

ESTUDOS

DOUTORAMENTO & MESTRADO

ANA RAQUEL RIBEIRO

**ASPETOS JURÍDICOS DA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM***

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

11

SÉRIE M

página deixada propositadamente em branco



I
•
J

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

publicacoes@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-64-8

© MAIO 2020

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS
Doutoramento
& Mestrado

ANA RAQUEL RIBEIRO

ASPETOS JURÍDICOS DA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*

INSTITUTO ▴ IVRÍDICO

ASPETOS JURÍDICOS DA PROCRIAÇÃO
MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*

Ana Raquel Ribeiro

RESUMO: O tema da reprodução *post mortem* continua a ser debatido na doutrina, e muitos ordenamentos jurídicos continuam sem resposta para os problemas jurídicos aqui implicados. Pode uma pessoa dispôr do seu material genético após a sua morte? Podem os embriões criopreservados ser usados, morrendo um membro do casal? Tem a criança nascida nestes termos direitos sucessórios ou filiatórios em relação ao seu pai falecido? Estas são algumas das questões a que tentaremos dar resposta neste cenário em que a vida e a morte, dois temas antagónicos, estão intrinsecamente ligados.

PALAVRAS-CHAVE: reprodução *post mortem*; transferência de embriões; inseminação artificial; filho póstumo; material genético

LEGAL ASPECTS JURÍDICOS OF *POST MORTEM*
MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION

ABSTRACT: The subject of *post mortem* reproduction continues to be debated in the doctrine, and many legal systems still remain with no answer to the legal problems involved. Can a person provide her genetic material after her death? Can cryo-preserved embryos be used, when one member of the couple has died? Does the child born in this context have inheritance or filiation rights, with regard to their deceased father? These are some of the questions which we will try to give an answer to, in this scenario where life and death, two conflicting subjects, are intrinsically linked.

KEYWORDS: *post mortem* reproduction; embryo transfer; artificial insemination; posthumous child; genetic material

1. Procriação *post mortem*

A morte chega quando menos esperamos e destrói as expectativas e sonhos de uma vida, sendo um deles o desejo de procriar e de perpetuar o nosso legado genético. Com os avanços da medicina e da ciência, hoje já é possível criopreservar gâmetas e embriões para o seu uso após a morte.

A par dos sucessos na área de Procriação Medicamente Assistida (PMA), surgiram inúmeros conflitos ético-jurídicos complexos que ainda hoje persistem, ou por não haver resposta para eles, ou porque o fluxo de progressos científicos é mais célere do que o desenvolvimento do direito. No entanto, na nossa sociedade atual a procriação assistida é uma realidade, que veio abalar certas estruturas e dogmas fixos no campo do direito sucessório e da filiação. Torna-se necessário que o direito acompanhe os progressos científicos e as transformações sociais do século XXI.

Desta forma, com a possibilidade de criopreservação de gâmetas e embriões, promoveu-se um espaçamento físico e temporal, não sendo atualmente a morte de uma pessoa obstáculo para a procriação. No entanto, estas inovações não estão isentas de diversos problemas jurídicos por causa desta tentativa de superação do tempo e do espaço, enquadrando-se muitos deles no direito sucessório.

Esta nova realidade gerou múltiplas possibilidades nunca antes pensadas como, por exemplo, um casal que falece tragicamente deixando embriões criopreservados e um sonho de dar continuidade ao seu legado genético, ou ainda um homem que, devido a doença terminal, deixa o seu sêmen congelado para que a sua mulher possa continuar o projeto parental partilhado. Claro que estes casos não podem ser confundidos com a circunstância de o homem falecer logo depois de uma inseminação artificial ou

da transferência uterina de embriões, pois embora a criança nasça sem pai, em termos práticos estes são casos idênticos àqueles em que o homem morre logo após a reprodução natural, durante o período de concepção.

Ao falar das duas hipóteses de procriação *post mortem* — inseminação artificial e transferência embrionária — para uma abordagem mais célere e uma melhor exposição do tema, tratarei dos casos de procriação homóloga¹, ou seja, em que apenas são usados os gâmetas do casal, excluindo portanto os casos em que é o elemento feminino a falecer².

1.1. Inseminação Artificial *post mortem*

A inseminação *post mortem* consiste no uso de sémen de um homem que já faleceu³ para fertilização — tanto *in vitro*, como *in vivo* — com o fim de procriar. Utilizarei esta expressão tanto para os casos de inseminação intrauterina como para os casos de fertilização *in vitro* com posterior transferência embrionária.

Antes de mais, um dos problemas jurídicos que se coloca quando se discute a inseminação *post mortem* será a questão da classificação jurídica do material genético. Será o sémen uma *res* que poderá ser “objeto de relações jurídicas”, como dita o artigo 202.º/1 CC?

Quando esta questão é debatida, deparamo-nos com uma divisão doutrinal. Alguns autores defendem que o material genético é *coisa*, por estar destacado do corpo da pessoa, enquanto outros dizem ter *natureza pessoal*, por formar “potenciais pessoas” e por ser parte do indivíduo ainda que separado do seu corpo, existindo ainda quem

¹ A PMA *postmortem* heteróloga não está ainda tão aprofundada e levanta, consequentemente, um maior número de questões jurídicas.

² Por um lado, os vários regimes legais que permitem a procriação *postmortem* parecem apenas considerar a morte do elemento masculino, e por outro, com a morte do elemento feminino inevitavelmente se recorrerá a um terceiro elemento, sendo uma barriga de aluguer ou uma eventual nova companheira do marido, assunto até agora muito controverso em Portugal.

³ Seja retirando o sémen do corpo do homem previamente ao seu falecimento (encontrando-se este com uma doença terminal), seja imediatamente após a sua morte (é possível a recolha de sémen *postmortem*), ou ainda usando esperma criopreservado e disponibilizado ainda em vida pelo homem.

diz ser um “*tertium genus*”, entre *coisa* e *pessoa*⁴. Além disso, poderá ainda dizer-se que o sémen pode ser alvo de relações jurídicas, se se encontrar fora do corpo; isto é, como parte integrante do corpo este estará protegido, mas assim que separado do corpo este é “coisificado” e torna-se suscetível de relações jurídicas⁵.

Dito isto, pode concluir-se que o “desenvolvimento da genética reclama novos conceitos e instrumentos que exprimam o diferente poder exercido sobre os materiais genéticos”⁶. Portanto, intimamente relacionada com a classificação jurídica dos gâmetas, surge a questão da disposição do material genético, perguntando-se: Poderá o defunto dispor do seu sémen após a sua morte?

A personalidade jurídica de uma pessoa e a sua capacidade para ser sujeito de relações jurídicas cessa com a morte, como refere o artigo 68.º/1 cc. Contudo, existe uma “permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte”⁷, por efei-

⁴ Vera Lúcia RAPOSO. “Contratos de donación de gametos: regalo de vida o venta de material genético?”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, 37 (2012) 95-96.

Por exemplo, a propósito do reconhecimento da criopreservação privada de células estaminais como um contrato de depósito, María Olinda García defende a adoção de uma noção ampla do conceito de coisa, presente no artigo 202.º/1 cc. Pois, apesar de as células estaminais pertencerem ao “mundo das coisas”, dado que são parte do corpo, pertencem igualmente ao “mundo das pessoas”, por serem objeto de criopreservação. Além disso, como refere a mesma autora, se um dia for possível a criopreservação de seres humanos, uma pessoa pode ser considerada a “coisa” objeto do contrato. Desta forma, podemos estabelecer uma analogia entre as células estaminais e o sémen, e, tal como refere María Olinda García, adotar aqui extensivamente a definição jurídica de coisa, em vez de fazer uma divisão entre coisa e pessoa. *Vide* María Olinda GARCÍA. “A criopreservação privada de células estaminais. Um contrato de depósito?”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 5/9 (2008) 33 ss.

⁵ Distinção feita por María Cárcaba Fernández, dando o exemplo das unhas, cabelo, rins ou sangue que, separadas do corpo são objeto de relações jurídicas como é o caso de uma doação. María CÁRCABA FERNÁNDEZ. *Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona, 199. 71-72.

⁶ Daniella Aloise BORGES. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post-mortem: quadro geral e implicações sucessórias*, 2014, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Menção em Direito Civil.

⁷ Rabindranath Capelo de SOUSA. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora, 2011.

to do artigo 71.º/1 CC; ou seja, existe uma “tutela geral da personalidade do defunto”, mesmo que limitada, e, conseqüentemente, a sua “vontade objetivada” pode continuar a influenciar certas relações jurídicas mesmo após a morte, como será o caso das vontades e interesses do falecido expressas num testamento.

Questionamos: Será que o homem tem um direito de propriedade sobre o seu material genético, podendo dispor livremente do seu sémen em testamento? Por um lado, pode considerar-se que o material genético é propriedade de cada um⁸ e, podendo decidir o que faz dele, terá direito a dispor do mesmo. No entanto, se considerarmos que o sémen não é *coisa* em sentido estrito, tendo também uma certa natureza pessoal, este direito de propriedade terá uma “versão” diferente, será um direito mais limitado. Por outro lado, pode ainda pensar-se que não será necessário recorrer ao direito de propriedade para reconhecer um controlo ou domínio sobre o material genético de cada um, podendo apenas evocar o consentimento informado para ter o mesmo efeito. A pergunta que se faz é: Porque pode uma pessoa doar sémen ou fazer uso do mesmo através de técnicas de PMA, mas não ter direito a dispôr do mesmo após a sua morte, se existe uma perpetuação de certas vontades do defunto?

Apesar das várias opiniões possíveis a ter em conta, pode concluir-se que, se tomarmos uma posição intermédia acerca da classificação jurídica do sémen, a sua disposição após a morte pode não ser considerada nem totalmente censurada nem completamente permitida, isto é, tida como mais uma propriedade objeto de sucessão, partilhada entre os herdeiros. Pode, desta forma, ser vista como um ato de disposição *post mortem* limitado através do recurso ao consentimento informado, havendo um prazo razoável para utilização do sémen disposto.

⁸ Sobre o direito de propriedade de sémen ver: Bonnie STEINBOCK. “Sperm as property”. In John HARRIS / Soren HOLM, ed. *The future of human reproduction: ethics, choice, and regulation*. Oxford: Clarendon Press, 1998, em especial o comentário ao caso *Hecht v. Superior Court*, pp.150 a 152.

1.2. Transferência de embriões *post mortem*

A transferência de embrião *post mortem* dá-se quando o falecimento decorre após a inseminação, mas antes da transferência uterina do embrião, ou seja, os embriões encontram-se formados e criopreservados, mas a sua transferência dá-se após o elemento masculino ter falecido. Trata-se de um caso distinto da inseminação *post mortem*, porquanto o embrião já está criado⁹ e já existiu uma fecundação consentida.

Desde já, revela-se crucial a discussão da natureza desses embriões ainda não transferidos e a proteção jurídica que lhes deve ser proporcionada. Podemos ver que entre as várias correntes, os embriões tanto são vistos como coisa, como são tratados como um grupo de células, ou até mesmo reconhecidos como pessoas. Dada a complexidade desta definição, tanto a nível biológico como a nível ético-jurídico, torna-se difícil delinear o estatuto e a proteção jurídica a dar ao embrião. Contudo, analisando o direito, podemos ver que este acompanha o desenvolvimento do embrião até se tornar pessoa em sentido jurídico, pois, mesmo não lhe conferindo personalidade jurídica — dado que esta se adquire com o nascimento segundo o artigo 66.º/1 CC — é estabelecido um sistema de proteção da vida embrionária. Por outras palavras, o nosso ordenamento jurídico proporciona ao embrião uma certa tutela em diversas circunstâncias, reconhecendo-lhe uma certa expectativa de vida, isto é, prevendo que este gozará de personalidade jurídica a partir do momento do seu nascimento.

Apesar de existir o consentimento do progenitor para utilização do seu sémen em ordem à criação de um embrião, permanece a dúvida quanto à vontade do falecido de ter um filho mesmo após a sua morte, uma vez que “existe de facto uma diferença entre o consentimento para ser pai/mãe e o consentimento para ser pai/mãe após a morte”¹⁰. Assim, para além do estatuto jurídico a dar

⁹ Através de uma fertilização *in vitro*.

¹⁰ Vera Lúcia RAPOSO. “Até que a morte nos separe. Breve nota sobre a reprodução *post mortem* no caso de gestante em morte cerebral”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 15/29 (2018) 75.

ao embrião, discute-se quem tem legitimidade para tomar uma decisão sobre o seu destino¹¹. Esta situação resolver-se-ia deixando o falecido uma prévia autorização para transferência dos embriões e conseqüente perfilhação mesmo após a sua morte. No entanto, não existindo tal declaração de vontade, deve considerar-se que se reserva à parte sobrevivente o poder de decisão quanto ao destino dos embriões.

Por fim, a aceitação da transferência embrionária *post mortem* baseia-se essencialmente em três fundamentos: Antes de mais, a solução oposta seria a destruição dos embriões (salvo se se recorrer a uma doação de embriões); para além disso, considera-se que não existe qualquer desrespeito pelos direitos da pessoa falecida pois esta já deu o seu consentimento para o uso do seu material genético a fim de criar um embrião, sendo a morte vista como um imprevisto ocorrido durante o processo de PMA; finalmente, as expectativas de maternidade da mulher e o poder de que esta dispõe sobre os embriões já criados mantêm-se apesar da morte do homem, isto é, estão aqui em causa não apenas os gâmetas do elemento masculino mas também os do elemento feminino¹². Portanto, a aceitação desta prática permite a proteção de um “interesse de maior valia constitucional: a proteção do embrião concebido e a consagração de uma esperança de vida a esse ente humano”¹³.

¹¹ Revela ainda importância nesta matéria o destino dos embriões excedentários, contudo, por razões de celeridade não abordarei essa questão.

¹² Argumentos apresentados em: Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014. 125.

¹³ André Gonçalo Dias PEREIRA. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, 2012. Dissertação de Doutorado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1.3. Admissibilidade da procriação post mortem — Lei n.º 32/2006

Antes de mais, a problemática da procriação *post mortem*¹⁴ deve ser, invariavelmente, alvo de regulamentação, pois nenhuma questão relacionada com o nascimento de seres humanos deve ser deixada ao livre arbítrio de cada um¹⁵. Por sua vez, o ordenamento jurídico português dá uma solução a este tema controverso, podendo esta revelar-se, de certa forma, incompleta, como veremos mais à frente; tendo também a doutrina portuguesa fomentado, ainda que moderadamente, a discussão em torno de este tema.

Quanto à inseminação *post mortem*, devido à complexidade das questões jurídicas envolvidas, existem posições antagónicas na doutrina portuguesa quanto à sua admissibilidade, sendo esta, todavia, completamente proibida no nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 32/2006¹⁶. Como tal, os artigos 22.º e 23.º desta mesma lei não toleram a inseminação *post mortem*, mesmo existindo o consentimento do falecido, ditando a destruição do sémen do homem se este falecer durante o período de conservação. Todavia, esta proibição não é acompanhada de qualquer proteção penal ou contra-ordenacional e, apesar de a lei nada dizer a respeito do fenómeno sucessório, existe, no artigo 23.º, uma solução acerca dos vínculos de filiação da criança, no caso de esta vir a nascer por meio desta prática *contra legem*.

¹⁴ Note-se que, apesar do Parecer n.º 44 do CNECV (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida), de 2004, não se referir diretamente à procriação *post mortem*, diz-nos que as técnicas de PMA devem mostrar-se uma concretização de um projeto parental e devem “privilegiar o respeito pelo ser humano”. Esta reflexão do CNECV poderá refletir-se no caso concreto da admissibilidade da procriação *post mortem*.

¹⁵ Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 311.

¹⁶ Note-se que, entre os projetos que antecederam a nossa atual lei da PMA, foi aprovado pela Assembleia da República em 1999, o Decreto n.º 415/VII (resultante da Proposta de Lei n.º 135/VII), que permitia a inseminação *post mortem* desde que realizada nos três meses seguintes ao falecimento do homem e com a expressa autorização do mesmo, no seu artigo 18.º. No entanto, este diploma foi vetado pelo Presidente da República.

Quanto à transferência de embriões *post mortem*, embora não sendo livre de discussão, já conta com uma maior aceitação por parte da doutrina, pois o embrião já está formado. Por conseguinte, a lei n.º 32/2006 concretiza uma proteção jurídica dada ao embrião, permitindo, no seu artigo 22.º/3, a transferência embrionária *post mortem*, contrariamente ao caso da inseminação *post mortem*¹⁷. Será ainda importante salientar que o legislador dá um prazo de reflexão para que a mulher que se encontra de luto tome a melhor decisão, apesar de tal prazo não se encontrar definido na lei. Pode concluir-se, assim, que a lei portuguesa da PMA funda o regime legal no “momento da fecundação”, protegendo a vida embrionária, e parte ainda do pressuposto de que o falecido será sempre o elemento masculino¹⁸.

2. Cenário jurídico internacional

2.1. Direito Comparado

Vários ordenamentos jurídicos têm tentado dar uma resposta clara aos problemas impostos pela reprodução *post mortem*. No entanto, por um lado, existe um vazio legislativo por parte de alguns ordenamentos, e por outro, mesmo havendo regulamentação específica para este problema de PMA (como é o caso português), é comum não existir ainda uma resposta definida a algumas das questões jurídicas complexas impostas, como por exemplo quanto aos direitos hereditários da criança, filha do falecido.

A resolução dada às questões jurídicas suscitadas pela PMA divide o cenário jurídico internacional em dois modelos: o “modelo restritivo de regulação” e o “modelo liberal de regulação”¹⁹, sendo importante referir que, dada a existência de tal discrepância de

¹⁷ Tal como é referido no ponto n.º 19 do Parecer n.º 44 do CNECV, de 2004, todo o embrião humano tem direito à vida e ao desenvolvimento.

¹⁸ Vera Lúcia RAPOSO / Eduardo DANTAS “Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 7/14 (2010) 90.

¹⁹ Divisão feita em: Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 318 s.

regimes, o fenómeno do turismo reprodutivo é comum no espaço internacional; isto é, assiste-se a um fenómeno de migração para países com regimes mais liberais para a prática de técnicas proibidas no país de origem.

Quanto aos regimes mais restritivos encontramos, por exemplo, o ordenamento jurídico alemão que proíbe a inseminação artificial *post mortem* e pune até três anos de prisão ou multa quem fecunde um óvulo com o sêmen de um homem após a sua morte²⁰, ao contrário do que acontece em Portugal, em que não existe uma tutela penal para estes casos. Outro exemplo de um regime restritivo será o italiano, em que as técnicas de PMA somente são acessíveis a duas pessoas de sexo oposto, ambas vivas²¹, vedando assim o acesso à PMA *post mortem*. Temos ainda o exemplo francês, que proíbe ambas as técnicas de procriação *post mortem*, exigindo para aceder às técnicas de PMA que estejam ambos “vivants”²². No entanto, a proibição da transferência de embrião *post mortem* conta ainda com a contestação por parte de alguns, como é o caso do *Comité Consultatif National d’Étique*.

Se atendermos agora aos regimes mais liberais, temos, antes de mais, o exemplo britânico que, de acordo com o *Human Fertilization and Embryology Act*, permite a procriação *post mortem*, reconhecendo a paternidade ao falecido²³. Temos ainda o exemplo do nosso país vizinho, Espanha, que permite a inseminação artificial *post mortem* tanto para cônjuges como para unidos de fato, desde que feita nos 12 meses seguintes ao falecimento do homem, pressupondo o devido consentimento. Para além disso, reconhece ainda o consentimento presumido para a transferência de embriões *post mortem*²⁴. Por fim, pode referir-se o exemplo do regime brasileiro, em que não existe legislação específica sobre esta matéria, sen-

²⁰ *EschG*- Lei alemã de 1990 sobre a proteção do embrião

²¹ “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”- Legge 19 febbraio 2004, n. 40.

²² *Code de la santé publique*— articles L2141-1 à L2141-12.

²³ Apenas a partir de 2003, aquando da *Human Fertilization (and Deceased Fathers) Bill*, se atribui a paternidade ao falecido.

²⁴ Trata-se do famoso artigo 9º da *ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*

do necessário “tomar decisões a partir da interpretação de vários elementos existentes no ordenamento jurídico brasileiro”²⁵. Assim, está previsto na Resolução 1.957/10²⁶, no número VIII, que “Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”; note-se: não existindo qualquer prazo. Para além disto, apesar de haver uma presunção de paternidade para estes casos no artigo 1597.º do Código Civil brasileiro, existe um vazio legislativo quanto aos direitos sucessórios do filho do falecido.

2.2. Case studies da jurisprudência europeia

Ao longo dos anos, foram surgindo casos em toda a Europa que levantaram as mais variadas questões jurídicas atinentes à procriação *post mortem*. Neste ponto, é importante notar que o ordenamento que conta com mais decisões judiciais nesta matéria é o francês, ainda que nem sempre sejam no mesmo sentido²⁷.

Antes de mais, na década de 80, deparamo-nos com o célebre caso *Parpalaix*²⁸, em que uma viúva, com o intuito de ser inseminada, reclamava a entrega do sémen do marido falecido a um banco de esperma, onde este o havia depositado assim que foi informado que padecia de cancro nos testículos.

A decisão positiva do tribunal baseou-se em duas grandes questões: Primeiro, considerou-se que o facto de o defunto ter feito tal depósito configuraria uma autorização tácita para o seu uso após a morte, ajudando a circunstância de este se ter casado com a sua mulher dias antes de falecer. Esta pretensão encontrou também acolhimento no facto de o banco de esperma não ter informado o seu cliente de que o respectivo material genético não seria devolvido caso viesse a falecer. Para além disso, foi ainda debatida a questão da

²⁵ Vera Lúcia RAPOSO / Eduardo DANTAS “Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*”. 90.

²⁶ Resolução do Conselho Federal de Medicina.

²⁷ Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 122.

²⁸ Decisão do *Tribunal de Grande Instance de Creteil*, de 1 de Agosto de 1984

qualificação jurídica do contrato em causa, sendo que o tribunal o classificou como um contrato *sui generis* de finalidades terapêuticas, rejeitando tanto o regime dos contratos de doações de órgãos, como o regime dos contratos de depósito, pela razão de o sémen não ser nem um órgão nem uma coisa passível de tal contrato.

Temos ainda, na década de 90, o caso *Blood*²⁹, considerado um dos casos principais em matéria de inseminação artificial *post mortem* até aos dias de hoje. O casal Blood tinha iniciado um tratamento reprodutivo e, antes de poder ter dado o seu consentimento escrito para utilização dos seus gâmetas, o Sr. Blood entrou em coma. Apesar de ele nunca mais ter voltado a acordar, para levar a cabo o projeto parental partilhado, a Sra. Blood ordenou que o sémen do seu marido fosse extraído antes de ele morrer. O procedimento ocorreu, mesmo com a oposição da *Human Fertilisation Embriology Authority*, que afirmava que a recolha de esperma não respeitava os requisitos legais, em particular o consentimento expresso do Sr. Blood. Consequentemente, negou a realização da inseminação *post mortem*, tal como negou o transporte do material genético do defunto para um outro país onde esta prática estivesse legalizada.

A Sra. Blood recorreu aos tribunais ingleses e apelou ao regime europeu da livre prestação de serviços (artigos 49.º e segs. do Tratado de Roma) para fundamentar a “exportação” do sémen do marido. Apesar da relutância do *High Court* em permitir indiretamente a violação da lei nacional, o *Court of Appeal* deu preferência aos princípios comunitários basilares que asseguram o direito de receber serviços médicos em qualquer país da União Europeia. O transporte do sémen do Sr. Blood foi autorizado e, em 1998, na Bélgica, Diane Blood concebeu um filho.

Finalmente, e ao contrário dos casos anteriores, temos um caso paradigmático em matéria de transferência de embriões *post mortem*, ocorrido nos anos 90 em França, conhecido como o caso da “viúva de Toulouse”³⁰. Foi recusado o pedido de transferência de

²⁹ Caso *Regina v. Human Fertilisation and Embriology Authority, ex parte Blood* (1997) 2 AllER687, *Court of Appeal*.

³⁰ *Tribunal de Grande Instance de Toulouse*, decisão de 11 de Maio de 1993; *Cour d'Appel de Toulouse*, decisão de 18 de Abril de 1994.

embriões criopreservados a uma viúva, após o falecimento do marido, ditando os tribunais franceses a destruição dos mesmos. Esta decisão foi tomada com base no argumento de que o contrato de PMA aqui celebrado estabelecia que os embriões apenas poderiam ser transferidos se houvesse o consentimento e a presença de ambos, o que não acontecia neste caso e, por essa razão, não estavam preenchidos os requisitos legais exigidos. Esta decisão foi ainda corroborada pelo *stress* sentido por parte da viúva com a morte do marido, situação que prejudicaria um eventual ambiente familiar.

2.3. ONG “New Family organization”³¹

Atualmente, já é possível fazer-se, em Israel, o chamado “testamento biológico”. Esta inovação legal israelita consiste num testamento para uma doação *post mortem* de gâmetas ou embriões, tanto aquando da morte de apenas um membro do casal, como aquando da morte de ambos os membros. O projeto desta ONG de um banco de testamentos biológicos, já conta com vários casos e foi fundado com base no direito de constituir família, a fim de ajudar famílias a construírem o seu legado genético.

3. Aspectos jurídicos da procriação *post mortem*

3.1. A questão do consentimento

Na procriação medicamente assistida *post mortem* é fundamental a questão do consentimento prestado pelo falecido a respeito da sua vontade reprodutiva. O consentimento, sendo um negócio jurídico ou um ato jurídico em sentido estrito, recai sobre um “bem pessoal e disponível”, não podendo ofender a ordem pública ou os bons costumes. Para além disso, deve ser um consentimento livre e informado³².

Será, desta forma, possível o falecido dispor do seu sémen atra-

³¹ <<http://www.newfamily.org.il/en/biological-wills/>>. Acesso em: 20 Dez. 2018.

³² Cfr. André Gonçalo Dias PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 129-141.

vés do seu consentimento? Quanto aos casos de inseminação *post mortem* a resposta é negativa, pois esta prática é proibida. Já nos casos de transferência de embriões a resposta é afirmativa, sendo necessário um consentimento escrito, como prevê o artigo 22.º/3 da Lei n.º 32/2006. No entanto, aqui colocam-se algumas questões relacionadas com a inflexibilidade do nosso regime.

Primeiramente, no que toca à transferência de embriões *post mortem*, e tal como foi referido anteriormente, questiona-se se do consentimento prestado para iniciar o processo de procriação assistida se pode presumir o consentimento para transferência dos embriões após a morte do elemento masculino, tal como está regulado no nosso país vizinho³³.

Para além disso, no que diz respeito à inseminação *post mortem*, apesar de esta ser rotulada como atentado contra a integridade física e moral do falecido, tudo mudaria se existisse a possibilidade de o falecido autorizar previamente o uso do seu sémen através de um consentimento expresso, tal como está previsto na lei espanhola. Este consentimento seria assim uma “manifestação de vontade inequívoca decorrente, da declaração correspondente do paciente através de um meio direto e explícito”³⁴, que na maior parte das vezes é a forma escrita³⁵. No entanto, muitas vezes a pessoa é impossibilitada de consentir, por exemplo, morrendo inesperadamente. Por isso, discute-se se se poderá admitir, para estes casos, um consentimento presumido³⁶, aceitando-se outras manifestações da vontade do falecido, como por exemplo o testemunho de algumas pessoas, ou ainda, admitindo excepcionalmente, um consentimento implícito no caso de o falecido ter depositado o seu sémen num banco. Caso o defunto não deixe nenhuma manifestação, nem expressa nem implícita, a recolha e/ou uso de

³³ Vide Artículo 9.º/2, Ley 14/2006.

³⁴ André Gonçalo Dias PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. 478.

³⁵ Como se pode ver pelo artigo 14.º da lei n.º 32/2006, é este o consentimento exigido em Portugal para as técnicas de PMA. Sendo ainda de notar que este é livremente revogável.

³⁶ Este, apesar de ser discutido, não é aceite pela lei espanhola, cingindo-se esta ao consentimento escrito.

sémen do defunto não deveria ser permitida, pois aí estaríamos, verdadeiramente, perante uma violação dos direitos do falecido, nomeadamente, uma violação da sua dignidade e da intangibilidade da sua imagem, que se conservam após a morte.

Portanto, se no futuro, o regime português vier a ser flexibilizado, passando o homem a poder dispôr do seu sémen após a morte, uma boa solução passaria por admitir este ato de disposição — respeitados certos requisitos³⁷ — como um prazo determinado e a vontade expressa do falecido declarada por escrito³⁸, tal como está previsto para a *living will*³⁹, não obstante poderem ser aceites certas exceções a este requisito formal, acima já discutidas. Outra solução viável seria inserir uma cláusula nos formulários de consentimento que antecedem qualquer processo de reprodução assistida, que permitisse manifestar a vontade do elemento masculino quanto ao uso do seu sémen ou quanto à transferência embrionária caso este viesse a falecer⁴⁰.

3.2. Filiação

Entramos agora na problemática jurídico-familiar suscitada pela reprodução *post mortem*. O estabelecimento da filiação é o reconhecimento jurídico da condição de pai ou de filho de certa pessoa, tendo como princípio dominante o “superior interesse da criança”. Esta definição é de tal modo complexa que se divide nas vertentes jurídica, biológica e sócio-afetiva.

Com o desenvolvimento da medicina reprodutiva surgiram novas dificuldades no campo da filiação, nomeadamente a respeito da filiação de filho póstumo. Problemas estes que não se viram resolvidos pela Lei n.º 32/2006, que trouxe numerosas lacunas,

³⁷ Requisitos dados em: Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 121.

³⁸ Decorrente do princípio da autonomia, este consentimento pode ir de acordo com as regras estabelecidas no ponto n.º 14 do Parecer n.º 44 do CNECV, de 2004.

³⁹ Sobre a *living will*, vide André Gonçalo Dias PEREIRA. “Advance Directives: Binding or Merely Indicative: Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation”. *European Journal of Health Law* 16/2 (2009).

⁴⁰ Solução dada por Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 128.

entre elas a constituição do vínculo filiatório do filho nascido após a morte do pai. Em particular, pode ver-se que o nosso legislador fez surgir algumas dúvidas quando, ao proibir a inseminação *post mortem*, ofereceu uma solução quanto ao estabelecimento da paternidade; por seu turno, quando permitiu a transferência embrionária *post mortem* não fez referência ao estabelecimento de qualquer vínculo filiatório⁴¹.

Por um lado, quanto à transferência de embriões após a morte do pai, questiona-se se o consentimento dado para tal processo servirá também para o reconhecimento da paternidade do filho póstumo. Por outro lado, no que diz respeito à inseminação *post mortem*, apesar da sua proibição, a lei estabelece que, se nascer uma criança fruto desta prática *contra legem*, será reconhecida como filha do falecido. No entanto, este reconhecimento não acontece se, à data da inseminação, a mulher for casada ou viver em união de facto há mais de dois anos com outro homem. Para além de se questionar a coerência e rigor desta norma, pergunta-se ainda se este reconhecimento da paternidade, seja qual for o processo de procriação *post mortem*, acontecerá caso não exista qualquer consentimento por parte do falecido, ou até mesmo por parte do novo companheiro, pois estes artigos não se mostram esclarecedores⁴². Em ambas as hipóteses, independentemente do uso de uma técnica de PMA não conforme às regras do nosso ordenamento jurídico, deve sempre proceder-se ao estabelecimento da filiação da criança nascida por esse meio⁴³. No entanto, o biologismo, apesar de determinante no direito da filiação português — em virtude da reforma de 1977 — não é o único fator que importa para o estabelecimento da paternidade nestes casos; a vontade, por si só, é também um elemento essencial. Assim, a discussão permanece: deve nestes casos dar-se prioridade à verdade biológica como um direito da criança à sua identidade pessoal e genética, ou deve a

⁴¹ Vide Artigo 23.º da lei n.º 32/2006.

⁴² Questão discutida em Sandra Marques MAGALHÃES. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 114 ss.

⁴³ Jorge Duarte PINHEIRO. *O direito da família contemporâneo*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

criança ficar sem pai devido à ausência de consentimento? Ou ainda, deverá dar-se prioridade à filiação sócio-afetiva do novo companheiro da mulher?

Para além destas dúvidas deixadas pela Lei n.º 32/2006, existem, no nosso ordenamento jurídico, três modos de estabelecimento da paternidade, mas nem todos poderão ser aproveitados para a filiação no campo da PMA *post mortem*. Primeiramente, está prevista nos artigos 1826.º e segs. CC a presunção “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”, que cessa, segundo o artigo 1829.º, caso o filho nasça posteriormente aos 300 dias que se seguem ao fim do período de coabitação dos cônjuges, que neste caso é marcada pela morte do homem. Contudo, o filho concebido através da procriação *post mortem*, nasce, indubitavelmente, passados os 300 dias da morte do pai, o que impossibilita o uso desta presunção para estabelecer a paternidade do filho póstumo. Para além desta presunção, existe a possibilidade de reconhecimento voluntário através da perfilhação, prevista nos artigos 1849.º e segs. CC. Contudo, o artigo 1855.º refere que esta só é válida se for feita posteriormente à concepção, o que impede o uso deste reconhecimento na PMA *post mortem*, dado que a concepção é posterior à morte do pai⁴⁴. A opção que nos resta seria o reconhecimento da paternidade por meio de uma ação de investigação da paternidade, prevista nos artigos 1869.º e segs. CC.

Pode concluir-se que as lacunas deixadas na nossa lei da PMA quanto ao estabelecimento da filiação devem ser preenchidas. Assim, havendo também uma alteração na lei em que se admita, tanto a transferência de embriões como a inseminação *post mortem*, uma melhor abordagem para o problema do estabelecimento da paternidade nestes casos traduzir-se-ia em aceitar o consentimento com um propósito duplo⁴⁵: o de manifestação da vontade reprodutiva do defunto e conseqüente admissão da procriação *post mortem*; e o

⁴⁴ Há no entanto alguma discussão quanto ao momento da concepção pois alguns autores acreditam que com o embrião criopreservado já houve concepção e outros argumentam que apenas quando for transferido é que ocorre a concepção.

⁴⁵ Tal como se previa no artigo 19.º do Decreto n.º 415/VII (resultante da Proposta de Lei n.º 135/VII) que foi aprovado pela Assembleia da República em 1999, no entanto vetado pelo presidente da república.

de constituição do vínculo filiatório; mais uma vez, uma solução adotada pelo ordenamento jurídico espanhol⁴⁶. Por fim, é de notar que o nosso Código Civil não está adaptado às novas realidades da medicina reprodutiva. Por isso, é também sugerida uma alteração aos modos de estabelecimento da paternidade, de forma a abranger a PMA *postmortem*, através de, nomeadamente, uma presunção de paternidade⁴⁷ ou de uma perfilhação de filho póstumo por testamento.

3.3. *Direitos Sucessórios*

As questões discutidas acerca da filiação do filho póstumo estão fundamentalmente relacionadas com a discussão acesa da sucessão na PMA *post mortem*, visto que, os filhos do *de cuius*, tal como o cônjuge, são as “personagens principais” do fenómeno sucessório. Daí que, reconhecida a paternidade do falecido, não se vê outra solução senão a de que a criança nascida após a morte do seu progenitor conquiste plenamente o estatuto jurídico de filho e disponha de direitos sucessórios, para respeitar o princípio geral de não discriminação entre filhos. Contudo, este princípio não parece ser respeitado pela Lei n.º 32/2006, que pouco nos diz relativamente à filiação do filho póstumo, e não se pronuncia sequer a respeito de qualquer direito hereditário que este venha a ter. É, assim, necessário analisar uma solução sucessória para estes casos não previstos, até hoje, nem na Lei da PMA nem no nosso Código Civil.

Antes de mais, o Direito das Sucessões regula as transmissões *mortis causa* das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida aos seus herdeiros ou legatários. Este fenómeno está regulado no Livro V do Código Civil e pauta-se por valores de certeza e segurança jurídicas. Consequentemente, é no momento da abertura da sucessão (artigo 2031.º CC), isto é, com a morte do seu autor, que se analisam os pressupostos da vocação sucessória presen-

⁴⁶ Cfr. María CÁRCABA FERNÁNDEZ. *Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación*. 85 e s.; Tal como se pode ver pelo artigo 9.º/2 e 3 da Ley n.º 14/2006, de 26 de mayo, em Espanha, seja dentro ou fora do matrimónio, o consentimento do homem vale também para a produção de efeitos filiatórios, utilizando-se sempre os expedientes necessários para a estabelecimento da paternidade.

⁴⁷ Como a presunção do Artigo 1597/III do código Civil Brasileiro.

tes no artigo 2032.º. Deste modo, apenas é chamado à sucessão quem tem a “necessária capacidade”, definida pelo artigo 2033.º do mesmo diploma. Ora, é aqui que entra a profunda discussão acerca da capacidade sucessória do filho nascido após a morte do pai. Enquanto o artigo 2033.º/1 atribui uma capacidade sucessória geral aos nascituros concebidos, quer no campo da sucessão legal quer no campo da sucessão voluntária, por sua vez, a alínea *a*) do número 2 deste mesmo artigo atribui apenas uma capacidade sucessória limitada aos nascituros não concebidos, isto é, os concepturos, restringindo-os à sucessão testamentária ou contratual. Aqui, de acordo com a letra da lei, “o filho sucede se tiver sido contemplado com uma liberalidade testamentária ou contratual, na qualidade de descendente do membro sobrevivente do casal”⁴⁸.

Com isto, é para nós claro que o filho nascido por meio de uma inseminação *post mortem* só poderá ser considerado concepturo, dado que este não foi concebido antes da morte do pai; o pai apenas deixou o seu sémen. Contudo, o debate surge quando se pergunta se o embrião já concebido mas criopreservado é considerado nascituro ou um mero concepturo, podendo apenas usufruir da sucessão testamentária. A solução mais adequada seria a que nos dá Guilherme de Oliveira, ao referir a importância do conceito de *implantação uterina*, considerando apenas capazes para uma sucessão geral os nascituros concebidos e implantados, visto que esta norma do Código Civil não foi pensada para incluir os embriões criopreservados⁴⁹. De qualquer forma, como pode um nascituro, concebido ou não, ter capacidade para suceder? Tem essa capacidade porque, apesar das várias teses quanto à condição jurídica dos nascituros, segundo o artigo 66.º/2, o nascituro goza de uma certa “tutela geral juscivilística”, preparando-o para a aquisição de personalidade jurídica aquando do seu nascimento⁵⁰.

Note-se, no entanto, que a vocação sucessória destes concepturos

⁴⁸ Jorge Duarte PINHEIRO. *O direito da família contemporâneo*. 205, nota 471.

⁴⁹ Guilherme Freire Falcão de OLIVEIRA. “O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º Extraordinário (2006)160.

⁵⁰ Sobre isto *vide* Rabindranath Capelo de SOUSA. *O direito geral de personalidade*, 361 e s.

só se concretiza com o momento do seu nascimento, não deixando de criar dificuldades a nível da administração da herança. Segundo o artigo 2240.º CC, à herança deixada em testamento a concepturos aplica-se o disposto para o regime de administração da herança sob condição suspensiva⁵¹, para que fiquem protegidos os direitos dos filhos que eventualmente nasçam depois da partilha.

Por outro lado, põe-se ainda em questão se estes filhos nascidos após a morte do pai poderão fazer uso do instituto da “petição da herança”, presente no artigo 2075.º CC. Porém, tal como refere Guilherme de Oliveira, este instituto tem o propósito de servir os herdeiros que foram injustamente esquecidos, o que não é o caso, pois ao filho póstumo não é concedida capacidade sucessória, nos termos do artigo 2033.º/1 CC⁵².

Em jeito de conclusão, não existe razão para negar aos filhos póstumos direitos sucessórios, mesmo que não exista consentimento do defunto para a procriação *post mortem* ou que esta prática seja contra a lei, sob pena de violar o princípio da igualdade concretizado nos artigos 36.º/4 e 13.º/1 CRP. Para que, deste modo, não exista uma desigualdade entre os filhos do falecido, e enfatizando uma vez mais a admissão no futuro de ambos os processos de procriação *post mortem*, deverá admitir-se extensivamente a capacidade sucessória geral do artigo 2033.º/1 CC aos concepturos nascidos por meio destas práticas, ficando a herança jacente até ao seu nascimento. Mesmo assim, se não existir um prazo fixo na lei⁵³, poderá falar-se numa insegurança jurídica decorrente de uma partilha indeterminadamente indefnida. Logo, para prevenir os restantes herdeiros de uma incerteza jurídica permanente, deveria também ser imposto um limite temporal para a procriação *post mortem*, funcionando este como condição suspensiva ou resolutive para a partilha da herança.

⁵¹ Havendo quem sustente que deveria aplicar-se uma partilha sob condição resolutive.

⁵² Guilherme Freire Falcão de OLIVEIRA. “O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética”.160.

⁵³ Esta ausência de prazo fixo verifica-se atualmente para a transferência de embriões *post mortem*.

4. Argumentos contra e a favor da procriação *post mortem*

Como tivemos oportunidade de comprovar, atualmente o tema da reprodução *post mortem*, mais concretamente da inseminação *post mortem*, é objeto de muita discussão, dado que, apesar de a procriação *post mortem* ser defendida por muita gente, também são tecidas inúmeras críticas à sua admissibilidade por parte de vários autores.

Primeiramente, com a procriação *post mortem* encontramos-nos perante uma procriação medicamente assistida de “pura conveniência”, isto é, um método alternativo de procriação, e não perante um método subsidiário, com uma finalidade terapêutica, como é referido no artigo 4.º/1 da lei da PMA enquanto condição de admissibilidade. Nas palavras de André Dias Pereira, a morte não constitui “uma impossibilidade patológica de procriar à qual conviria remediar medicamente”⁵⁴. No entanto, hoje existem já várias práticas que fogem à finalidade terapêutica original da PMA e que entram no campo do simples desejo de procriar; atualmente, de acordo com o artigo 6.º/1 da Lei nº32/2006, já é permitido às mulheres que não possuem qualquer parceiro serem beneficiárias de técnicas de procriação medicamente assistida. Pode eventualmente comparar-se este caso ao cenário da reprodução após a morte do companheiro, dado que as mulheres viúvas passarão também pelo processo sozinhas, com a única diferença de o material genético ser proveniente do seu parceiro agora falecido.

Para além disso, argumenta-se também que estas técnicas desrespeitam os direitos do homem que faleceu, atentando contra a sua dignidade⁵⁵. Contudo, como já foi visto, apesar de por vezes não ser possível ao elemento masculino dar uma autorização para uso do seu material genético antes de falecer, o procedimento habitual seria este dar o seu consentimento, de forma a que o uso do seu sémen não seja visto como uma violação aos seus direitos.

⁵⁴ André Gonçalo Dias PEREIRA. *Direitos dos pacientes*. 319.

⁵⁵ Comentado em: Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 127-128.

Na sede desta oposição à procriação *post mortem*, André Dias Pereira apresenta-nos o argumento de que a ordem jurídica deve respeitar o “princípio da finitude e da continuidade cronológica das gerações”, que são tidos como princípios “ontoantropológicos definidores da humanidade”⁵⁶. Isto é, esta prática vem quebrar os limites estabelecidos entre a vida e a morte e a própria estrutura cronológica da filiação. No entanto, por um lado, a procriação após a morte do homem em nada impede a continuação cronológica da descendência; pelo contrário, contribui para a mesma. Por outro lado, a certeza da finitude do Homem não vem afetar juridicamente o eventual filho que possa existir após a sua morte.

Outro argumento frequentemente utilizado no combate contra a procriação *post mortem* é o eventual interesse puramente económico da viúva, isto é, o proveito que a mulher poderá vir a ter dos direitos sucessórios atribuídos ao seu filho. Apesar de este motivo poder existir, não será, com certeza, a razão fundamental que leva uma mulher viúva a recorrer a este processo. Para além disto, a maior parte das vezes a mulher vê-se como uma simples administradora da herança deixada ao filho.

Por fim, um argumento de oposição à procriação *post mortem* que se pensa ser de enorme peso será a violação dos direitos da criança que irá nascer por meio destas técnicas. Por um lado, pode revelar-se uma violação ao direito à identidade pessoal e genética da criança, dado que esta nascerá orfã e nunca conhecerá o seu pai⁵⁷. Por outro lado, o recurso a este processo de procriação pode ser visto como uma “secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos seus progenitores”⁵⁸. Defende-se, desta forma, que existe um conflito de interesses: por um lado o interesse da mulher viúva em concretizar o projeto parental partilhado com o seu companheiro, e por outro o interesse da criança em ter dois pais. Todavia, discute-se se existe realmente um prejuízo para a criança ao nascer sem pai, dado que a opção contrária seria nem sequer nascer; então, o dilema que se põe “é viver sem um pai ou

⁵⁶ André Gonçalo Dias PEREIRA. *Direitos dos pacientes*. 319.

⁵⁷ Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 126.

⁵⁸ Jorge Duarte PINHEIRO. *O direito da família contemporâneo*. 195.

nem sequer viver”⁵⁹. Mais ainda, julga-se que a circunstância de a criança nascer órfã pode levar a perturbações no bem estar da criança. Contudo, atualmente, há cada vez mais casos de famílias monoparentais⁶⁰, tendo como exemplo famílias resultantes de divórcios, inseminações de mulheres sem parceiro ou até mesmo famílias em que o pai morre repentinamente durante a gravidez da mãe. Estes exemplos são frequentemente comparados ao das famílias monoparentais que resultam de um processo de procriação *post mortem*; porém, até há quem diga que “é melhor um pai ausente do que um pai que morre tragicamente e de repente”⁶¹. Assim sendo, hoje entende-se que a monoparentalidade não afeta o bem estar de uma criança, as famílias biparentais podem também criar um ambiente frágil e danoso para a mesma. Ou seja, não é o facto de a criança ter dois pais ou apenas um que vai prejudicar o ambiente saudável em que esta deverá crescer, mas sim fatores diversos. Por isso, consideramos que a “biparentalidade tradicional” se mostra ultrapassada, e já não é necessariamente a regra na nossa sociedade atual.

Conclui-se portanto que esta oposição à procriação *post mortem* a fim de proteger os interesses da criança é um argumento bastante contestável porque, apesar de o bem-estar da criança ser importante, não é, como constatámos, inviabilizado pela circunstância de esta nascer sem pai. Assim sendo, temos que a proibição da procriação *post mortem* não protege efetivamente os direitos da criança, apenas previne a criança de nascer⁶².

Por oposição aos argumentos que sustentam a proibição da procriação *post mortem*, encontram-se ainda argumentos relevantes a favor de tais práticas⁶³. Primeiramente, alguns autores estabe-

⁵⁹ Bonnie STEINBOCK. “Sperm as property”, 155.

⁶⁰ Sobre este tema *vide* Guilherme Freire Falcão de OLIVEIRA. “Transformações do Direito da Família”. Separata de: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 775-776.

⁶¹ Natália Batistuci SANTOS / Lydia Neves Bastos Telles NUNES. “Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Buru, 41/48 (jul/dez. 2007), 271.

⁶² Bonnie STEINBOCK. “Sperm as property”, 155-158.

⁶³ Apresentados em: Vera Lúcia RAPOSO. *O direito à imortalidade*. 130.

lecem uma analogia entre a utilização de gâmetas de um homem falecido e a doação *post mortem* dos seus órgãos; porém, esta comparação é facilmente contestável pelo simples facto de o sémen não ser um órgão. Para além disso, também é sustentado por alguns autores que existe alguma semelhança entre a PMA *post mortem* e os cenários de gravidezes que não são interrompidas quando o pai morre; contudo, mais uma vez, não é uma analogia pertinente. Pelo contrário, um argumento de grande valor consiste no respeito pela vontade do falecido por si expressa.

Por fim, importa referir o argumento mais usado para justificar a admissibilidade da procriação *post mortem*, que passa pelo desejo de ter um filho biológico com a “pessoa amada”, seja fruto de um direito fundamental a constituir família, seja como tentativa de “prolongar a vida” do homem falecido e obter consolação, seja por respeito aos desejos do seu companheiro ou ao projeto parental partilhado, ou até mesmo, para dar continuidade ao legado genético do defunto. A verdade é que o desgaste físico e psicológico em submeter-se a este processo mostrará o amor e o desejo em conceber esta criança.

5. Notas finais

Com o crescente desenvolvimento da medicina reprodutiva é hoje permitido conceber um filho mesmo após a morte dos seus progenitores. Sendo assim, acreditando ser necessário que o direito acompanhe as mudanças sociais e os avanços na ciência médica, e tendo em conta que os problemas relacionados com a esterilidade não devem ser a única causa para recorrer às técnicas de PMA, não só deveria ser permitida a transferência de embriões póstuma como deveria ser legalizada a inseminação *post mortem*.

Contudo, esta não é a realidade portuguesa e, como viemos a constatar, a Lei n.º 32/2006 não veio resolver todos os problemas relacionados com a procriação assistida, deixando algumas questões por responder no campo da procriação *post mortem*, tanto ao nível do estabelecimento da filiação e a nível sucessório, como no que respeita ao consentimento.

Como pudemos analisar, existe hoje em dia uma grande discussão em torno desta admissibilidade, existindo argumentos tanto poderosos como frágeis de ambos os lados. Todavia, é importante frisar, de novo, que quando pensarmos que a orfandade prejudicará o bem estar da criança pensemos que “o mal de crescer sem um pai não iguala o mal de nem sequer nascer”⁶⁴. Consequentemente, e como tenho vindo a referir, deveríamos repensar a abordagem portuguesa ao tema da procriação *post mortem* e apoiar-nos no exemplo do nosso país vizinho⁶⁵, admitindo ambas as práticas de procriação póstuma.

Numa reflexão sobre um novo tratamento a dar à reprodução *post mortem* deveria ter-se em conta uma condição de igualdade de tratamento de filhos do falecido, tanto reconhecendo-lhes a paternidade mediante o consentimento do pai para tais práticas como reconhecendo direitos sucessórios a tais filhos póstumos, passando estes a possuir, não apenas uma capacidade sucessória testamentária, mas uma capacidade sucessória geral. Mais ainda, deve reexaminar-se a questão do consentimento, por forma a dar resposta a muitas questões suscitadas neste tema tão complexo. Por fim, deve ter-se também em atenção um eventual prazo fixo para o recurso a tal processo, de maneira a que não se crie uma situação de instabilidade jurídica.

Pode assim concluir-se que o Direito não deve atrapalhar a evolução constante da ciência e da medicina. Por outras palavras, “Legisla-se de uma forma flexível, informada e despreconceituosa”⁶⁶.

⁶⁴ *Tribunale di Palermo*, decisão de 8 de Janeiro de 1999.

⁶⁵ *Vide* artigo 9º da *ley 14/2006, de 26 de mayo*.

⁶⁶ Carlos Pamplona CORTE-REAL. “Os Efeitos Familiares e Sucessórios (P.M.A.)”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. António Menezes CORDEIRO / Luís Menezes LEITÃO / Januário da Costa GOMES, org. Coimbra: Almedina, 2002. 362.

Bibliografia

- BORGES, Daniella Aloise. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*, 2014, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Menção em Direito Civil.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona. “Os Efeitos Familiares e Sucessórios (P.M.A.)”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. António Menezes CORDEIRO /Luís Menezes LEITÃO /Januário da Costa GOMES, org. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona, 1995.
- GARCIA, Maria Olinda. “A criopreservação privada de células estaminais. Um contrato de depósito?”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 5/9 (2008).
- MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. “O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º Extraordinário (2006).
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. “Transformações do Direito da Família”. Separata de: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. “Advance Directives: Binding or Merely Indicative: Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation”. *European Journal of Health Law* 16/2 (2009).
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, 2012. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*, 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- RAPOSO, Vera Lúcia / DANTAS, Eduardo. “Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 7/14 (2010).
- RAPOSO, Vera Lúcia. “Até que a morte nos separe. Breve nota sobre a reprodução *post mortem* no caso de gestante em morte cerebral”. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 15/29 (2018).
- RAPOSO, Vera Lúcia. “Contratos de donación de gametospri: regalo de vida o venta de material genético?”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, 37 (2012).
- RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.
- 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*, Buru, 41/48 (jul/dez. 2007).
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora, 2011.
- STEINBOCK, Bonnie. “Sperm as property”. In John HARRIS / Soren HOLM, ed. *The future of human reproduction: ethics, choice, and regulation*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ISBN 978-989889164-8



9

789898

891648