o genitor, situação, que, como afirma Sandra Marques Magalhães, se assemelha à da PMA *post mortem*, em razão de ambas cuidarem do surgimento de um herdeiro com o qual não se computava no momento da abertura da sucessão. Por isso, a autora defende que “aqui se ajusta a hipótese da pessoa que nasce e é reconhecida juridicamente como filha do autor da sucessão após o óbito deste e transcorrido o prazo legal de presunção do vínculo parental entre eles”⁵³⁷.

Diante da sua posição de filho, ainda que nascido mais tarde, não faz sentido negar a petição da herança para buscar a sua posição de herdeiro e requerer os bens que são seus por direito⁵³⁸.

Assim, o sucessor que nascer posteriormente à morte do pai tem o direito de intentar a ação contra quem quer que possua o patrimônio hereditário, a qualquer título, ou sem título algum (art. 2075.º, n.º 1, do Código Civil), mesmo que os bens ou direitos sobre eles⁵³⁹ venham a ser alienados a terceiro, sem prejuízo de o alienante responder pelo valor dos bens alienados (art. 2076.º, n.º 1). A ação só não poderá ser intentada contra terceiro que haja adquirido de herdeiro aparente, por título oneroso e de boa-fé, cabendo apenas ao alienante responder segundo as regras do enriquecimento sem causa (art. 2076.º, n.º 2), se também estiver de boa-fé⁵⁴⁰.

A ação pode ser proposta, de acordo com o art. 2075.º, n.º 2, do Código Civil, a todo o tempo, sem prejuízo das regras de usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas, e do disposto no art. 2059.º, CC. Este último dispositivo trata da caducidade do direito de aceitar a herança, que se verifica em dez anos da data em que o sucessível tem

⁵³⁷ MAGALHÃES, 2010, p. 173-174.

⁵³⁸ RAPOSO; DANTAS, 2010, p. 92.

⁵³⁹ FERNANDES, L., 2012, p. 291.

⁵⁴⁰ Sandra Marques Magalhães não compreende que “esteja de má-fé o herdeiro que aliene o todo ou parte do acervo hereditário simplesmente por ter conhecimento de que o *de cujus* tenha deixado amostra de seu sêmen criopreservada, ou de que haja embriões formados com a contribuição do seu material genético, armazenados no momento da abertura da sucessão, tendo em vista a já mencionada necessidade de verificação de diversos fatores para que venha efetivamente a nascer um sucessível. A boa-fé, porém, já não estará mais configurada depois que a viúva ou ex-companheira do falecido engravidar e comunicar o fato aos demais herdeiros ou possuidores dos bens hereditários, dando-lhes, desta forma, ciência da possibilidade de que estes venham a ser reivindicados por pessoa que, em prazo de previsível duração, pretenderá ver reconhecida sua qualidade de herdeira” (MAGALHÃES, loc. cit.).

conhecimento de haver sido a ela chamado. Assim, exercido, no devido tempo, o direito de suceder, mediante a aceitação da herança, a ação de petição pode ser proposta sem limite de prazo, impedindo o acolhimento da ação, apenas a usucapião do direito relativo a cada uma das coisas possuídas por terceiro. Não havendo aceitação autônoma da herança, isto é, implicando a propositura da ação de petição aceitação tácita, o prazo relativo à aceitação acaba por se projetar no da ação de petição, em que já não terá lugar a restituição, se já tiver sido ultrapassado o período de tempo estatuído de dez anos, pois terá caducado o direito de aceitação da herança⁵⁴¹.

⁵⁴¹ FERNANDES, L., 2012, p. 290; SANTOS, E., 1998, p. 204.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste trabalho, pode-se ver quão atual, polêmica, complexa e abrangente é a questão da inseminação ou FIV e transferência de embrião *post mortem*.

São diversas as opiniões geradas (favoravelmente ou contrariamente) à utilização do sêmen ou transferência do embrião após a morte do progenitor, bem como dos aspectos filiatórios e sucessórios que implicam. Mesmo depois de muitos anos de discussão, a redação dada pela Lei da PMA não confere solução para toda a problemática que existe em torno.

Como visto, a inseminação *post mortem* é desautorizada pela referida norma, permitindo apenas a transferência do embrião já formado. Contudo, ao negar esse desiderato apenas àqueles casais que ainda não tenham efetuado a inseminação ou FIV, quando o marido veio a falecer, fere o direito de reprodução da mãe, na escolha de engravidar do falecido e o direito de se perpetuar do pai mediante a PMA após sua morte.

A corrente doutrinária contrária à inseminação *post mortem* está na contramão até mesmo do interesse da criança, sendo frágil o argumento sustentado de que o interesse desta não será respeitado se ela nascer sem a oportunidade de conhecer o pai, afinal a monoparentalidade é uma constante e nem por isso as crianças são afetadas psicologicamente.

Em favor da inseminação após a morte, também, na intenção de evitar discriminações em relação aos casais que se reproduzindo de forma natural, a gravidez permanece com o falecimento do marido nascendo o filho tempos depois da morte do pai. Apesar de muitos manifestarem que essa comparação não pode ser total, pelo fato de a criança nesse caso nascer no máximo nove meses após o falecimento do pai, acontece que na inseminação *post mortem*, sendo ela permitida, só poderá ocorrer se vislumbrado um prazo para não perturbar as situações patrimoniais e familiares (ao nascer um filho que ultrapasse gerações).

Assim, propugna-se a possibilidade de inseminação *post mortem*, desde que observado um prazo e o consentimento do progenitor morto, em respeito ao desejo da pessoa falecida que manifestou a vontade de constituir uma família e o direito da mulher de procriar mesmo após o óbito do marido ou companheiro.

Apesar de ser atualmente proibida, nada impede que se reescreva a regulamentação específica. O legislador português poderia seguir o exemplo do país vizinho e além de permitir a transferência do embrião *post mortem*, permitir a inseminação depois do falecimento consentida expressamente pelo *de cuius* e realizada no prazo de 12 meses a contar da sua morte (art. 9.º da lei espanhola n.º 14/2006, de 26 de maio).

Cabe ressaltar que isso só será possível no caso da inseminação homóloga, a menos que o procedimento da PMA já tenha sido iniciado, visto que na heteróloga o sêmen não é do marido, não podendo ele autorizar o uso do material genético de terceiro à sua mulher ou companheira.

Em relação à transferência depois da morte dos embriões não há dúvidas quanto à sua admissibilidade conforme o art. 23.º da Lei da PMA, desde que expressamente consentida, não só para honrar o desejo do *de cujos* de ter sua prole (ainda que lhe não esteja geneticamente vinculada), mas por possuir o embrião especial valor, protegendo a pessoa que ele poderá ser.

Por conseguinte, é necessário também analisar a situação da criança que nasce mediante essas técnicas, uma vez que a Lei n.º 32/2006 permite a transferência *post mortem* de embriões criopreservados, e ainda que desautorize a inseminação após a morte, reconhece efeitos filiatórios à criança que por meio dela nascer.

Vê-se a grande confusão que o legislador causou, quando ao falar da transferência de embrião nada fala quanto à atribuição de vínculo jurídico nem efeitos sucessórios à criança assim nascida, mas, ao falar da proibida inseminação *post mortem*, reconhece a relação paterno-filial.

Pelas regras gerais do direito civil se extrai que a pessoa nascida mediante emprego da hipótese permitida ou vedada da PMA *post mortem* é considerada filha do *de cuius*, pois o pai é aquele que consente no vínculo, mesmo que não apresente relação genética com a criança. Manifestando interesse no projeto parental deve ser a ele atribuída, pois, embora o fator biológico seja, em princípio, determinante no estabelecimento do vínculo de filiação, não é mais absoluto, tendendo a ganhar força a filiação social decorrente de vínculos afetivos.

Sendo assim, quer se trate de inseminação quer de transferência sem consentimento algum do marido falecido, a paternidade não pode ser atribuída a ele, seja

na inseminação homóloga ou heteróloga, pois na reprodução que não advém do ato sexual, o consentimento é essencial para a constituição do vínculo.

No caso de transferência de embrião *post mortem* heteróloga, o consentimento deve ser prestado especificamente para a prática após a morte, caso contrário, não será possível, como na homóloga, presumir que o consentimento seja prestado inclusive depois do falecimento.

Quanto aos aspectos sucessórios, não há qualquer regulamentação sobre a situação dos nascidos mediante essas técnicas, tendo se apresentado desadequadas as normas gerais face à evolução técnico-científica e às necessidades atuais da sociedade.

A sucessão do filho nascido por meio de inseminação *post mortem*, uma vez que, mesmo proibida, se destas práticas resultar o nascimento de uma criança, esta é tida como filha do *de cujus*, à partida, pela interpretação das regras gerais, só é reconhecida pela via testamentária, aplicando por analogia o art. 2033.º, n.º 2, CC, desde que seja filho de pessoa determinada, viva, no momento da abertura da sucessão. Dessa forma, poderia o falecido deixar mediante testamento bens ao filho que fosse gerado após a sua morte, desde que determinasse a mãe.

Contudo, verificada a filiação, o princípio da igualdade entre os filhos fundamenta o reconhecimento da sucessão legítima ao indivíduo concebido através da inseminação *post mortem*, pois o referido dispositivo veda qualquer distinção de tratamento entre os filhos, independentemente da origem do vínculo de filiação e da forma do seu nascimento (art. 36.º, n.º 4 da CRP e art. 3.º da Lei da PMA). Pensar diferente seria pôr em xeque o princípio da equidade e fazer com que um ser humano nasça privado de direitos em razão do momento e da forma da concepção.

Portanto, reconhecendo direitos legais e testamentários a vocação sucessória se aperfeiçoará efetivamente no momento do nascimento, visto que se estenderão as regras previstas para o nascituro no art. 2033.º, CC, ficando os efeitos da vocação dependentes do seu nascimento. Até lá pode a herança ficar indivisa, desde que, reconhecendo a inseminação *post mortem*, haja determinação legal de um prazo para que a criança seja concebida, período em que ficam os bens sob administração pelas regras dos nascituros (art. 2237.º, art. 2239.º e art. 2240.º do CC). Transcorrido o prazo para inseminação artificial sem que tenha ocorrido a gestação, os herdeiros adquirem a situação hereditária definitiva. Se depois do prazo vier a ocorrer a gestação, o nascido poderá reclamar a sua

parte em dinheiro (art. 2029.º, CC). Além disso, caso a criança nasça após a realização do inventário e o término da partilha dos bens há a possibilidade de recorrer à petição de herança, para que seja reconhecida como herdeira e receba a sua quota parte da herança do seu falecido pai.

Já na transferência de embriões *post mortem*, surge a discussão se deveriam ser esses tratados como nascituros, visto que estão já concebidos ou como concepturos, pois apesar de estarem concebidos não estão no útero materno. Estes embriões, quando da abertura da sucessão, encontram-se a 196°C graus negativos, o que os diferencia do embrião intrauterino, que tem mais chance de resultar numa pessoa.

Contudo, na mesma argumentação da inseminação *post mortem* não faz sentido excluir da sucessão um filho pelo fato de não haver nascido no momento de sua abertura, ainda mais quando o nascimento era, nessa ocasião, de maior probabilidade, visto que o embrião já estava formado precisando apenas da implantação no útero materno. Assim, o art. 2033.º do CC se estende aos embriões criopreservados, estabelecendo chamamento sucessório por lei e testamento, desde que venham a ser implantados e nidados.

É indispensável a fixação de prazo para que seja utilizado o material criopreservado, porque a sucessão não pode ficar aberta indefinidamente, prejudicando os herdeiros que já existem.

Se tivesse sido fixado um período para o uso de embrião após a morte, a partilha se procederia da mesma maneira que no caso dos nascituros. Contudo, o atual ordenamento não estabeleceu um período para que se possa efetuar a implantação, de modo que, nesse caso a partilha ocorrerá normalmente com os demais herdeiros. Na hipótese de se encontrar em curso o inventário, habilitar-se-á para compor o quadro de sucessores e participar da partilha que vier a ser feita; se, findo o inventário e ultimada a partilha, o filho nascido mais tarde segue a regra do art. 2029.º do CC, para o caso do herdeiro que sobrevenha reclamar uma parte em dinheiro ou por meio da petição da herança.

Para concluir, frisa-se que a possibilidade da inseminação ou FIV *post mortem* e a sucessão do gerado é bastante controvertida em função da carência de regulamentação específica. Há que reconhecer a dificuldade da sua abordagem em face do ordenamento jurídico atual, devendo o legislador se enquadrar normativamente de forma adequada à nova realidade. Não se pode negar ser necessária e urgente a devida regulamentação legal não só do uso das técnicas reprodutivas utilizadas depois da morte como das suas

implicações filiatórias e sucessórias. Carece estar atento à evolução social, tecnológica e médica do mundo, buscando por um lado superar alguns dogmas e preconceitos jurídicos, e, por outro, evitar uma liberalização excessiva, de forma que restem pacificados os debates que circundam o tema da PMA *post mortem*.

Enquanto nada é feito, este parece ser o caminho menos prejudicial tanto para o filho que vai nascer quanto para os herdeiros já contemplados na partilha, evitando, no futuro, rompimento da mesma em decorrência de nascimento de herdeiro legítimo que não existia no momento da abertura da sucessão e situações de indesejada indefinição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direitos do Nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro. *O Direito*, ano 129, n. 1-2, p. 53-84, jan./jun., 1997.

ANDRADE, J. C. Vieira. Procriação Assistida com dador: o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. p. 49-65. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2).

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 707 p.

AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Editora Trotta, 1999. 429 p.

ARAÚJO, Fernando. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999. 174 p.

ARAÚJO, Maria Dionysia de Mendonça Machado de. Vocaçãõ de nascituros e concepturos. *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento 13, Coimbra, p. 84-202, 1961.

ARCHER, Luís. Procriação Artificial: Reflexão sobre Pessoas e Coisas. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 13-14, p. 191-195, 1990.

_____. Procriação Medicamente Assistida: Evolução do Pensamento Ético de 1986 a 1999. In: NEVES, Rui; MELO, Helena (Coord.). *Genética e Reprodução Humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000. p. 15-47.

_____. Uma Tecnologia nas Fronteiras do Humano. In: CENTRO DE ESTUDOS DE BIO-ÉTICA. *Genética e Pessoa Humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1991. p. 5-18. (Coleção “Temas de Bio-Ética”, 1).

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/06, sobre a Procriação Medicamente Assistida. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 67, n. 3, p. 977-1006, 2007.

_____. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000a. 592 p.

_____. *Direito civil: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 399 p. v. 1.

_____. Direito e Bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, v. 2, p. 429-458, 1991.

_____. Procriação Assistida e Direito. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, 2000b. p. 645-676. v. 1.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001. 216 p.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Aspectos jurídicos da inseminação artificial "post mortem". *Colectânea de Jurisprudência: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Coimbra, ano 7, tomo 2, p. 21-24, 1999.

_____. Da problemática jurídica dos embriões excedentários. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Lisboa, ano 41, n. 1-2, p. 103-113, 2000.

_____. *Direito ao Património Genético*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2006. 268 p.

BRITO, Diogo Lorena. *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2007. 252 p.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 47-54. (Separata de pessoa humana e direito).

_____. *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito*. Coimbra: [s.n.], 2008. p. 73-86. (Separata de Estudos de Direito da Bioética).

_____. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2. ed. 3. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005. 618 p.

_____. *Lições de Direitos da Personalidade*. Coimbra, [s.n.], 1992, 115 p. (Separata Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

_____. *Nós: Estudo sobre direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. 378 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

CARDOSO, Augusto Lopes. Procriação Humana Assistida: Alguns Aspectos Jurídicos. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, v. 1, p. 5-27, 1991.

CARDOSO, João António Lopes. *Partilhas Judiciais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 648 p. v. 1.

CARNEIRO, Nelson. Os aspectos jurídicos da inseminação artificial e a disciplina jurídica dos bancos de esperma. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 7, p. 241-250, 1988.

CATALA, Pierre. Le droit des successions et des libéralités au regard de la procréation artificielle. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 46, n. 2, p. 469-486, 1986.

CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO. Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias. *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*. Coimbra: [s.n.], 1990. 118 p. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 1).

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro. *O Direito*, Coimbra, ano 130, v. 1-2, p. 57-88, 1998.

_____. O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 635-644. v. 1.

COELHO, A. M. Pereira. A Ética e a Lei na Reprodução Medicamente Assistida. In: SILVA, João Ribeiro da; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martins (Coord.). *Contributos para a Bioética em Portugal*. Lisboa: Edições Cosmos, Centro de Bioética Faculdade de Medicina Universidade de Lisboa, 2002. p. 389-394.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *Direito das Sucessões*: Lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face da legislação posterior. Coimbra: [s.n.], 1992. 351 p.

_____. Procriação Assistida com Gâmetas do Casal. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. p. 9-31. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2).

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Presidência do Conselho de Ministros. *Relatório - Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)*. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Presidência do Conselho de Ministros. *Relatório - Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (44/CNECV/04)*. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA. *Requisitos e Parâmetros de Funcionamento dos Centros de PMA (alínea b, n.º 2, do art. 30.º da Lei n.º 32/2006)*. Disponível em: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_Requisitos_CentrosPMA.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA. *Recomendação sobre a atribuição aos dadores de células reprodutivas das compensações previstas no art. 22.º da Lei n.º 12/2009, de 26 de março* (Disponível em: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Recomendacao_CompensacoesDadores.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1. Tomo 3.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris, 2012. 352 p.

_____. Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.). In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 347-366. v. 1.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, João Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2011. 281 p.

COSTA, Amélia. *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000. 244 p.

COSTA, José Manuel Cardoso da. Genética e Pessoa Humana. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, v. 2, p. 459-475, 1991.

COSTA, J. Pinto da. Um Problema Médico-Legal Actual: Procriação Artificial. *Revista de Investigação Criminal*, Porto, n. 24, p. 5-19, 1987.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. 337 p.

DIAS, Cristina Araújo. *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Almedina, 2010. 220 p.

DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 442 p.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 608 p.

DINIS, Joaquim José de Sousa. Procriação Assistida: Questões Jurídicas. *Coletânea de Jurisprudência*, ano 18, tomo 4, p. 7-13, 1993.

DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas?*. A procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003. 146 p.

FÉDIDA, Pierre et al. *L'embryon humain est-il humain?*. Paris: Presses Universitaire de France, 1996. 93 p.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 4. ed. Lisboa: Quid Juris, 2012. 608 p.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 340 p.

FERNÁNDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995. 190 p.

FIGO, Tiago. *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O conceito de pessoa revisitado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. 334 p.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005. 242 p.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. A Protecção juscivil da vida pré-natal: sobre o estatuto jurídico do embrião. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, n. 1-4, p. 299-323, 2010.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1961. 864 p. v. 1.

_____. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1934, 794 p. v. 9.

GONÇALVES, Patrícia. Consentimento (des)informado na PMA heteróloga? *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8, n. 15, p. 129-138, 2011.

GONZÁLEZ, José A. R. L. A personalidade Jurídica Pré-Natal. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 629-653.

GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 218 p.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. La Fecundación Artificial «Post Mortem». *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, n. 4, p. 41-74, 1987.

HÖSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. 3. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005. 610 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 480 p.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil: Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 692 p. v. 5.

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

LOUREIRO, João Carlos. Há mais vida para além da letra: A questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei de procriação medicamente assistida. *Revista Portuguesa de Bioética*, ano 19, n. 11, p. 273-293, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. O direito à identidade genética do ser humano. *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 40, Colloquia 2, p. 263-389, 1999.

_____. O nosso pai é o dador n. XXX: A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 197-270.

_____. Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto. *Cadernos de Bio-Ética*, Coimbra, n. 14, p. 3-64, 1997.

LÓPEZ, Pedro J. Femenía. *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. Madrid: Mc Graw Hill, 1999. 401 p.

MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 196 p.

MANSO-PRÊTO, José Alfredo Soares. *Estudo sobre a situação jurídica dos nascituros e concepturos no domínio da sucessão testamentária*. 1947. 157 f. Dissertação (Licenciatura) - Curso de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1947.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões - Notas Breves*. [s.d.]. Disponível em: <<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3753>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

MASSAGER, Nathalie. *Les droits de l'enfant à naître*. Bruxelles: Bruylant, 1997. 1013 p.

MENDES, João Castro de; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Direito da Família*. Lisboa: AAFDL, 1990/1991. 452 p.

MENDONÇA, Marta. Melhoramento Humano em Geral: Perspectiva Ética. In: SILVA, Paula Martinho da (Coord.). *Investigação Biomédica, Reflexões Éticas (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida)*. Lisboa: Gradiva, 2008. p. 205- 216.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 753 p. Tomo 1.

MONGE, Marina Pérez. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002. 418 p.

MOSCONI, María Adelina B. Damilano de; PONTORIERO, Orieta E. La Genética y El Derecho: La Inseminación Post Mortem. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n. 857, p. 57-62, 1999.

NASCIMENTO, Paulo. Procriação Medicamente Assistida post mortem: Efeitos familiares e sucessórios. In: DIAS, Maria Berenice et al. *Escritos de direito das famílias: Uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Editora Magister, 2008. p. 239-240.

NEVES, M. Patrão. O começo da vida humana. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter (Coord.). *Bioética*. Lisboa: Verbo, 1996. p. 175-183.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 49, v. 3, p. 767-791, 1989.

_____. *Crítério Jurídico da Paternidade*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1998. 526 p.

_____. Legislar sobre Procriação Assistida. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 127, n. 3840, p. 74-75; n. 3841 e 3842, p. 98-105, 1994.

_____. *Mãe há só uma (duas): o contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 119 p.

_____. O Direito Civil em Face das Novas Técnicas de Investigação Genética. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madri, número extraordinario, p. 149-162, 2006.

_____. Procriação Assistida com dador: Tópicos para uma intervenção. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. p. 33-40. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2).

_____. Um caso de selecção de embriões. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 7-13, 2007.

O'REILLY, Barry; BOTTOMLEY, Cecilia; RYMER, Janice. *Livro de bolso de ginecologia e obstetrícia*. Tradução do inglês: Fernanda Azevedo Silva Moreira Rato. Loures: Lusodidacta, 2008. 472 p.

OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. 104 p.

PAIVA, Ana Catarina Brandão Fonseca de. *Alguns Problemas de Direito das Sucessões no quadro da Procriação Medicamente Assistida*. 2014. 79 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 699 p.

PEREIRA, Joana Cabral. Considerações sobre o artigo 1839º n° 3 do Código Civil: implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga. *Scientia Iuridica*, Braga, n. 292, tomo 51, p. 151-175, 2002.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: AAFDL, 2007. 136 p. v. 1.

_____. *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: AAFDL, 2005a. 136 p. v. 4.

_____. *O Direito da Família Contemporâneo*. Reimpr. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011. 786 p.

_____. Procriação Medicamente Assistida. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (Coord.). *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005b. p. 753-785. v. 1.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 687 p.

PITÃO, José António de França. *União de facto no direito português*: a propósito da Lei n° 135/99, de 28/08. Coimbra: Almedina, 2000. 297 p.

RAPOSO, Mário. O Estatuto do Embrião e Problemas Conexos. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. p. 99-120. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2).

RAPOSO, Vera Lúcia. Crónica de um casamento anunciado: O casamento entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Ministério Público*, ano 30, n. 120, p. 157-190, 2009.

_____. *De Mãe para Mãe*: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005a. 198 p.

_____. *Direito à Imortalidade*: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro. 2012. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012a. 2. v.

_____. Direitos Reprodutivos. *Lex Medicinæ*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 2, n. 3, p. 111-131, 2005b.

_____. Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais, e das duas mães). *Lex Medicinæ*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n. 7, p. 37-51, 2007a.

_____. Embriões, investigação embrionária e células estaminais. *Lex Medicinæ*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 47-70, 2012b.

_____. O Dilema do Rei Salomão: Conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 5, n. 9, p. 55-79, 2008.

_____. Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n. 8, p. 59-84, 2007b.

_____. Poder parental sobre os embriões excedentários. In: SILVA, Susana; VELOSO, Luísa (Coord.). *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas: Contributos para uma reflexão*. Porto: Universidade do Porto Editorial, 2009. p. 61-82.

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

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de junho). *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3, n. 6, p. 89-104, 2006.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. 422 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.

ROBERTSON, John A. *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994. 281 p.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 543 p.

RUBELIN-DEVICHI, Jacqueline. Jurisprudence Française em Matière de Droit Civil. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 691-706, 1984.

SANCHEZ, Yolanda Gomez. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994. 204 p.

SANTOS, Agostinho Almeida. Reprodução Humana. In: SERRÃO, Daniel; NUNES, Rui (Coord.). *Ética em Cuidados de Saúde*. Porto: Porto Editora, 1998. p. 133-151.

SANTOS, Eduardo dos. *O Direito das Sucessões*. Lisboa: Vega, 1998. 294 p.

SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Barau, v. 41, n. 48, p. 253-278, 2007.

SANTOS, Teresa Almeida; RAMOS, Mariana Moura. *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. 138 p.

SAPIÑA, Rafael Gómez-Ferrer. Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones. *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, p.181-255, 1995.

SÁ, Eduardo. Problemas Psicológicos da Fecundação com Esperma de Dador. In: COLÓQUIO INTERDISCIPLINAR, 12-13 de dezembro de 1991, Coimbra. *Procriação Assistida*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1993. p. 41-48. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 2).

SERRÃO, Daniel. *Livro Branco: uso de embriões humanos em investigação científica*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.danielserrao.com/fotos/gca/Livrobranco.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

SHENFIELD, Françoise. Panorama de la reproducción asistida en el Reino Unido: regulación y efectos. In: AMILS, Ricardo et al. *Bioética: 2000*. Oviedo: Ediciones Nobel, 2000. p. 279-293.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 315 p.

SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de. A procriação medicamente assistida na União Europeia: harmonizar ou reagir? *O Direito*, Lisboa, ano 140, n. 4, p. 889-921, 2008.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Lições de direito das sucessões*. 4. ed. renovada. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 373 p. v. 1.

_____. *Lições de direito das sucessões*. 3. ed. renovada. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 322 p. v. 2.

_____. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 703 p.

SUAREZ, Antoine. El Embrio Humano es una Persona: Una Prueba. Tradução do alemão: Urbano Ferrer. *Cuadernos de Bioética*, Galícia, v. 13, n. 47 a 49, p. 19-38, 2002.

TELLES, Inocência Galvão. *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004a. 79 p.

_____. *Sucessão Testamentária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 123 p.

_____. *Sucessões: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004b. 160 p.

_____. *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*. Lisboa: Sociedade Astória, 1944. 113 p.

VARELA, Antunes. A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 620-634. v. 1.

_____. A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 127, n. 3843, p. 162-163, out. 1994; n. 3844, p. 194-196, nov. 1994.

_____. A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 128, n. 3846, p. 266-270, jan. 1995; n. 3848, p. 325-326, mar. 1995; n. 3849, p. 359-361, abr. 1995; n. 3852, p. 66-70, jul. 1995; n. 3853, p. 98-101, ago. 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. 805 p.

WATT, Helen. *The Diane Blood Case*. Disponível em: <<http://www.linacre.org/Diane%20blood.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

ZANELATO, Marco António. Fertilização artificial: efeitos jurídicos. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Universidade Lusíada Editora, Porto, n. 1-2, p. 211-259, 2003.

JURISPRUDÊNCIAS

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 85*. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 28 de maio de 1985.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101*. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 03 de março de 2009.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 288*. Conselheiro Luís Nunes de Almeida Lisboa, 17 de abril de 1998.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 75*. Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Lisboa, 23 de fevereiro de 2010.